



UNIVERSIDAD
DE ALMERÍA

TRABAJO FINAL DE GRADO

GRADO EN DERECHO

**DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS TRABAJADORES EN EL ÁMBITO
LABORAL**

WORKERS' RIGHT TO PRIVACY IN THE WORKPLACE

CURSO ACADÉMICO 2020-2021

ALUMNO: JAVIER PATÓN ROMERO

TUTOR: PEDRO MÁRTINEZ RUANO

RESUMEN: Este trabajo tiene como objetivo fundamental analizar el derecho fundamental a la intimidad del trabajador cuando colisiona con los poderes de control que las disposiciones legislativas conceden a los empresarios.

ABSTRACT: The main objective of this paper is to analyse the fundamental right to privacy of the worker when it collides with the powers of control that the legislative provisions grant to employers.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. DERECHO A LA INTIMIDAD	7
2.1 CONCEPTO.....	7
2.2. REGULACIÓN	9
2.3. TITULARIDAD DEL DERECHO A LA INTIMIDAD	10
3. DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS TRABAJADORES	11
3.1. CONCEPTO	11
3.2. INTIMIDAD Y DIGNIDAD	14
A) PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL.....	18
B) REGISTROS	21
3.3. INTIMIDAD EN RELACIÓN CON EL ENTORNO DIGITAL.....	26
A) DISPOSITIVOS DIGITALES	27
B) DESCONEXIÓN DIGITAL	33
C) VIDEOVIGILANCIA Y GRABACIÓN DE SONIDOS	35
D) GEOLOCALIZACIÓN.....	42
4. ANÁLISIS Y COMENTARIO DE LA SENTENCIA NÚM. 766/2020 DE 15 DE SEPTIEMBRE DE SALA IV DEL TRIBUNAL SUPREMO.....	43
4.1 ANÁLISIS DE LA STS ANDALUCÍA OBJETO DEL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA.	44
4.2 ANÁLISIS DE LA STS 766/2020 DICTADA EN RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA.....	46
4.3 CONCLUSIONES.....	49
5. CONCLUSIONES	52
6. BIBLIOGRAFÍA	55

ABREVIATURAS

AA.VV.: Autores Varios

ART.: Artículo

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

DOC: Documento

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos

ED: Editorial

ET: Estatuto de los Trabajadores

GPS: Sistema de Posicionamiento Global

LO: Ley Orgánica

LOPD: Ley Orgánica Protección de Datos

LOPDGDD: Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

LRSJ: Ley Reguladora de la Jurisdicción Social

Nº: Número

ONU: Organización de las Naciones Unidas

RGPD: Reglamento General Protección de Datos

SAN: Sentencia Audiencia Nacional

STC: Sentencia Tribunal Constitucional

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STS: Sentencia Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia Tribunal Superior de Justicia

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

UE: Unión Europea

VS: Versus

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de este Trabajo Fin de Grado es analizar el nuevo marco de las relaciones entre empleadores y empleados como consecuencia de la digitalización de los datos. La evolución hacia la nueva era tecnológica ha ocasionado una reestructuración de las relaciones tanto sociales como profesionales y, en este sentido, resulta fundamental analizar cuáles son los derechos y deberes de los trabajadores y empresarios con el objetivo de focalizar los puntos de conflicto en los que sea necesario determinar y precisar los límites de ambas partes.

En este sentido, se realiza un análisis legal y jurisprudencial al respecto de la problemática existente entre el derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18 de la Constitución Española, artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y artículo 4.2. del Estatuto de los Trabajadores de un lado; y de otro la facultad de dirección y control reconocida a los empresarios en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores. Resulta de capital importancia determinar cuáles son los principales ámbitos dónde pueden colisionar dichos derechos y cuáles podrían ser las consecuencias de acontecer tales situaciones, pues resulta inevitable que en la actualidad la esfera de la intimidad del trabajador se vea en modo alguno condicionada en su vertiente de la relación laboral.

Fruto de una transformación vertiginosa por lo que a los medios de control laboral se refiere, con la introducción de sistemas de videovigilancia y sistemas de posición global, entre otros, la línea jurisprudencial tanto española como europea sobre esta materia ha ido evolucionando, debiendo las empresas adaptarse a un marcado reconocimiento de unos derechos fundamentales inherentes al trabajador como persona, independientemente de la celebración del contrato de trabajo, tal y como ha reconocido la doctrina constitucional.

Por otra parte, en la elección de este tema ha sido determinante el estudio que realicé sobre derecho laboral comparado en los diferentes países europeos para la *Università di Bologna*, proyecto dirigido por el profesor Franco Focaretta, quien insistió en profundizar sobre la línea jurisprudencial de los diferentes aspectos de control y dirección por parte de los empresarios.

En definitiva, el objetivo que se pretende con este trabajo es señalar los límites de los derechos fundamentales, en concreto de la intimidad, cuando su ejercicio y disfrute se encuentre condicionado por el reconocimiento de otros derechos como en este caso el

ejercicio de la facultad de dirección y control reconocida a los empresarios. Para ello, atendiendo a un adecuado juicio de ponderación, se debe proceder a la observancia del principio de proporcionalidad, un instrumento de interpretación típicamente constitucional que pretende optimizar al máximo ambos derechos cuando se produce la colisión de los mismos.

Además, incido en la importancia de las nuevas tecnologías por cuanto se refiere a la actuación de seguimiento empresarial y su repercusión respecto al derecho de la intimidad, derecho fundamental que al igual que el resto de su condición, no es absoluto y que se encuentra restringido en cierta medida por dicha facultad.

En este sentido, el trabajo comienza con el análisis del significado de intimidad y dignidad desde la perspectiva constitucional, estudio que se ciñe a la protección en el tratamiento de los datos, el derecho a la propia imagen íntimamente ligado a los sistemas de videovigilancia y al registro como consecuencia de la digitalización de datos.

Además, atendiendo precisamente a la evolución tecnológica se presenta un estudio doctrinal y jurisprudencial en cuanto a la intimidad digital en relación con el entorno digital.

Finalmente, más allá de todas las sentencias que son mencionadas para clarificar el estudio doctrinal, analizo una sentencia del Tribunal Supremo decisiva para determinar mi elección respecto del tema de este Trabajo Fin de Grado, concretamente la Sentencia del Tribunal Supremo número 766/2020 de 15 de septiembre dictada en el recurso de casación para unificación de doctrina número 528/2018, en la que el Alto Tribunal considera lícita la instalación de un sistema de geolocalización por parte de una empresa en un vehículo usado por un empleado. Las razones de tal decisión son variadas: primeramente y como no puede ser de otro modo, porque se decide un supuesto de hecho que guarda estrecha conexión con la materia objeto de este trabajo; en segundo término, porque el contencioso laboral se juzga en primera instancia ante un Juzgado de lo Social de Almería y en último lugar por la repercusión mediática que provocó dicha resolución judicial.

Analizaremos a tales efectos los antecedentes judiciales previos a dicha Sentencia, particularmente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que sustentó dicho recurso de casación y realizaremos un análisis crítico de la Sentencia del Tribunal Supremo.

2. DERECHO A LA INTIMIDAD

2.1 CONCEPTO.

El artículo 18.1. de la Constitución Española¹ consagra tres derechos fundamentales como son el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen. A pesar de encontrarse recogidos en el mismo artículo de nuestra Carta Magna, deben considerarse derechos autónomos y diferenciados, con una dimensión jurídica distinta tal y como refleja la Ley Orgánica de 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, que los regula de forma conjunta.

Señala el artículo primero apartado tercero de la citada L.O., que los tres derechos son irrenunciables, inalienables e imprescriptibles. Además, será nula la renuncia a la protección prevista por dicha ley, sin perjuicio de los supuestos de autorización a los que se refiere el artículo segundo² de esta disposición legislativa.

Por intimidad señala el Diccionario de la Real Academia Española que ha de entenderse *“la zona espiritual reservada de una persona por ser lo más interior o interno de la misma”*. Sin embargo, en el ámbito jurídico, el concepto de intimidad personal no puede enmarcarse en una definición que precise detalladamente su alcance, como ha advertido el Tribunal Supremo³, pero ha de tenerse en cuenta que conforma *“patrimonio personal que abarca lo que entra en el propio ámbito y hace necesario relacionar la cuestión con lo que constituye el espacio vital de cada uno, sometido a su exclusivo poder y que se proyecta sobre el concepto impreciso de lo que integra su círculo reservado e íntimo, compuesto por datos y actividades que conforman la particular vida existencial de cada*

¹ Artículo 18 CE: *“Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.”*

² Artículo 2.2. LO 1/1982, de 5 de mayo: *“No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso o, por imperativo del artículo 71 de la Constitución, cuando se trate de opiniones manifestadas por Diputados o Senadores en el ejercicio de sus funciones. Iniciado un proceso civil en aplicación de la presente Ley, no podrá seguirse contra un Diputado o Senador sin la previa autorización del Congreso de los Diputados o del Senado”*.

³ STS 2040/1989, de 13 de marzo: *“Como es natural, el patrimonio que comprende la intimidad personal es extremadamente amplio y variado, sin que puedan sentarse reglas generales ni catálogos enunciativos de la misma; pero sí hacer referencias a todos aquellos biológicos o espirituales o caracterológicos que componen el ser de una persona, como pueden ser los datos analíticos o profesionales de una persona determinada, cuya divulgación por el sujeto que los posee provoca una publicidad de los mismos, como ocurre con los análisis clínicos, bacteriológicos, morfológicos, etc., de una persona.”*

persona y autoriza a preservarla de las injerencias extrañas, salvo que medie autorización libremente practicada".⁴

Lógicamente, la intimidad personal no es la misma para todos, pues cada persona tiene una particular y subjetiva percepción de la que le corresponde como titular de dicho derecho subjetivo y que actúa como privacidad en exclusiva, a la que acompaña la condición de ser excluyente por mandato constitucional.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 1982 indica que la intimidad es un reducto en el que se veda que otros penetren; de ahí la protección constitucional que se le otorga a fin de evitar injerencias arbitrarias en las vidas privadas, censuradas por el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵, proclamada por la ONU el 10 de diciembre de 1948 en su 183ª Asamblea General.

En definitiva, el artículo 18.1. CE no garantiza una intimidad concreta y determinada, sino el derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y a su familia. Garantiza, por tanto, un derecho al secreto, un derecho a un espacio resguardado de la curiosidad ajena, negando tanto a terceros como a poderes públicos a que invadan nuestra esfera personal privada. Sin embargo, este poder jurídico encuentra límites, como es natural, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. La intimidad engloba un concepto potencialmente expansivo cuya delimitación se encuentra igualmente sometido a la potestad del titular puesto que es él mismo quien goza de una amplia discrecionalidad para decidir qué aspectos de su vida quedan, en principio, protegidos de las intromisiones ajenas.⁶

En conclusión, el derecho a la intimidad se vincula a la esfera más reservada de las personas, aquella esfera que desea mantener oculta a los demás por corresponder al ámbito más privado de la persona⁷, vinculada con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. (10.1. C.E.).

⁴ STS 1168/2000, de 22 de diciembre.

⁵ Artículo 12 Declaración Universal de los Derechos Humanos: "*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.*"

⁶ LÓPEZ BOFILL, H: "Hacia un concepto formal del derecho a la intimidad y sus consecuencias".

⁷ STC 151/1997, 29 de septiembre.

2.2. REGULACIÓN

El artículo 10.1. de la Constitución manifiesta la naturaleza dual de los derechos fundamentales:

“1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

Esta naturaleza dual responde a la consideración de los derechos subjetivos de los ciudadanos, como por ejemplo el derecho a la intimidad, como derechos fundamentales, tal y como ha desarrollado la doctrina y la jurisprudencia.

Esto explica que el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen se encuentren regulados en el Capítulo II del Título I C.E. que se divide en dos secciones, *“De los derechos fundamentales y libertades públicas”* (sección 1ª) y *“De los derechos y deberes de los ciudadanos”* (sección 2ª). Los derechos de la personalidad se encuentran regulados en la primera sección de este título y tienen la consideración de derechos fundamentales.

Sin embargo, la definición y las funciones del derecho a la intimidad no finalizan con la referencia a estos preceptos constitucionales. Las previsiones constitucionales han sido desarrolladas por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, y por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos, Personales y Garantía de los Derechos Digitales.

Además, la regulación del derecho a la intimidad en nuestro ordenamiento jurídico no finaliza en estos presupuestos, sino que responde a un entramado de relaciones con otras ramas del Derecho especialmente en las materias penal y civil.

Por lo tanto, sorprende la ausencia de una definición legislativa del derecho a la intimidad, puesto que el artículo 18 de la CE garantiza el derecho, pero no delimita la noción de intimidad, y la L.O. 1/1982 de Protección Civil tampoco define esta cuestión.⁸

⁸ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J.M.: *El derecho a la intimidad de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional*, Anuario de Filosofía del Derecho, pp. 415-416, 2016.

En palabras de Antonio Fayos Gardó, doctorado en Derecho, con una tesis sobre el derecho a la intimidad, la Ley Orgánica 1/1982 fue calificada como “*muy mala*”, e incluso hubo quien la declaró abiertamente “*inconstitucional*”. Como señala este autor, “*omite prácticamente algún derecho, no habla para nada de la libertad de expresión, no tiene en cuenta la jurisprudencia anterior, ni los criterios de derecho comparado, ni diferencia bien los tres derechos. Y la solución fácil es decir que la jurisprudencia, de acuerdo con su labor integradora, suplirá o complementará según los casos. De hecho, así ha sido con la protección del derecho a la intimidad*”⁹.

2.3. TITULARIDAD DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

Se debe considerar que el derecho a la intimidad es un derecho personalísimo, ligado a la propia existencia del individuo. Sin embargo, el artículo 18.1. CE y el resto de disposiciones legislativas que desarrollan este precepto constitucional hacen referencia a la intimidad personal y familiar, situación que extiende el ejercicio de este derecho, no sólo respecto a aspectos de la propia vida personal, sino también respecto a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es el caso de la familia. Esta vinculación incide en la esfera de personalidad del individuo protegido constitucionalmente en el artículo 18.1.CE.¹⁰

Además, señala el artículo 53.3. de la CE¹¹, que cualquier ciudadano puede recabar tutela judicial de los derechos otorgados por el artículo 18 de la CE. Se entiende, por tanto, que esta titularidad se extiende no sólo a los españoles, sino también a los extranjeros.

Por otro lado, es la jurisprudencia la encargada de delimitar qué aspectos personales o familiares se encuentran incluidos en el ámbito de la intimidad, que se asocia con frecuencia a aspectos corporales o físicos que pertenecen a la esfera más privada de la persona. Igualmente, la jurisprudencia se ha ocupado de construir una distinción entre la persona física privada y aquella que posee cierta relevancia pública. El interés público,

⁹ FAYOS GARDÓ, A.: *Un listado de las conexiones entre el derecho a la intimidad y otras normas del ordenamiento jurídico*, 2000.

¹⁰ STC 231/1988, de 2 de diciembre.

¹¹ Artículo 53.2. CE: “*Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.*”

que refiere la doctrina del TC, es aquello que resulta importante o relevante para la formación de la opinión pública o que afecta al conjunto de los ciudadanos o a la vida económica o política del país, un concepto imprescindible para determinar si la divulgación de información de un personaje con proyección pública constituye o no una vulneración del derecho a la intimidad. Para encontrar el amparo legal, se exige no sólo que la información o las imágenes se hayan captado en un lugar público, sino que además concorra un interés de tal naturaleza. De este modo, no constituye interés público y por tanto vulneración del derecho a la intimidad el relato de las relaciones afectivas de una persona¹² o mostrar el cuerpo de una persona en *top-less*¹³.

En conclusión, se entiende que la existencia de un interés público legitima la publicación de información de las personas con proyección notoria de repercusión general, sin perjuicio de que por ello se encuentren privados del derecho a la intimidad, pues ello supondría un abuso injustificado. Por último la titularidad del derecho a la intimidad es extensible a las personas jurídicas, debiendo indicar que el Código Penal en su artículo 200¹⁴, recoge el delito de descubrimiento y revelación de secretos, permitiendo que una organización pueda tener intimidad. Así lo ha reiterado el TS en determinadas sentencias.¹⁵

3. DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS TRABAJADORES

3.1. CONCEPTO

El derecho a la intimidad es un derecho de carácter personalísimo fundamentado en la facultad de decisión y control de la información de carácter privado sobre la que un tercero pueda tener conocimiento. Este derecho se encuentra regulado -como se ha indicado- en el artículo 18 de la CE y el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) con carácter general. Sin embargo, su importancia en el ámbito laboral

¹² STC 19/2014, de 10 de febrero.

¹³ STS 518/2012, de 24 de julio.

¹⁴ Artículo 200 LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: "*Lo dispuesto en este capítulo será aplicable al que descubriere, revelare o cedere datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código.*"

¹⁵ Entre otras, STS de 24 de noviembre de 2014.

radica en el desarrollo legislativo que proporciona el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 4.2. apartado e).¹⁶

Es indiscutible que el trabajador, en su condición de tal, goza igualmente con carácter pleno de todos los derechos fundamentales, sin que la relación laboral o el contrato de trabajo puedan provocar minoración o restricción de aquellos derechos. Es el legislador, por tanto, quien se encuentra obligado a garantizar estos derechos y valores fundamentales, puesto que es el destinatario por mandato constitucional de los diferentes impulsos y directrices para ejercer de forma efectiva su defensa. El TC ha dirigido su análisis a ámbitos concretos como el laboral, en el que la existencia de una desigual distribución de poder social entre trabajador y empresario, así como la distinta posición que uno y otro desempeñan en las relaciones laborales, incrementan el riesgo de que puedan producirse menoscabos de los derechos fundamentales del trabajador.

Por ello mismo, el TC se ha ocupado de clarificar que nada legitima que quienes presten servicios en una determinada empresa *“deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas”*¹⁷. Tal y como ha señalado la doctrina constitucional en reiteradas ocasiones, *“la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano”*¹⁸.

Los derechos y libertades fundamentales suponen un componente esencial del orden público y en consecuencia han de tenerse por nulas, a juicio del Tribunal Constitucional, las estipulaciones contractuales contrarias a los mismos¹⁹. Por otro lado, los derechos fundamentales no pueden afectar al conjunto de los derechos y obligaciones de la relación laboral, deben ser respetados y el trabajador debe gozar de ellos en su condición como tal, pero no pueden servir de justificación para que el trabajador incumpla sus deberes laborales.

Ahora bien, la concepción de los derechos fundamentales como ilimitados es errónea, y, en consecuencia, el derecho a la intimidad tampoco es absoluto. La intimidad es un

¹⁶ Artículo 4.2 e). ET: *“En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.”*

¹⁷ STC 129/1989, de 17 de julio.

¹⁸ STC 88/1985, de 19 de junio.

¹⁹ STC 19/1985, de 13 de febrero.

derecho fundamental que como tal, debe compaginar su ejercicio y disfrute con otros derechos y facultades. En el ámbito de las relaciones laborales, se encuentra especialmente limitado por la actuación empresarial en ejercicio de su facultad de dirección y control regulado en el artículo 20.3. del Estatuto de los Trabajadores que señala: *“El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad.”*. La redacción de este artículo pone efectivamente de manifiesto el equilibrio que debe producirse entre el desempeño de los deberes laborales y el respeto a la dignidad del trabajador.

Evidentemente, resulta inevitable que la esfera de la intimidad del trabajador no se vea afectada en el ámbito laboral. Como empleado y persona que presta sus servicios a otro titular, debe ser sometido al control de sus comportamientos y deberes de forma que se realicen de acuerdo a las pautas y demandas del empresario, conforme a la ley.

No obstante, el TC ha afirmado en reiteradas ocasiones²⁰ que el empresario no queda autorizado siempre y en todo caso para llevar a cabo intromisiones ilegítimas en el ámbito de la intimidad del trabajador en los centros de trabajo bajo el amparo legal de estar cumpliendo con sus facultades de vigilancia y control que le otorga el artículo 20.3. del ET.²¹

La primera de las sentencias del TC a la que hacemos referencia otorga el recurso de amparo a un particular que defiende el derecho a la filiación sindical como un derecho fundamental reconocido en el artículo 28.1. de la CE, deviniendo obligado este reconocimiento -en propias palabras del intérprete máximo de la Constitución- porque el empresario tiene como límite infranqueable a su facultad de control y vigilancia el respeto a los derechos fundamentales.

Aunque la relación laboral tiene como derivación la supeditación de ciertas actividades al poder empresarial, no basta con la sola afirmación del interés empresarial para restringir los derechos fundamentales del trabajador, dada la posición que estos alcanzan

²⁰ Entre otras, STC 292/1993; STC 186/2000.

²¹ GÓMEZ, E.: "¿Tiene un trabajador derecho a la intimidad en el ámbito laboral?". *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 940, 2018.

en nuestro ordenamiento²². Únicamente se considera legítima la intromisión en la vida privada de la persona trabajadora si existe un interés real empresarial en la búsqueda de esa información²³. Se requiere, por tanto, un interés objetivo de la empresa, respetándose en todo caso el debido equilibrio entre los poderes de dirección y organización del empresario, amparados por la libertad de empresa (art. 38 CE)²⁴ y el derecho a la intimidad del trabajador (art. 18.1 CE).²⁵

Tal y como se postulado el TC, es necesario compatibilizar los intereses de trabajador y empresario, puesto que en ocasiones pueden colisionar²⁶. La función de nivelar ambos derechos supone una tarea difícil que corresponde al juez, desde el punto de vista práctico, quien debe comprobar si la limitación al derecho a la intimidad tiene una función legítima y proporcional²⁷. Cualquier medida restrictiva del derecho a la intimidad debe respetar en consecuencia el principio de proporcionalidad.

En definitiva, las posibles limitaciones del derecho a la intimidad como un derecho fundamental tienen que estar fundamentadas en una previsión legal desde un punto de vista constitucional y tienen que resultar en todo momento adecuadas y proporcionadas.

En conclusión, el contrato de trabajo tiene una repercusión directa en el derecho a la intimidad; derecho que impide adentrarse en la esfera privada del trabajador. Sin embargo, debemos aceptar que la propia presencia del contrato de trabajo implica una adecuación de los derechos fundamentales a los intereses presentes en cada relación laboral, pese que el trabajador parta como el sujeto débil de la relación de trabajo.

3.2. INTIMIDAD Y DIGNIDAD

En la relación laboral, los trabajadores tienen derecho a la consideración debida de su dignidad y al respeto de su intimidad. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la

²² STC 99/1994, STC 6/1995 de 10 de enero.

²³ GOÑI SEIN, J.L.: "El respeto a la esfera privada del trabajador", Ed. Civitas, Madrid, 1988.

²⁴ Artículo 38 CE: "*Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.*"

²⁵ ROMÁN DE LA TORRE, M^a.D.: "Poder de dirección y contrato de trabajo", Ed. Grapheus, Valladolid, 1993.

²⁶ STC 99/1994, de 11 de abril.

²⁷ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. "Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral: un estudio introductorio", *Nueva Revista Española del Derecho del Trabajo*, nº 237, 2020, pp. 13-20.

igualdad efectiva de mujeres y hombres, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, especifica y define en su artículo 7, los diferentes supuestos de acoso frente a los que se viene estableciendo la protección de los trabajadores en la relación de trabajo:

- Acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.
- Acoso sexual.
- Acoso por razón de sexo.

Respecto a las incidencias que estas situaciones puedan provocar, debe tenerse en cuenta las medidas de dirección y control que pueda adoptar el empresario en el ejercicio de sus facultades, especialmente respecto a la protección de datos y de derechos digitales. Frente a los abusos del empresario en el ámbito de las relaciones laborales, los trabajadores se encuentran legitimados para, bien mediante demandas ante la jurisdicción social o denuncias a las autoridades laborales, solicitar la extinción del contrato por modificación sustancial de las condiciones que causen perjuicio de su dignidad.

Por otro lado, un despido sobre hechos que han sido conocidos por el empresario por técnicas que implican intromisión en la intimidad del trabajador o vulneración de la dignidad o cualquier otro derecho fundamental, debe determinar la nulidad del despido por la afectación de la extinción del contrato de trabajo con violación de derechos fundamentales.

Se considera nulo, conforme a lo dispuesto en el actual artículo 55.5 del ET el despido en el que se viola cualquier derecho fundamental o libertad pública del trabajador, incluido el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución²⁸ o en la ley²⁹. No obstante, en las décadas de los años ochenta y noventa del pasado siglo se efectúa una construcción jurisprudencial que diferencia los despidos nulos de los despidos radicalmente nulos por vulneración de los derechos fundamentales.³⁰ La existencia de una causa discriminatoria o violación de derechos fundamentales un vicio insubsanable, es decir, la declaración de ineficacia *ex tunc* del

²⁸ Artículo 14 CE: “*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*”

²⁹ Artículo 4.2. ET

³⁰ ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, 10ª, Madrid, 1987, pp. 394-396.

despido. Esta ineficacia implica que la acción genere eficacia desde el momento en el que se produjo el despido, lo que tiene como consecuencia la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo. Esta corriente, asentada jurisprudencialmente, posteriormente se materializó en la ley.³¹

El despido también se considera nulo cuando la vulneración de los derechos fundamentales se ha producido en la obtención de las pruebas. El artículo 11.1. de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece la ineficacia de las pruebas obtenida directa o indirectamente con violación de los derechos fundamentales.³² Cuando se constata que la extinción de un contrato de trabajo puede enmascarar una lesión de los derechos fundamentales, el TC ha reiterado desde su Sentencia 38/1981, de 23 de noviembre³³, que corresponde al empresario acreditar que su decisión se debe a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate.³⁴

No obstante, la nulidad de la prueba no siempre conlleva, automáticamente, la nulidad del despido. Se considerará procedente el despido fundamentado en otras pruebas que no deriven de las obtenidas ilícitamente.³⁵

En este sentido, debemos admitir que no atenta contra la intimidad personal o familiar del trabajador que la empresa aporte fotografías expuestas por el propio trabajador en una red social de libre acceso para fundamentar un despido, puesto que es una prueba aportada de forma lícita debido a que la red social es de libre entrada por lo que supone una autorización para todo el mundo que desee acceder.³⁶

Por otro lado, se considera inadmisibles fundamentar un despido en la información obtenida mediante la utilización de un detective disimulado como personal de la plantilla para conocer la vida íntima y personal de los trabajadores en sus lugares y tiempo de descanso, puesto que transgrede absolutamente la buena fe contractual, ya que la actuación de la empresa se realiza en ámbitos externos al estrictamente laboral. Además, la utilización de sistemas que permiten a la empresa tener conocimientos de actuaciones

³¹ Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

³² Artículo 11.1 de la LOPJ: *“En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.”*

³³ STC 38/1981, de 23 de noviembre. Declaró nulos los despidos por discriminación sindical.

³⁴ STC 49/2003, de 17 de marzo.

³⁵ STS 119/2018, de 8 de febrero.

³⁶ STSJ Las Palmas 19/2016, de 22 de enero.

y conversaciones de los trabajadores en un ámbito que es privado, excede de los poderes de control y dirección del empresario y supone una intromisión ilegítima del derecho a la intimidad. Acorde a lo expuesto, la implantación de estos sistemas no es conforme a los principios de proporcionalidad e intervención mínima.³⁷

Las actuaciones de detectives privados se encuentran limitadas por la aportación de medios materiales o técnicos que atenten contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen o el secreto de las comunicaciones.³⁸ Ahora bien, si se respeta este límite la actuación del detective privado en el acto del juicio se considera prueba testifical, con un valor especial por la garantía de profesionalidad y por la continuada dedicación al objeto del testimonio a emitir.³⁹

Los detectives privados están habilitados por el artículo 19.1 a) de la Ley 23/1992⁴⁰ para obtener y aportar, información y conductas sobre hechos privados.

En definitiva, la actuación de los detectives privados se encuentra supeditada al respeto a derechos fundamentales como es la intimidad en el caso que nos compete, un derecho fundamental del que no se deja de disfrutar una vez estampada la firma que oficializa la relación laboral a pesar de que implique una adaptación de esos derechos fundamentales como consecuencia del control a sus deberes que debe realizar la empresa.

De acuerdo a lo explicado anteriormente, será válida la prueba testifical de un detective privado que haya obtenido la información en el ámbito en el que el empleado desarrolla su trabajo, como así indica la Sentencia del TSJ Madrid 356/2018 de 4 de abril, que expone: *“la sentencia de primera instancia, de manera ponderada y equilibrada ha dado valor probatorio al seguimiento del actor por detective privado, razonamiento que esta Sala comparte máxime cuando no se puede negar valor a los hechos constatados directamente por detective relativos a la actuación del actor no en un espacio privado, sino en el tren donde el actor presta sus servicios lo que no supone ninguna intromisión en su intimidad ya que sus actividades las estaba realizando a la vista de cualquier*

³⁷ STSJ Madrid de 20-12-06.

³⁸ STSJ Madrid 356/2018 de 4 abril.

³⁹ STS de 6 de noviembre de 1990.

⁴⁰ Artículo 19.1 a), Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada: *“Los detectives privados, a solicitud de personas físicas o jurídicas, se encargarán de obtener y aportar información y pruebas sobre conductas o hechos privados.”*

persona que pudiera utilizar los servicios de cafetería de los trenes donde el actor prestaba sus servicios.”

Desde el punto de vista de la doctrina constitucional, no vulnera la intimidad del trabajador una cláusula convencional que establece la obligatoriedad del examen médico antes de la contratación.⁴¹

Sin embargo, la empresa no puede realizar un análisis clínico en un reconocimiento voluntario sin informar al trabajador de que la finalidad de este análisis es la detección del consumo de drogas.⁴² Finalmente, el despido se consideró nulo puesto que no solo se requiere el consentimiento del trabajador para la realización del análisis, sino que éste debe ser informado de la finalidad del mismo.

A) PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

El derecho a la protección de datos de carácter personal ha sido conceptualizado como un derecho fundamental independiente y autónomo, aunque se encuentre directamente relacionado con el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona.⁴³

La garantía de la vida privada y reputación de la persona tienen una dimensión positiva que excede al ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad y que se concreta en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. El derecho a la intimidad y a la protección de datos comparten la finalidad de ofrecer una protección constitucional de la vida personal y familiar de la persona. Sin embargo, el derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad, atribuye a su titular el poder jurídico de imponer a los demás la omisión o realización de comportamientos regulados por la Ley, aquellos que conforme al artículo 18.4. de la CE⁴⁴ deben limitar el uso de la informática, regulando su ejercicio o desarrollando el derecho a la protección de datos. En definitiva, el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos, tienen distinta función y, por lo tanto, su contenido y objeto también difieren.

⁴¹ STS de 28 de diciembre 2006.

⁴² STC 196/2004, de 15 de noviembre.

⁴³ STC 292/2000, de 30 de noviembre.

⁴⁴ Artículo 18.4. CE: *“La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.”*

Mientras que la función del derecho a la intimidad es la de proteger frente a cualquier injerencia que pueda producirse en el ámbito de la vida personal y familiar, la del derecho a la protección de datos es la de garantizar a la persona un poder de disposición sobre dichos extremos. Así, el derecho a la intimidad permite excluir datos de una persona del conocimiento ajeno⁴⁵, resguarda y protege la vida privada de la persona de una publicidad no deseada; mientras que por otro lado el derecho a la protección de datos tiene como objeto garantizar el tráfico y disposición de esos datos, pero es necesario el conocimiento de los datos que poseen los terceros y con qué finalidad los poseen.

Tal y como expresa la STC 292/2000: *“el derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado.”*

Esta afirmación del máximo intérprete constitucional implica que el objeto de protección del derecho a la protección de datos no solo se limite a los aspectos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea íntimo o no, puesto que su objeto de protección no es la intimidad protegida constitucionalmente por el artículo 18 CE, sino todos los datos de carácter personal.

El poder de disposición sobre dichos datos que garantiza este derecho, se concreta en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento, y tratamiento, así como su uso por terceros, sean particulares o el Estado. Ahora bien, tal y como ha expuesto la citada STC 292/2000: *“el derecho a consentir la recogida y el tratamiento de los datos personales no implica en modo alguno consentir la cesión de tales datos a terceros, pues constituye una facultad específica que también forma parte del contenido del derecho fundamental a la protección de tales datos. Y, por tanto, la cesión de los mismos a un tercero para proceder a un tratamiento con fines distintos de los que originaron su recogida, aun cuando puedan ser compatibles con éstos supone una nueva posesión y uso que requiere el consentimiento del interesado.”*

De otro lado, el tratamiento de la protección de datos se extiende a lo largo de toda la relación laboral, desde el proceso de selección hasta la extinción del contrato, como por

⁴⁵ STC 134/1999, de 15 julio.

ejemplo en la utilización de los medios de control de actividad de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías como geolocalización, videovigilancia o uso de internet.⁴⁶

La empresa se encuentra legitimada para efectuar el tratamiento de datos personales de sus empleados; no se requiere el consentimiento de los trabajadores cuando los datos de carácter personal sean necesarios para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales. Es decir, el tratamiento de datos de carácter personal es lícito cuando se requiera en el contexto de un contrato de trabajo o en la intención de concluir un contrato.⁴⁷

Por otro lado, se encuentra prohibido el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, opiniones políticas, las convicciones religiosas o políticas, la afiliación sindical, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud, datos genéticos, datos relativos a la vida y orientación sexual⁴⁸. Como excepción, estos datos especialmente protegidos pueden ser tratados siempre y cuando sea necesario en el ámbito del Derecho Laboral y de la seguridad y protección social y el trabajador otorgue explícitamente su consentimiento.⁴⁹

No es necesario que el interesado preste su consentimiento cuando los datos sean recogidos por la Administración de la Seguridad Social para el ejercicio de las funciones que le son propias.

⁴⁶ AA.VV.: *Memento Práctico Social*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2020.

⁴⁷ Artículo 6.1. b) Reglamento UE 2016/679 Del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril, 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: “*El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones: el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales.*”

⁴⁸ *Ibíd.* Artículo 9.1. “*Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física.*”

⁴⁹ *Ibíd.* Artículo 9.2. “*El apartado 1 no será de aplicación cuando concurra una de las circunstancias siguientes:*

a) el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados, excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado;

b) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado.”

Por cuanto se refiere a aquellos datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas, estos datos solo pueden ser incluidos en los ficheros de las Administraciones Públicas competentes, en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras.⁵⁰

El contrato de trabajo es un medio idóneo para dar a conocer al trabajador del tratamiento de sus datos directamente relacionados con la relación laboral, pero no para informar a finalidades distintas. En este sentido, no debe confundirse la información que debe aportar el empleador con una manifestación del consentimiento del trabajador.

En cuanto a la figura a la que compete la responsabilidad del tratamiento de datos, reside normalmente en el empresario, aunque puede haber otros como por ejemplo los servicios de prevención de riesgos laborales. Por otro lado, el encargado del tratamiento de datos es la gestoría, asesoría, empresa encargada del mantenimiento informático, en definitiva, todo aquel que disponga de información sobre datos de carácter personal de sus clientes, proveedores o trabajadores.

Se ha declarado abusiva, por ser contraria a la legislación sobre protección de datos⁵¹, la cláusula establecida por la empresa mediante la cual se impone a los trabajadores en el momento de la firma del contrato, la obligación de facilitar tanto la dirección de correo electrónico privado como el teléfono móvil.⁵²

B) REGISTROS

Según lo dispuesto en el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, *“Sólo pueden realizarse registros sobre la persona del trabajador, en su taquilla y efectos personales, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización deben respetarse al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se*

⁵⁰ Ibídem. Artículo 10: *“El tratamiento de datos personales relativos a condenas e infracciones penales o medidas de seguridad conexas sobre la base del artículo 6, apartado 1, sólo podrá llevarse a cabo bajo la supervisión de las autoridades públicas o cuando lo autorice el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas para los derechos y libertades de los interesados. Solo podrá llevarse un registro completo de condenas penales bajo el control de las autoridades públicas.”*

⁵¹ LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos, Personales y Garantía de los Derechos Digitales.

⁵² STS 4086/2015, de 21 de septiembre.

contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible.”

El comentado artículo 18 ET pone de manifiesto la existencia de un conflicto entre el derecho a la intimidad y el derecho a la propiedad del empresario.⁵³ La regla general es que tales registros no pueden realizarse: el artículo 18 ET solo permite que se efectúen los registros de acuerdo a los parámetros y requisitos establecidos preceptivamente. No obstante, esta disposición legislativa legitima al empresario para realizar un control exhaustivo susceptible de generar intromisiones ilegítimas en el ámbito de la intimidad del trabajador⁵⁴. Por este último motivo, el precepto ha sido objeto de críticas, puesto que permite la vulneración del derecho a la intimidad del trabajador en defensa de la propiedad privada del empresario, debido a que se le delega a éste una especie de control policial, concediéndole medidas de control del todo punto excesivas en cualquier relación jurídica. Además de ser necesario el cumplimiento de los requisitos formales previstos en la norma, deben existir motivos para el registro al objeto de no vulnerar el derecho fundamental a la intimidad del trabajador, sin que sea suficiente la alegación de que se trata de un registro rutinario⁵⁵ con carácter general; no obstante, la jurisprudencia ha admitido el registro rutinario en empresas que por su dinamismo de entrada y salida de personas y de stock impidan reunir los indicios necesarios para proceder a la práctica del registro⁵⁶. Aun así, con carácter general, para proceder al registro de un trabajador o de sus efectos, es necesario que la decisión empresarial esté motivada por la necesidad de proteger “*el patrimonio empresarial*”, entendiendo por tal los bienes materiales y tangibles de la misma y encontrándose el empresario facultado cuando el trabajador realiza conductas potencialmente peligrosas (bienes inmateriales)⁵⁷ o existe sospecha de sabotaje o espionaje. En definitiva, la medida de control de registro es absolutamente excepcional y puede justificarse únicamente sobre la protección de los trabajadores y del patrimonio empresarial.

En líneas generales se requiere el consentimiento del trabajador con carácter previo a la realización del registro; si bien la negativa del trabajador a la práctica del registro puede

⁵³ STSJ Navarra 1190/2006.

⁵⁴ DEL VALLE VILLAR, J.M.: “El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo en el ordenamiento laboral español”, *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, pp. 157-184, 1992.

⁵⁵ STSJ Cataluña 4522/2000, de 23 de mayo.

⁵⁶ STSJ Madrid 297/1998, de 2 de abril.

⁵⁷ STSJ Murcia 833/1995, de 18 de julio.

dar lugar a que concurra causa de despido disciplinario u otra sanción adecuada.⁵⁸ En este sentido, parece razonable proceder a la práctica del registro en tiempo y lugar de trabajo, puesto que es la vía legítima para imponer la sanción empresarial. En conclusión, el trabajador tiene derecho a negarse al registro y como consecuencia de esa desobediencia que se le apliquen sanciones disciplinarias de carácter empresarial. Estas sanciones no pueden incidir ni coartar la libertad del trabajador. Se considera ineficaz el consentimiento expresado por el trabajador de forma genérica o tácita. Así mismo, también será inválido el consentimiento prestado por el trabajador de forma irregular o abusiva, puesto que ello supondría una vulneración al derecho a la intimidad injustificable frente a las medidas de control de las que puede servirse el empresario.⁵⁹

Por otro lado, si el indicio implicara la sospecha de la comisión de un ilícito penal, sería adecuado que el empresario acudiera a las autoridades judiciales o policiales competentes para que sean estos quienes tomen las medidas pertinentes.

El artículo 18 ET se refiere a tres modalidades concretas de control y vigilancia, cuales son la persona del trabajador, “sus taquillas” y “sus efectos particulares”. El precepto unifica conceptos muy diferentes entre sí, lo que provoca una alteración del ámbito protector. Por este motivo, lo más adecuado es interpretar, como regla general, de forma restrictiva el control personal y directo del trabajador.

Por lo que respecta al control sobre el trabajador, destaca el concepto de cacheo, concretado a la exigencia empresarial de someter a la persona del trabajador, en la entrada y salida del trabajo, a detectores de metales, escáneres y otros similares, bien por parte del empresario o bien por parte del personal de seguridad contratado por la empresa.⁶⁰ El registro personal se encuentra sujeto a determinados requisitos que, en caso de incumplimiento y por lo tanto vulneración del derecho a la intimidad, desplazan a la empresa la carga de demostrar que salvaguardó los requisitos de necesidad, proporcionalidad y no poder ser sustituidos por otros medios mucho menos gravosos para el trabajador. En el caso de que el trabajador se niegue al cacheo, éste no puede ser sometido coactiva o forzadamente al mismo, puesto que el registro debe producirse sin ningún tipo de violencia física o verbal.

⁵⁸ STS de 28 junio 1990.

⁵⁹ STC 186/2000, de 10 de julio.

⁶⁰ STSJ Cataluña 1322/2005, de 18 de febrero.

Por lo que se refiere al concepto de "taquilla", éste se asimila también al uso de un trabajador de un armario que solamente era utilizado por él ⁶¹, o el de los cajones de su mesa de trabajo.⁶².

Por otro lado, en cuanto a “efectos particulares” se entienden todos aquellos que previamente hayan sido introducidos en el centro de trabajo por el trabajador; este concepto engloba, por lo tanto, chaquetas, vehículos, bolsos, ropa, etc. Este concepto resulta por tanto delimitado en su alcance.

Debemos entender que el control empresarial puede suponer una vulneración al derecho a la intimidad, lo que justifica únicamente la actuación empresarial cuando no existan otros mecanismos menos agresivos con el derecho fundamental en juego y que satisfagan igualmente el también protegido interés empresarial. Para proceder al registro debe existir una causa de justificación que legitime dicha intervención con carácter previo y las partes podrán valerse de los medios de prueba que se encuentren regulados en la ley. En el caso de que sea el trabajador quién denuncie una vulneración del derecho a la intimidad, corresponde a la parte demandada *“la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.”*⁶³ De esta manera, con la inversión de la carga probatoria, el legislador ha instrumentado un mecanismo de defensa del derecho fundamental de la intimidad.

Tal y como recuerda el TC , *“la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo.”*⁶⁴. No obstante, para que opere el desplazamiento al empresario del *“onus probandi*, no basta simplemente con que el trabajador afirme el carácter discriminatorio del registro, sino que ha de exponer un indicio que *“debe permitir deducir la posibilidad de que la vulneración constitucional se haya producido.”*⁶⁵. Es necesario que ese indicio

⁶¹ STSJ Cataluña 4522/2000, de 23 de mayo.

⁶² STSJ Castilla-La Mancha 980/1999, de 16 de septiembre.

⁶³ Artículo 181.2 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social: *“En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.”*

⁶⁴ STC 38/1981, de 23 de noviembre; STC 47/1985, de 27 de marzo; STC 38/1986, de 21 de marzo; STC 114/1989, de 22 de junio; STC 21/1992, de 14 de febrero; STC 180/1994, de 20 de junio; y STC 136/1996, de 23 de julio.

⁶⁵ STC 114/1989, de 22 de junio.

genere una razonable sospecha o presunción en favor de tal afirmación: es decir, que por parte del actor se aporte una prueba verosímil o principio de prueba revelador de la existencia de un tratamiento discriminatorio. En definitiva, *“es el demandado quien asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de los derechos fundamentales; se le impone, por tanto, la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales.”*⁶⁶. De esta forma, la ausencia de prueba opera en el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental.⁶⁷

En principio, no se produce lesión del derecho a la intimidad personal del trabajador cuando la actuación del empresario se encuentre motivada por la existencia de razonables sospechas de la comisión, por parte del empleado, de algún tipo de irregularidad en su trabajo. Sin embargo, si el empresario procede a efectuar un registro obviando el debido respeto a los derechos fundamentales, cabe la posibilidad de ejercitar el procedimiento de tutela jurisdiccional de derechos fundamentales previsto en el artículo 53.2. de la CE, en cuyo caso será de aplicación el artículo 9.2. de la LO 1/1982, según el cual *“la tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados.”*

En definitiva, el debate sobre la legitimidad del registro, se encuentra equilibrado entre el poder de dirección del empresario y el derecho a la intimidad del trabajador. Se trata de ponderar ambos intereses jurídicos, entendiendo que una vez superados los requisitos de idoneidad exigidos por la jurisprudencia del TC, no puede considerarse que el registro lesione el derecho del trabajador, siempre que la medida adoptada sea adecuada y

⁶⁶ STC 14/2002, de 28 de enero.

⁶⁷ STC 326/2005, de 12 de diciembre.

proporcional al bien jurídico supuestamente lesionado por el empresario, en este caso, el derecho a la intimidad.

3.3. INTIMIDAD EN RELACIÓN CON EL ENTORNO DIGITAL

Los nuevos modelos de organización de la empresa y las nuevas tecnologías, amplían extraordinariamente las diferentes facultades empresariales de dirección y reintroducen el principio de autoridad en las relaciones laborales, por lo que la tutela o protección de los derechos de la persona del trabajador, en particular los derechos de libertad, privacidad y dignidad adquieren una notable actualidad.

Las empresas apuestan por sistemas de control que permiten a las personas trabajadoras ser conscientes de la existencia y las consecuencias de ese control desarrollado, puesto que estos sistemas presentan una intensa capacidad invasiva de la persona trabajadora con clara posibilidad de intromisión en su vertiente personal.⁶⁸

En este contexto, Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), tiene como objetivo común la protección de las personas físicas dentro del marco constitucional en cuestiones relacionadas con el tratamiento de datos al que se refiere el artículo 18.4. de la CE.⁶⁹

El TC ha afirmado que la libertad informática entraña el derecho del ciudadano a controlar el uso de los datos insertos en un programa informático, extendiéndose esa libertad a la potestad del individuo para oponerse a que determinados datos personales sean utilizados con una finalidad distinta de aquella legítima que justificó su obtención.⁷⁰ En definitiva, es necesario proteger los derechos de las personas frente al uso ilegítimo de la informática.

Un sistema normativo que, a pesar de autorizar la recogida de datos con fines legítimos, no incluya garantías adecuadas frente a un uso potencialmente invasor de la vida privada de la ciudadanía vulneraría el derecho a la intimidad.⁷¹ Por lo tanto, el uso de datos

⁶⁸ GONZALEZ DIAZ, F.A.: *Intimidad y protección de datos como derechos vertebradores en el uso de dispositivos de videovigilancia en el lugar de trabajo*, Ed. CEF, 2020.

⁶⁹ Artículo 18.4 CE: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de su derecho”.

⁷⁰ STC 254/1993, de 20 de julio.

⁷¹ STC 143/1994, de 9 de mayo.

suministrados a través de medios informatizados más allá de lo legalmente autorizado constituiría un grave atentado a los derechos fundamentales de la persona.⁷²

Todo lo anteriormente explicado justifica que el artículo 18.4 de la CE se consagre como un derecho fundamental traducido en el control del flujo de informaciones que incumben a cada persona y no meramente como un instrumento de protección de los derechos de la ciudadanía frente al uso malintencionado de la tecnología informática. El objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos alcanza cualquier tipo de dato, sea o no íntimo, cuyo conocimiento por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es solo la intimidad individual, protegida en el artículo 18.1. de la CE,⁷³ sino los datos de carácter personal.⁷⁴

Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empresario⁷⁵, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación sobre la protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. Sin embargo, los convenios colectivos pueden 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.

A) DISPOSITIVOS DIGITALES

La regulación del uso de los dispositivos digitales puestos a disposición de la persona trabajadora para la realización de sus deberes en la prestación de servicios al empleador era una materia omitida por la legislación laboral. Este es el motivo de que fueran de aplicación las normas genéricas relativas al control y a la vigilancia de la empresa sobre el cumplimiento de las obligaciones de los trabajadores. Como consecuencia de la indicada falta de regulación en la materia, los tribunales nacionales y comunitarios hubieron de asumir una labor obligada en el establecimiento de criterios interpretativos. No obstante, la existencia de unos dispositivos digitales consolidados requería una mayor

⁷² Auto TC 642/1996, de 23 de julio.

⁷³ Artículo 18.1 CE: “*Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*”

⁷⁴ STC 292/2000, de 30 de noviembre.

⁷⁵ Artículo 87.1. LO 3/2018: “*Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador.*”

seguridad jurídica por parte del ordenamiento jurídico, y por ello, a finales de 2018, se promulgó una nueva normativa⁷⁶ en materia de protección de datos que vino a introducir y regular los “*derechos laborales digitales*”, entre los que se encuentra la garantía de la intimidad de la persona trabajadora frente a la regulación del uso de los dispositivos digitales en el trabajo y su control empresarial.

Ello se plasma en el artículo 87 de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que se refiere textualmente al “*Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral*”. En su apartado segundo, el legislador limita el uso de los dispositivos digitales facilitados a los trabajadores por parte del empleador⁷⁷. El empleador no podrá acceder a estos dispositivos digitales con otros fines distintos a los estipulados en el artículo.

El artículo 87.3. de esta misma LO 3/2018, de 5 de diciembre, señala que “*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. En su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores. El acceso por el empleador al contenido de los dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados. Los trabajadores deben de ser informados de los criterios de utilización a los que se refiere este apartado.*”

De la redacción de este artículo se pueden extraer dos aspectos especialmente notables:

El primero de ellos es que el acceso por el empleador al contenido de los dispositivos digitales exige que se establezcan garantías para conservar la intimidad de los trabajadores como, por ejemplo, la determinación de los períodos en que los dispositivos puedan utilizarse para fines privados.

Mientras que el segundo dispone que las medidas de control informático del empresario deben ser justificadas, equilibradas y necesarias, o en caso contrario, podrán violar el

⁷⁶ LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

⁷⁷ Artículo 87.2 LO 3/2018: “*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.*”

derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones, lo que podría causar al empresario que incluso incurriera en responsabilidad penal.

La jurisprudencia anterior a la obligación estipulada por la LO 3/2018 de establecer reglas de uso de los medios informáticos y de comunicación facilitados a los trabajadores, ya consideraba estas garantías y medidas de control necesarias para valorar la corrección en la utilización a efectos disciplinarios, sin perjuicio de adoptar otras medidas preventivas, como la exclusión de determinadas conexiones.⁷⁸

De esta manera, cuando hay una prohibición válida y expresa del uso personal y no hay expectativa razonable de intimidad, es lícito probar la desobediencia a través de la monitorización del ordenador de trabajo.⁷⁹

Sin embargo, aunque existan normas en la empresa que prohíban la utilización de los dispositivos digitales con fines personales, vigilar los mensajes enviados por un trabajador a través de programas profesionales de mensajería instantánea instalados en el ordenador de la empresa y acceder al contenido de los mismos es una vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, siempre y cuando el trabajador no haya sido previamente informado de esta posibilidad.⁸⁰

En la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de septiembre de 2017, una de las más importantes en la materia de la intimidad de los trabajadores en el ámbito laboral, el citado Tribunal razona que debe ser objeto de aplicación el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁸¹ puesto que las nociones de vida privada deben definirse en sentido amplio incluyendo el derecho a permitir una vida social privada, es decir, la posibilidad de la persona de desarrollar su identidad social, de acercarse a otras personas con la finalidad de establecer y desarrollar relaciones con ellas. En este sentido, el servicio de mensajería instantánea por internet es una de las vías utilizadas para llevar una vida social privada. Igualmente, el envío y la recepción de

⁷⁸ STS de 26 septiembre 2007.

⁷⁹ AA.VV.: *Memento Práctico Social*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2020.

⁸⁰ STEDH Gran Sala 5-9-17, asunto Barbulescu vs Rumanía.

⁸¹ Artículo 8 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales:

1. "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia."

2. "No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley 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 del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás."

comunicaciones quedan protegidos por el concepto de correspondencia, incluso cuando son enviadas desde el ordenador de la empresa. En este sentido, a pesar de ser rebatible si el empleado tenía una expectativa razonable de confidencialidad a la vista de la política de la empresa y de que había sido informado, las instrucciones del empresario no pueden reducir la vida social privada del empleado en el lugar del trabajo ya que el derecho a la vida privada y la privacidad de la correspondencia continúa existiendo incluso cuando aquél se haya restringido en la medida necesaria.⁸²

A pesar de que las medidas de vigilancia y control de las comunicaciones del empleado fueron realizadas por la empresa, el TEDH razona que al aceptar las mismas los Tribunales nacionales vulneraron las obligaciones positivas que derivan del artículo 8 de CEDH. Es obligación de los tribunales nacionales comprobar que las medidas de vigilancia y control por las empresas de las comunicaciones de los empleados incluyen garantías adecuadas y suficientes para combatir al abuso. Los factores relevantes que deben ser verificados por las autoridades nacionales son los siguientes:

- Existencia de información previa al trabajador de que su actividad puede ser monitorizada.
- Nivel o grado de intromisión del empresario, es decir, tiempo en que se prolonga la actividad, a qué archivos se accede y cuántas personas acceden al resultado de la monitorización.
- Existencia de una justificación o propósito legítimo por parte de la empresa para monitorizar y acceder a las comunicaciones.
- Posibilidad de servirse de otros métodos menos intrusivos que el acceso directo a las comunicaciones del trabajador.
- Utilización que la empresa aplica al resultado de la actividad de monitorización y si la acción del empresario efectivamente está encaminada a alcanzar el fin legítimo que se alega.
- Existencia de mecanismos de salvaguarda para el empleado, garantizando que el empresario no acceda a las comunicaciones sin la previa notificación al trabajador.

⁸² GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I. y MERCADER UGUINA, J.: “La protección de datos se come a la intimidad: la doctrina de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de septiembre de 2017.”, *Revista de Información Laboral*, nº 10, 2017.

Estos factores constituyen el denominado *Test Barbulescu* a que deben someterse las medidas de vigilancia en cada uno de los casos concretos. En la aplicación de estos criterios al supuesto de hecho contemplado, el TEDH afirma que se ha alcanzado un equilibrio entre los intereses en juego, que son el derecho al respeto de la vida privada del empleado y la libertad del empresario de controlar las comunicaciones para asegurar el correcto funcionamiento de la empresa.⁸³

A juicio del TEDH, los Tribunales nacionales omitieron examinar si al empleado se le había comunicado previamente por parte del empresario sobre la posibilidad de control de las comunicaciones, así como tampoco tuvieron en cuenta que no había sido informado acerca de la naturaleza y el alcance del control o del grado de intromisión en su esfera privada. Estima el Tribunal que no es suficiente a estos efectos que existiera la política empresarial que prohibía el uso personal de las herramientas informáticas de la empresa y que el empleado la conociera. Además, la comprobación de las razones que justificaban el control no se realizó debidamente, pues pudieron utilizar medidas menos agresivas y no se informaron acerca de si podían acceder a las comunicaciones sin conocimiento.

Esta sentencia es una muestra de que el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos son categorías diferentes, aunque relacionadas, si bien la privacidad es más amplia que la intimidad. Mientras la intimidad protege la esfera en que se desarrollan los aspectos más reservados de la vida de la persona, la privacidad constituye un conjunto más amplio, más global, de aspectos de la personalidad, que aisladamente considerados pueden carecer de relevancia, pero que enlazados configuran la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado.

En el caso de que el empresario pretenda que la conducta del trabajador tenga consecuencias penales, este orden jurisdiccional considera necesaria la autorización judicial previa para acceder al contenido de una cuenta de correo o mensajes del trabajador, por entender que no hay ninguna circunstancia⁸⁴ (ni titularidad del dispositivo ni acceso por parte del trabajador durante su jornada laboral) que permita la injerencia sin contar con dicha autorización.⁸⁵

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴. AA.VV.: *Memento Práctico Social*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2020.

⁸⁵ STS 528/2014 de 16 de junio.

Valorando la casuística de la jurisprudencia, el TSJ de Madrid se pronunció entendiendo que la protección de la intimidad del trabajador no comprende sólo a los archivos personales obrantes en el ordenador de la empresa, sino también a aquellos temporales que se originen como consecuencia de su actividad por internet, en la medida que pudieran contener datos referentes a la vida privada del trabajador. Por lo tanto, por cuanto se refiere al control empresarial, se debe valorar la licitud de las pruebas obtenidas por parte del empresario, porque si se han obtenido vulnerando el derecho a la intimidad, éstas no serán válidas.⁸⁶

También produce una vulneración del derecho a la intimidad de los trabajadores una auditoría en las redes de información sobre el uso indebido de los ordenadores, si los trabajadores desconocen las reglas de uso de los mismos y por tanto de las posibles prohibiciones o restricciones en el acceso a internet.⁸⁷

Sin embargo, no hay lesión de la intimidad por la comprobación de un soporte informático de uso común⁸⁸; tampoco por examinar ficheros clasificados en el ordenador del trabajador como “datos personales”, cuando las instrucciones de la empresa indican específicamente que la información privada debe encontrarse claramente identificada como “privada”.⁸⁹ Esta última sentencia nos presenta el caso de un trabajador de los ferrocarriles franceses “SNFC”, que denunció que el empresario vulneró su derecho al respeto de su vida privada al abrir, en su ausencia, ficheros personales guardados en el disco duro de su ordenador profesional, lo que supone una vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las libertades públicas. En este caso, el TEDH considera que la medida adoptada por la empresa responde a un objetivo legítimo de protección de sus derechos asegurar que sus trabajadores utilizan los equipos informáticos que ha puesto a su disposición de conformidad con sus obligaciones contractuales y reglamentarias. Por otro lado, la medida no era desproporcionada ya que el trabajador había contravenido las normas internas de la empresa que ordenan que los trabajadores deben utilizar los medios informáticos para fines exclusivamente profesionales, aunque se tolerara puntualmente un uso privado.

⁸⁶ STSJ Madrid 16 de enero de 2008.

⁸⁷ STS 8 de marzo de 2011.

⁸⁸ STC 241/2012, de 17 de diciembre.

⁸⁹ STEDH de 22 febrero de 2018.

B) DESCONEXIÓN DIGITAL

El derecho a la desconexión digital de los trabajadores en el ámbito laboral se encuentra regulado en el artículo 88 de Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

El apartado primero de este artículo se refiere al derecho a la desconexión digital⁹⁰, el apartado segundo a las modalidades de ejercicio de este derecho⁹¹ y el apartado tercero a la elaboración de la política interna.⁹²

De estos preceptos se extraen las siguientes nociones concretadas por la jurisprudencia:

La audiencia no se limita a negociar o intentar alcanzar un acuerdo. Es decir, la empresa debe *“previamente a tener tomada la decisión, oír y escuchar los argumentos para ser tenidos en cuenta, lo que no puede sustituirse por una mera dación de cuenta.”*⁹³. Si no hay representación legal de los trabajadores será válida la consulta con las secciones sindicales.⁹⁴

La política de desconexión puede contener diferentes estrategias que impliquen diferentes niveles de intervención como, por ejemplo:

- Reconocimiento del derecho a no contestar y a desconectar dispositivos electrónicos.
- Establecimiento de un sistema de avisos, recordatorios, alarmas.
- Prohibición de comunicaciones laborales fuera del horario de la jornada.

⁹⁰Artículo 81.1 LO 3/2018, de 5 de diciembre: *“Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.”*

⁹¹Artículo 81.2 LO 3/2018, de 5 de diciembre: *“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.”*

⁹²Artículo 81.3 LO 3/2018, de 5 de diciembre: *“El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas.”*

⁹³ STSJ Castilla y León de Valladolid, de 23 de febrero de 2004.

⁹⁴ STSJ Cataluña de 19 mayo del 2000.

- Desconexión de la red de la empresa o bloqueo de la recepción de comunicaciones o acceso a aplicaciones.⁹⁵

Con anterioridad a la nueva LOPDGDD, el derecho a la desconexión digital ya se encontraba reconocido tácitamente tanto a través del ET, concretamente en los artículos 34 y 35, que regulan la duración máxima de la jornada laboral, el descanso mínimo entre jornadas, etc.; como a través de la negociación colectiva, plasmada en sus respectivos convenios colectivos.⁹⁶

Por todo lo explicado, la nueva LO 3/2008, de 5 de diciembre, en mi opinión debe valorarse de forma positiva, puesto que reconoce explícitamente un derecho vinculado tanto con la intimidad como con el derecho al descanso reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos⁹⁷ (DUDH), sin perjuicio de que, el derecho a la desconexión digital se trate de un derecho que ya existía implícitamente, en nuestra normativa laboral. Sin embargo, otros autores defienden que este derecho no precisa de positivización alguna puesto que no deja de ser un reconocimiento de un derecho al descanso que ya tienen los trabajadores adquirido por la ley y convenio colectivo.”

No obstante, y en favor de los que piensan que no era necesaria la positivización, hemos de indicar que la ausencia de regulación del derecho a la desconexión digital no implicaba ni mucho menos una desprotección de los trabajadores frente a las desproporcionadas decisiones empresariales.

Respecto a esta materialización en la ley, cabe añadir que incluye garantías como el derecho de los empleados a no tener que responder comunicaciones electrónicas fuera de su jornada legal de trabajo, garantizando así el respeto a la intimidad personal y familiar, a su horario de trabajo, a su tiempo de descanso y a sus vacaciones. En materia de derecho comparado destacan las acciones de formación y sensibilización sobre el uso razonable de los dispositivos digitales en Francia dirigidos tanto a empleados como mandos intermedios o directivos o la flexibilidad de Italia en la regulación de las nuevas formas

⁹⁵ VIDAL LOPEZ, P.: “¿Qué es una verdadera política de desconexión digital?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 968/2020, Ed. Aranzadi, 2020.

⁹⁶ VIDAL LOPEZ, P.: “La desconexión digital laboral es ya una realidad”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 968/2020, Ed. Aranzadi, 2020.

⁹⁷ Artículo 24 Declaración Universal de Derechos Humanos: “*Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.*”

de trabajo en los que se facilita la renovación del concepto de trabajo mediante técnicas organizativas necesarias para asegurar precisamente esa desconexión laboral.

Por último, en cuanto a jurisprudencia se refiere, un avance en la materia de los derechos digitales lo constituye la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de julio de 1997⁹⁸. Este antecedente fue seguido por el TS, Sala Social, en Sentencia de 21 de septiembre de 2015, que declaró nula la cláusula de un contrato de trabajo que obligaba al trabajador a incluir teléfono móvil y e-mail personal para recibir comunicaciones laborales de la empresa, debiendo notificar los cambios posteriores, señalando el Alto Tribunal que no hay consentimiento libre y voluntario al firmar el contrato cuando se incluya este tipo de cláusula, sino que lo que se encuentra presente es el miedo a no ser contratado.⁹⁹. De acuerdo a lo explicado, la STSJ Castilla y León de 3 de febrero de 2016 se pronuncia señalando que las empresas que utilizan teletrabajo deben disponer de políticas de gestión de tiempo, como procedimientos de conexión, medios de control y registros de jornada, para enfrentarse a las reclamaciones sobre jornadas que exceden el horario laboral, que afectan a la seguridad o salud de los trabajadores.

C) VIDEOVIGILANCIA Y GRABACIÓN DE SONIDOS

La LOPDGDD divide la regulación y protección de los datos de la vigilancia en dos medidas diferenciadas pero compatibles. En primer lugar, el legislador opta por una regulación más genérica puesto que abarca la responsabilidad de la persona con el fichero con independencia que el contenido de ese fichero incluya datos con incidencia dentro de la relación laboral o no. Mientras que, en segundo lugar, se inclina por una protección dirigida a la persona trabajadora por cuanto se refiere a la intimidad como derecho fundamental.

El artículo 22 de la citada LO señala en su apartado primero que *“las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, podrán llevar a cabo el tratamiento de imágenes a través de sistemas de cámaras o videocámaras con la finalidad de preservar la seguridad de las personas y bienes, así como sus instalaciones”*. No obstante, este precepto se encuentra

⁹⁸ SAN 94/1997 de 17 de julio. En la misma se declaró la nulidad de las instrucciones de la empresa que obligaban a los empleados a *“mantener la atención a sus teléfonos móviles una vez finalizada la jornada de trabajo de cada uno de ellos.”*

⁹⁹ PURCALLA BONILLA, A.: *“Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión de los empleados.”* *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 218/2019, Ed. Aranzadi, 2019.

sometido a una serie de exigencias. En primer lugar, el apartado segundo hace referencia a la importancia de la finalidad de preservar la seguridad de las personas y bienes así como de sus instalaciones, impidiendo en cualquier caso la captación de imágenes en el interior de un domicilio privado.¹⁰⁰ En segundo lugar, el apartado tercero señala que una vez obtenidas las imágenes, *“los datos serán suprimidos en el plazo máximo de un mes desde su captación”*.

Este plazo no se tendrá en cuenta cuando de los datos obtenidos se extraiga la comisión de actos que atenten contra la integridad de las personas, bienes o instalaciones, en cuyo caso, se pondrán a disposición de la autoridad competente en un plazo de 72 horas desde que se tuviera conocimiento de la existencia de la grabación.¹⁰¹

Existe la posibilidad de que los datos obtenidos por la persona que tiene la responsabilidad del tratamiento de las imágenes captadas por los sistemas de videovigilancia correspondan al marco de una relación laboral ya sean en el ámbito privado o público. En este sentido, la protección tiende a garantizar el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y grabación de sonidos en el lugar de trabajo, dirigiéndose concretamente al tratamiento que la empresa pueda dar a esos datos. La garantía del derecho a la intimidad de la persona trabajadora obliga a realizar el tratamiento de estos datos con la única finalidad de control de la actividad laboral siempre y cuando este tratamiento se realice respetando una serie de condiciones. En primer lugar, el artículo 89 LOPDGDD apartado primero, exige información, con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a las personas trabajadoras o empleadas públicas, y en su caso a su representación, sobre la posibilidad que gozan los empleadores de tratar con imágenes obtenidas por los sistemas de videovigilancia. Cuando estas imágenes reflejen la comisión flagrante de un acto ilícito por las personas trabajadoras y empleadas públicas, el deber de información se entenderá cumplido cuando exista un dispositivo informativo en un

¹⁰⁰ Artículo 22.2. LOPDGDD: *“Solo podrán captarse imágenes de la vía pública en la medida en que resulte imprescindible para la finalidad mencionada en el apartado anterior.*

No obstante, será posible la captación de la vía pública en una extensión superior cuando fuese necesario para garantizar la seguridad de bienes o instalaciones estratégicos o de infraestructuras vinculadas al transporte, sin que en ningún caso pueda suponer la captación de imágenes del interior de un domicilio privado.”

¹⁰¹ Artículo 22.3 LOPDGDD: *“Los datos serán suprimidos en el plazo máximo de un mes desde su captación, salvo cuando hubieran de ser conservados para acreditar la comisión de actos que atenten contra la integridad de las personas, bienes o instalaciones.*

En tal caso, las imágenes deberán ser puestas a disposición de la autoridad competente en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que se tuviera conocimiento de la existencia de la grabación.

No será de aplicación a estos tratamientos la obligación de bloqueo prevista en el artículo 32 de esta ley orgánica.”

lugar suficientemente visible en el que se identifique que se realizará tratamiento de las imágenes, la identidad de la persona responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del RGPD, concretados en los derechos de acceso, rectificación, limitación, tratamiento y supresión.¹⁰² Con el objetivo de facilitar el contenido del dispositivo, el artículo 22.4. de la LOPDGDD permite que se incorpore un código de conexión o dirección de internet al propio dispositivo que redirija a la información contenida en el RGPD.

Señala el artículo 89.2. LOPDGDD que no se admite la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en los lugares destinados al descanso o esparcimiento de las personas trabajadoras. Este mismo artículo, señala a título ejemplificativo, vestuarios, aseos y comedores. No obstante, y de acuerdo con el artículo 89.3. de esta misma ley orgánica, con respecto a la grabación de sonido, se admitirá cualquier sistema utilizado, sea sistema de cámara o videovigilancia, cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se ejercite en el centro de trabajo. Se aplicarán las limitaciones previstas para las videoconferencias con especial referencia a los principios de proporcionalidad e intervención mínima. Esto incluye de acuerdo al apartado 22.3. de la LOPDGDD la eliminación de los sonidos conservados en el plazo de un mes desde su obtención.

Por cuanto se refiere a la legitimidad en el tratamiento de los datos obtenidos a través de sistemas de videovigilancia, se considera ilegítimo el tratamiento de los mismos cuando se pretenda una mejora y eficiencia empresarial cercana a un control injustificado e intrusivo en la vida privada de la persona trabajadora. El amparo jurídico del control a través de los sistemas de videovigilancia implica que exista proporcionalidad entre la medida prevista y la finalidad perseguida. La excepción a la prestación del consentimiento de la persona trabajadora requiere de un ejercicio de ponderación entre el interés legítimo

¹⁰² Artículo 89.1. LOPDGDD: *“Los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3. del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. Los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos, y en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida.*

En el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta ley orgánica.”

y los derechos fundamentales de los afectados siendo necesario que prevalezca el primero sobre el segundo; por este motivo, es necesario aplicar la regla de proporcionalidad y analizar en cada caso concreto si prevalece un interés legítimo por parte de la persona responsable del tratamiento o prevalecen los derechos fundamentales los trabajadores.

De acuerdo con el artículo 47 del RGPD, el interés legítimo de una persona responsable del tratamiento de datos puede ser base jurídica suficiente para el tratamiento de datos, siempre y cuando no se sitúen en un plano de protección mayor que los intereses o los derechos y libertades de la persona interesada, pero será necesario tener en cuenta las expectativas de los interesados de acuerdo a la relación mantenida con el responsable. Este interés legítimo requiere de un análisis meticuloso, de una evaluación técnica y profunda, a pesar de que la persona interesada pueda prever que se va a proceder a la recogida y tratamiento de sus datos.

Con mayor precisión, el artículo 6.1 f) del RGPD justifica la legitimidad de un tratamiento de datos tras la valoración entre la satisfacción de los intereses legítimos de la persona encargada del tratamiento de datos y los derechos y libertades de la persona interesada, de manera que la licitud dependerá de que el interés de la persona responsable del tratamiento prevalezca sobre el interés de la persona trabajadora.¹⁰³

La adecuada ponderación de intereses en juego evidencia la existencia de una relación de subordinación de la persona trabajadora frente a la empresa con carácter general; no obstante, después de someter dicha ponderación a un examen de proporcionalidad, con carácter excepcional, prevalece el interés de la persona trabajadora frente a la empresa cuando el tratamiento realizado sobre los datos no fuese el esperado por parte del trabajador. Se entenderá probado el interés legítimo de la empresa cuando se reúnan una serie de requisitos, pero a pesar de ello, la instalación de sistemas de vigilancia y el tratamiento de los datos obtenidos por estos sistemas deberán cumplir con lo dispuesto en la ley.

¹⁰³ Artículo 6.1. Reglamento General Protección de Datos: *“El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones:*

(...)

f) El tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.”

En palabras de Francisco A. González Díaz, *“tanto el artículo 22 como el 89 de la LOPDGDD elevan a la máxima protección el tratamiento de una serie de datos que afecta, directa o indirectamente, a la intimidad, por tanto debe extenderse, el interés legítimo que justifica el tratamiento en el artículo 22 LOPDGDD al artículo 89, y la empresa se encuentra obligada a realizar una ponderación con carácter previo al tratamiento que desee realizar de los datos obtenidos de las personas trabajadoras a través de dispositivos de videovigilancia. Solo esta forma de actuación empresarial servirá de base jurídica y legal para que la empresa pueda demostrar una base legitimadora en el tratamiento de estos datos.”*¹⁰⁴

Mientras tanto, por lo que a la instalación de sistemas de videovigilancia se refiere, el respeto al principio de la proporcionalidad se basa, principalmente, en el análisis de la existencia de otros medios menos intrusivos de videovigilancia de la actuación laboral de los trabajadores con la finalidad de evitar injustificados ataques a los derechos y libertades de los mismos.¹⁰⁵

El TC se ha encargado de distinguir en varias sentencias entre el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos. El principio de proporcionalidad puede resultar afectado en función del enfoque que se le aplique a cada caso concreto.

El TC considera que el derecho a la intimidad supone una protección frente a cualquier invasión sobre la vida privada que pueda sufrir un trabajador, estableciendo por lo tanto un ámbito reservado del conocimiento y acción de las terceras personas, siendo necesario que los poderes públicos hagan efectivo ese poder de disposición. No obstante, a lo que hace referencia el artículo 18.1 CE, es al derecho a poseer la intimidad. Por otro lado, el derecho a la protección de datos es construido sobre el derecho del trabajador a asegurar un poder de control sobre la obtención de sus datos personales y su tratamiento, con la finalidad de no permitir su tráfico; sin embargo, este control puede ser vulnerado en la medida que la persona trabajadora desconozca los datos que se poseen, quien los posee y con qué objetivo.

Por estos motivos, el TC considera que el ámbito de protección de datos es más amplio que el derecho a la intimidad, puesto que no se limita a lo dispuesto en el artículo 18.1.

¹⁰⁴ GONZALEZ DIAZ, F.A.: *Intimidad y protección de datos...*(2020).

¹⁰⁵ *Ibíd*em, pp. 12-14

CE, sino que responde a una gama de bienes jurídicos sean o no constitucionales de mayor envergadura que se incluyen dentro de la vida privada de la persona trabajadora.

El derecho a la protección de datos otorga un conjunto de facultades a su titular cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, deberes que no incluye el derecho a la intimidad y que garantizan un poder de control sobre los datos de manera que el trabajador puede decidir cuáles de ellos proporcionar a terceros.¹⁰⁶ No obstante, el TC reconoce efectividad plena de los derechos de los trabajadores encuadrados en la relación laboral a quienes presten servicios en organizaciones productivas.¹⁰⁷

Entendiendo que la relación laboral provoca la sumisión del trabajador a los poderes empresariales y a la organización productiva, es necesario algo más que la afirmación del interés empresarial para justificar la limitación de los derechos fundamentales del trabajador¹⁰⁸, de manera que la empresa debe utilizar todo cuanto fuera necesario para justificar esta restricción alegando que no existe un medio más adecuado para proceder al legítimo objetivo perseguido¹⁰⁹. El lugar de trabajo no es un espacio al margen del derecho a la intimidad regulado en el artículo 18.1. CE; no obstante, un análisis detallado de la situación laboral del trabajador podría limitar el derecho a la intimidad del trabajador.¹¹⁰ En definitiva, las limitaciones deben ser estrictamente necesarias para satisfacer el interés empresarial, de manera que si existen métodos que afecten en menor medida a los derechos fundamentales en cuestión, habrá que emplearlos frente a aquellos que resulten más agresivos. En este sentido se pronuncia el TC a raíz de un caso en el que la empresa instaló aparatos de grabación en lugares conocidos por las personas trabajadoras con la finalidad de hacer frente a las reclamaciones de los clientes; sin embargo, el TC entiende ilegítima esta instalación de aparatos de grabación porque la empresa ya disponía de diferentes sistemas de seguridad,¹¹¹ siendo esto la clave de la sentencia.

¹⁰⁶ STC 292/2000, de 30 de noviembre.

¹⁰⁷ STC 90/1997, de 6 de mayo.

¹⁰⁸ STC 6/1995, de 10 de enero.

¹⁰⁹ STC 99/1994, de 11 de abril.

¹¹⁰ STC 136/1996, de 23 de julio. *“La limitación del derecho fundamental a la intimidad por parte de la empresa solo encontrará amparo en la medida que la propia naturaleza del trabajo comprometido implique restricción del derecho o bien cuando quede acreditada una determinada necesidad o un interés empresarial, sin que sea suficiente su mera afirmación de esa necesidad o interés para sacrificar el derecho fundamental de la persona trabajadora.”*

¹¹¹ STC 98/2000, de 10 de abril.

Por otro lado, y de acuerdo al principio de proporcionalidad, el TC ha considerado legítimo la instalación de un circuito cerrado de televisión que grababa la zona de caja de una trabajadora sospechosa de cometer irregularidades en su puesto de trabajo. Considera esta medida justificada con base al principio de proporcionalidad por las razonables sospechas sobre la trabajadora y considera que no se produce vulneración del derecho a la intimidad porque no es una decisión arbitraria y no tiene como finalidad la divulgación de las mismas sino responder a unas sospechas contrarias al principio de buena fe.¹¹²

Por cuanto se refiere al derecho a la información de la persona trabajadora, este derecho no es absoluto, siendo posible su limitación cuando esta se encuentre justificada en la ley.¹¹³ Esto obliga a que la empresa distinga entre la legitimidad del fin, si se trata de un control empresarial vía del artículo 20.3. ET¹¹⁴ o se trata de un acto de constitucionalidad basado en el requisito de información previa de acuerdo al artículo 13 del RGPD. Se admite la legitimidad en la medida que no se lesione el artículo 18.4 de la CE, que se entiende vulnerado cuando la medida de control se realice con medios reservados que impidan a la persona trabajadora disponer de información exigible.¹¹⁵

Sin embargo, en 2016, la doctrina constitucionalista sufre un giro respecto a la sentencia de 2013 a la que acabo de hacer referencia. En este caso, el de una trabajadora que aprovechaba para quedarse dinero de las devoluciones en caja a la que se le instala en su lugar de trabajo un sistema de videovigilancia, el TC refuerza el derecho a la protección de datos que obliga a la empresa a solicitar el consentimiento de la persona trabajadora junto con el derecho a ser informada.¹¹⁶ El TC parte del consentimiento como elemento definidor del sistema de protección de datos. En mi opinión, la colocación de un distintivo en el escaparate de zona videovigilada nos sitúa en un contexto legal para el tratamiento

¹¹² STC 186/2000, de 10 de julio.

¹¹³ STC 29/2013, de 11 de febrero. *“La limitación debe ser necesaria para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo, y, en todo caso, respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido.”*

¹¹⁴ Artículo 20.3. ET: *“El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad.”*

¹¹⁵ STC 29/2013 de 11 de febrero. *“Se vulnera el artículo 18.4 de la CE en tanto las cámaras de vigilancia de la universidad captaron la imagen, entendida como dato personal, de una de sus personas trabajadoras, siendo utilizada con fines de control de su jornada de trabajo, sin que la persona responsable del tratamiento hubiera informado a la persona trabajadora que esas capturas de imagen se dirigían a la supervisión de su actividad laboral.”*

¹¹⁶ STC 39/2016 de 3 de marzo.

de datos que tiene como objeto el control de la actividad laboral con excepción al previo consentimiento de la persona. Se requiere el consentimiento inequívoco de la persona trabajadora salvo que se den una serie de supuestos necesarios para el mantenimiento y cumplimiento de la relación laboral, como es el caso que se nos presenta.

En definitiva, y lo que es evidente más allá de las distintas opiniones doctrinales, es que el deber de requerimiento del consentimiento para el tratamiento de los datos o el deber de información previa requiere de una ponderación de la proporcionalidad de la medida que se adopte. Por lo tanto, la no apreciación de la proporcionalidad supondrá una vulneración del derecho a la protección de datos. Además, junto al examen de tratamiento de datos, la STC 39/2016, examina la vulneración del derecho a la intimidad, reiterando la doctrina que cualquier restricción de los derechos fundamentales debe ponderarse de acuerdo a un minucioso análisis del principio de proporcionalidad.

En esta sentencia se nos planteaban dos conflictos, el primero entre la intimidad de la persona trabajadora y el control empresarial, el segundo entre el derecho de información de la persona trabajadora como elemento del derecho de protección de datos y el control empresarial. El conflicto entre la intimidad y el control empresarial se resuelve a favor del control empresarial en la medida que la instalación de las cámaras de videovigilancia es susceptible de conseguir el objetivo propuesto de acuerdo a los principios de idoneidad y necesidad; mientras que el segundo se resuelve a favor del control empresarial pues se entiende que la finalidad de la instalación no lesiona los derechos fundamentales y por lo tanto, no requiere del consentimiento expreso de la persona trabajadora.

D) GEOLOCALIZACIÓN.

La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales regula el derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral en su artículo 90.

El artículo 90.1. señala que *“los empleadores podrán tratar los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3. del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo.”*

El artículo 90.2 exige que *“con carácter previo, los empleadores habrán de informar de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores o los empleados públicos, y en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características de estos dispositivos. Igualmente deberán informarles acerca del posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión.”*

4. ANÁLISIS Y COMENTARIO DE LA SENTENCIA NÚM. 766/2020 DE 15 DE SEPTIEMBRE DE SALA IV DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Como anticipábamos en nuestra introducción nos centramos seguidamente en el análisis de la citada STS que, a nuestro juicio, resulta relevante a los efectos de este trabajo.

Señalo que el supuesto de hecho se centra en la impugnación de un despido disciplinario efectuado por una empresa al constatar la utilización de un vehículo cuyo uso fue atribuido a una empleada para fines distintos de los cometidos laborales, al advertirse tal circunstancia por medio de los datos arrojados por el sistema de geolocalización GPS que tenía instalado el vehículo. Particularmente, la trabajadora efectuó un uso del citado vehículo para fines distintos de los estrictamente laborales, acreditándose que lo había realizado tanto en fines de semana en los que no prestaba servicios como en periodos en los que se encontraba en situación de incapacidad temporal por enfermedad común.

La Sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social número Cuatro de los de Almería, declaró en su momento procedente el despido de la trabajadora, y recurrida en suplicación aquella resolución judicial, la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía con sede en Granada, declaró la nulidad del despido por vulneración del derecho a la intimidad de la trabajadora al ser utilizados los datos obtenidos del sistema de GPS del vehículo para fines distintos al control de su jornada de trabajo.

Recurrida mencionada Sentencia ante el TS en recurso de casación para unificación de doctrina, el Alto Tribunal estima el recurso, revocando la Sentencia del TSJ de Andalucía, y confirmando la Sentencia del Juzgado de lo Social que declaró el despido como procedente.

La lectura de ambas Sentencias contradictorias y los argumentos jurídicos esgrimidos por una y otra ponen de manifiesto las importantes dificultades que hemos venido indicando cuando se produce la colisión entre la facultades de control de la actividad laboral por

parte del empresario y los derechos constitucionales del trabajador; lo que requiere necesariamente, al afrontar el análisis de este tipo de controversias, un análisis exhaustivo de todas las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto, evitando la aplicación de teorías generalistas, a la par que evidencia la constante -y en ocasiones contradictoria- doctrina jurisprudencial, que se va generando.

El núcleo de la cuestión sometida a debate se centra en determinar si el uso de los datos del sistema GPS pueden ser utilizados por la empresa para finalidades distintas de las previstas - en este caso concreto la seguridad y la coordinación de los trabajos- y en qué medida tal uso incide en el derecho fundamental del artículo 18.4 CE que garantiza la protección de los datos personales.

4.1 ANÁLISIS DE LA STS ANDALUCÍA OBJETO DEL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA.

Dicha Sentencia se nutre fundamentalmente de los argumentos jurídicos esgrimidos por la STJ Madrid de 21 de marzo de 2014 y de la STSJ Castilla La Mancha de 31 de marzo de 2015 -que se remite a su vez a la dictada por ese mismo Tribunal de 23 de marzo de 2015- y que en síntesis declaraban que la utilización de los datos mostrados u obtenidos por el dispositivo de localización GPS del vehículo no pueden hacerse valer por la empresa para fines distintos de aquellos de control durante la jornada laboral. En tal sentido concluye el Tribunal andaluz que la utilización en relación a tramos horarios ajenos a la jornada laboral como eran los periodos de incapacidad temporal, sobre las que la trabajadora no había autorizado su uso, infringe el artículo 18.4 CE y determina la nulidad del despido.

A tal respecto, y con cita de la STC 98/2000 de 10 de abril, se razona que el derecho fundamental del artículo 18.4 CE tiene aparejado indispensablemente la facultad del ciudadano a conocer en todo momento quien dispone de los datos que afecten a su esfera personal y a qué uso los está destinando.

Continua, con referencia al TC señalando que no existe una habilitación legal expresa que permita omitir el derecho de información sobre el tratamiento de los datos personales ámbito de las relaciones laborales y que tampoco es admisible una facultad empresarial de control de la actividad laboral a través de sistemas "sorpresivos o no informados", sin

que quepa confundir la legitimidad del fin perseguido (verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales a través del tratamiento de los datos conforme a los artículo 20.3 ET y 6.2 LOPD) con la constitucionalidad del acto (que requiere la información previa y necesaria como proclama el artículo 5.2 LOPD).

Igualmente, se expone la STC 29/2013 de 11 de febrero de 2013¹¹⁷ que, referida a una sanción disciplinaria impuesta a un trabajador por incumplimiento de la jornada laboral constatada por el tratamiento de unas grabaciones de imágenes por cámaras de videovigilancia otorgó el amparo solicitado por el empleado declarando en definitiva la nulidad de la sanción impuesta ante la ausencia de consentimiento ni información previa del afectado sobre el uso que la empresa podría efectuar respecto de los datos obtenidos por el sistema de videovigilancia.

Sobre estas premias jurídicas la comentada STSJ Andalucía argumenta que aun cuando la trabajadora conociera la instalación del sistema GPS en el vehículo utilizado, únicamente fue informada y prestó su consentimiento y autorización para que los datos obtenidos de aquél sirvieran a los usos empresariales de seguridad y coordinación de los trabajos; en otro caso, si se quiere utilizar dicha información para usos distintos de los inicialmente previstos son exigibles las correspondientes garantías específicas que no son otras que la autorización y consentimiento del afectado para el tratamiento de sus datos de carácter personal a fin de que éstos puedan ser también dispuestos para verificar si el vehículo cedido por la empresa pudiera ser objeto de control para tramos horarios distintos de aquellos en los que se desarrollaba la jornada laboral.

Ciertamente la Sentencia objeto de análisis es extremadamente garantista y escrupulosa en extremo con las garantías constitucionales en el tratamiento de los datos de carácter personal, además de ser fiel y respetuosa con la doctrina constitucional al respecto y con la línea marcada por el TS y los diversos TTSSJJ, si bien conviene advertir que la misma adolece en nuestra opinión de un adecuado análisis sobre la información previa y el consentimiento prestado por la trabajadora en el documento suscrito con la empresa y así

¹¹⁷ STC 29/2013 de 11 de febrero: "... el contenido de ese derecho fundamental a la protección de datos (art. 18.4 CE) fue vulnerado con la utilización no consentida ni previamente informada de las grabaciones para un fin, desconocido por el afectado, de control de su actividad laboral. De resultar de ese modo, habiéndose acordado la medida disciplinaria con base en una lesión del art. 18.4 CE, las sanciones controvertidas no podrían dejar de calificarse como nulas"

mismo sobre qué debe entenderse por datos de carácter personal, cuestiones ambas que aborda el TS para dilucidar la controversia.

4.2 ANÁLISIS DE LA STS 766/2020 DICTADA EN RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA.

En primer lugar, cabe predicar que el Alto Tribunal atiende plenamente la doctrina constitucional sobre la protección de datos de carácter personal, exponiendo detalladamente en su fundamento jurídico segundo las siguientes consideraciones:

1ª.- Que los derechos a la intimidad (artículo 18.1 CE), el del secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE) y el de protección de datos personales (artículo 18.4 CE) tienen regímenes de protección constitucional diferentes y autónomos.¹¹⁸

2ª.- Que el derecho a la protección de datos de carácter personal atribuye al individuo un conjunto de facultades consistentes en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad; a saber: el derecho a que se requiera su previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a conocer y ser informado sobre el destino y uso de tales datos y por último el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. Obvio es que ese poder de control de la persona sobre sus propios datos sólo es posible y eficaz imponiendo a los terceros esas determinadas obligaciones de hacer¹¹⁹.

3ª.- Este derecho fundamental incorpora para el sujeto un poder de disposición y control sobre tales datos que se concreta en la posibilidad de prestar su consentimiento para la recogida, obtención y el acceso a sus datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como sus usos posibles. Por ello la recogida y tratamiento de los datos de carácter personal se ha de fundamentar en el consentimiento de su titular, facultad que sólo puede ser limitada en atención a otros derechos y bienes de relevancia constitucional, a tal fin de que la indicada limitación cumpla tres requisitos: justificación, proporcionada y por último que se establezca por Ley.¹²⁰

¹¹⁸ SSTC 114/1984, 123/2002, 56/2003 y 142/2012.

¹¹⁹ SSTC 254/1993 y 254/2000.

¹²⁰ STC 96/2012, 217/2013 y 151/2014.

4ª.- Sólo el conocimiento anticipado por parte del trabajador de que puede ser objeto de fiscalización por el empresario puede legitimar actos de injerencia en los sistemas e instrumentos nuestros a disposición de aquél por la entidad empleadora. A sensu contrario, si no existe tolerancia empresarial para el uso personal de aquellos medios o instrumentos, que en tal caso resultaría ilícito, tampoco existe una expectativa razonable de intimidad reservada para el trabajador, resultando en consecuencia que si no concurre tal expectativa no cabe predicar la existencia de una intromisión ilegítima por el empresario que vulnere el derecho constitucionalmente reconocido.

Partiendo de tales consideraciones el Alto Tribunal plantea dos interrogantes en el caso concreto sometido a examen: el primero si el control empresarial excede de los límites correspondientes a la finalidad que tenía asignada el sistema de captación de datos derivado del sistema GPS; el segundo si dicho control supone una intromisión ilegítima en la esfera íntima de la trabajadora que lesione su derecho constitucionalmente reconocido.

En este punto, es donde el Alto Tribunal examina, en nuestra opinión de forma precisa y adecuada, todas las circunstancias concurrentes del supuesto de hecho, huyendo de teorías o argumentaciones meramente generales que podrían provocar determinadas disfunciones en el tratamiento y decisión judicial de la materia y que en definitiva puede inducir a confusión o aparente contradicción en la aplicación de la doctrina constitucional.

Para ello, el TS pone de manifiesto que los datos obtenidos por el GPS se refieren a la ubicación permanente del vehículo, sin que trascienda dato alguno relativo a sus ocupantes. Igualmente precisa que el uso del vehículo de la empresa dispuesto por la trabajadora se ceñía única y exclusivamente al desempeño de su actividad laboral; y además que nos encontramos ante un supuesto de hecho en el que de modo expreso se había establecido que aquél uso estaba limitado a la jornada laboral, añadiendo finalmente que la utilización de los datos de localización del vehículo en los términos utilizados en la carta de despido no evidencia ninguna circunstancia personal de la trabajadora. Lejos de acudir a conjeturas o especulaciones sobre tales cuestiones, la Sentencia se ajusta estrictamente a la declaración de hechos probados de la Sentencia de instancia del Juzgado de lo Social, no modificados en suplicación¹²¹.

¹²¹ STS 766/2020. Hecho probado segundo de la Sentencia del Juzgado de los Social nº 4 de los de Almería recogida en el Antecedente de Hecho Primero con la siguiente redacción:

Así pues el TS argumenta que los datos obtenidos del sistema GPS reflejan movimientos del vehículo fuera de la jornada laboral -bien por tratarse de periodos de descanso semanal o durante la situación de baja médica- fuera por tanto del tiempo expresamente pactado - "en la jornada laboral"- y de la finalidad para la que le fue concedido -"desempeñar su trabajo diario"- expresiones ambas que se contienen en la comunicación escrita que firmó la trabajadora, quien además asumió expresamente la responsabilidad sobre dicho vehículo, concluyendo el Tribunal que el control empresarial no excede en modo alguno de la finalidad del dispositivo en cuestión en la medida que se informó y acordó que el sistema estaba instalado para "garantizar la seguridad", de suerte que dicha seguridad y la eventual responsabilidad civil que pudiera derivarse por un quebrantamiento de aquella se enmarca dentro del ámbito de las obligaciones de la empresa en su calidad de titular del vehículo.

Por todo ello el Alto Tribunal sostiene que dado que la trabajadora conocía plenamente que el vehículo no podía ser utilizado fuera de la jornada laboral y que además contaba con un sistema de localización GPS, no existió invasión o intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales con el examen y tratamiento de los datos aportados por aquél sistema que constató la utilización del vehículo en periodos en los que no existía prestación de servicios por la empleada, pese al conocimiento previo -y añadimos consentimiento- de que disponía la trabajadora - y consintió cuando suscribió el

SEGUNDO. - El día 3-3-2015, la actora firmó un documento, en prueba de conformidad con su contenido, que tenía el siguiente tenor literal:

"D/Dª Cándida, con DNI: NUM000, trabajador de Tiendas CONEXION Con CIF: B-39603568 ha sido informado de que dispone de un vehículo asignado para su uso en jornada laboral y para desempeñar su trabajo diario, siendo responsable del mismo, así como de cualquier otro vehículo de empresa que utilice en un determinado momento. Toda anomalía detectada en el vehículo debe comunicarse de inmediato a la empresa para subsanarse en un taller concertado con la misma. El trabajador es responsable de mantener el vehículo en perfecto estado de limpieza, orden, revisiones y documentación, pudiendo ser supervisado su estado en cualquier momento por un responsable. En caso de ser recriminado por un superior por no estar debidamente ordenado o limpio (tanto exterior como interiormente) deberá proceder a su limpieza de inmediato. Siempre que sea necesario su préstamo a cualquier otro empleado de la empresa, se compromete a entregarlo en perfectas condiciones y a realizar las comprobaciones de su estado al recibirlo de nuevo, el cual será siempre responsabilidad suya. Así mismo, es informado de que su vehículo dispone de un dispositivo de localización por GPS para garantizar la seguridad y coordinación de los trabajos.

FICHA TÉCNICA DEL VEHÍCULO

Marca: CITROEN

Modelo: C3

Matrícula XXX " -doc. nº 1 aportado por la empresa-.

documento- de los términos estrictos a que se sometía la utilización del vehículo cedido por la empresa.

4.3 CONCLUSIONES.

En nuestra particular opinión jurídica indicamos que nos parece ciertamente ajustada a derecho la decisión judicial del TS adoptada en la Sentencia analizada, frente a la sostenida por el TSJ Andalucía objeto del recurso de casación.

De un lado, la STS no sólo se ajusta a la doctrina constitucional, sino que -y esto es lo relevante- aplica aquella al supuesto de hecho concreto, más allá de argumentaciones generalistas. Por el contrario, el TSJ Andalucía, no presta demasiada atención, en nuestra consideración, a los presupuestos fácticos del caso analizado, si bien es desde el punto de vista argumentativo, es igualmente fiel a los postulados del TC, lo que determina que una somera lectura de la Sentencia casada, sin contar con un adecuado análisis crítico, pueda en principio provocar la adhesión a sus conclusiones.

Cierto es que el caso enjuiciado presenta perfiles no demasiado nítidos pues ambas Sentencias interpretan, si bien de distinto modo y con conclusiones dispares y equidistantes la expresión "*garantizar la seguridad y coordinación de los trabajos*" contenida en el documento suscrito por la trabajadora, de tal suerte que para el Tribunal andaluz dicha finalidad no se extendía al control de la actividad laboral fuera de la jornada, mientras que para el TS la seguridad del vehículo unida a la obligatoriedad asumida por parte de la trabajadora de utilizar el vehículo solo durante la jornada laboral y exclusivamente al servicio del desempeño de sus funciones laborales constituye un dato esencial y relevante junto con el hecho de la que la seguridad del vehículo, cuya responsabilidad compete a la empresa, se extiende como es lógico, más allá de los estrictos tiempos de la jornada laboral, lo que pone de manifiesto la desobediencia de aquella a las instrucciones de la empresa y a lo pactado, que justifican su despido disciplinario como procedente.

En puridad no existen dos posiciones doctrinales diversas ni enfrentadas entre ambas resoluciones judiciales sino una distinta proyección de una misma doctrina constitucional sobre un supuesto de hecho concreto. El análisis de la Sentencia del TS nos permite considerar que se trata de una resolución que no aporta o introduce novedades

significativas en el tratamiento jurídico de los derechos constitucionales en el ámbito laboral, alcanzado quizás una cierta repercusión más por difusión mediática¹²² que por su trascendencia o innovación jurídica.

De tal modo, la STS objeto de este trabajo nos induce a considerar que no contribuye realmente a unificar la doctrina jurisprudencial, finalidad reservada a este tipo de recursos de casación en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social¹²³, en consonancia con la labor integradora del Derecho que nuestro Código Civil atribuye a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo¹²⁴

Y decimos esto por cuanto que la Sentencia recurrida y la de contraste¹²⁵, que sirve a los efectos unificadores de doctrina, debieran partir de hechos sustancialmente iguales¹²⁶,

¹²² Puede consultarse la noticia, entre otros, en los siguientes enlaces: <https://www.rtve.es/alacarta/videos/telediario/despidos-uso-indebido-coche-empresa/5677656/>
https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/10/05/legal/1601905874_576152.html
<https://elpais.com/economia/2020-10-05/declaran-procedente-el-despido-de-una-empleada-tras-detectar-por-el-gps-que-usaba-indebidamente-el-coche-de-empresa.html>

¹²³ Artículo 219.1 LRJS: "*1. El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos.*"

¹²⁴ Artículo 1.6 CC: "*La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.*"

¹²⁵ Sentencia TSJ Madrid 12 de junio de 2017.

¹²⁶ En la sentencia de contraste se declaran, a los efectos que nos ocupan, los siguientes hechos probados: "*SEXO.- Con fecha de 26 marzo 2015 la empresa comunica a la actora su despido disciplinario con fecha de efectos del mismo día en base a las siguientes imputaciones: Primero: Actualmente y desde su incorporación a su puesto de trabajo Ud. presta servicios de DUE con la categoría de Titulado Medio (nivel 4) con una jornada semanal de 35 horas en el proyecto de las unidades móviles de Tratamiento Directamente Observado de Tuberculosis y VIH, dentro de Departamento de Salud y Socorros. Segundo: Formando parte de una unidad móvil cuya base se encuentra en la Asamblea Local de Getafe, su puesto de trabajo comprende la función de realizar tratamientos supervisados a domicilio de enfermos de Tuberculosis y VIH. El equipo de la unidad móvil de trabajo está compuesto por un puesto de enfermera y un puesto de auxiliar de clínica, organizándose una ruta habitual de trabajo en función de los domicilios y necesidades de medicación cada paciente. En su caso concreto, los domicilios de los pacientes dados de alta en su unidad según consta en las historias de enfermería con fecha 11-02-2015 son los siguientes:*

-Fuenlabrada (Un paciente con seguimiento diario y dos con seguimiento semanal).

-Parla (dos pacientes con seguimiento mensual).

-Getafe (Tres pacientes con seguimiento semanal).

-Aranjuez (Un paciente con seguimiento diario).

-Madrid: Villaverde (Un paciente con seguimiento diario y otro con seguimiento semanal)

extremo éste que no concurre en nuestra opinión, dada la práctica imposibilidad de que en los supuestos de despido, se produzcan situaciones fácticas coincidentes, como por otra parte ha reiterado en múltiples resoluciones el Alto Tribunal¹²⁷.

Estimamos que la sentencia recurrida y la que se ofrece como contradictoria no resultan sustancialmente iguales en los que se refiere a sus datos fácticos puesto que la finalidad informada de la instalación del GPS no fue la misma ni similar en ambos casos. En el primero lo fue a los efectos de "seguridad y coordinación de los trabajos" y en el segundo para "control de parámetros que permitan eficiencia de la Institución", resultando ambas expresiones vagas y genéricas, lo que exige una labor interpretativa de los elementos de hecho, con la gran dosis de subjetividad que ello comporta dado que, por otra parte, tanto el TSJ como el TS se encuentran limitados y constreñidos por la declaración de hechos probados si los mismos no han sido objeto de revisión.

En definitiva, aunque podamos compartir en líneas generales los argumentos de la Sentencia comentada, no podemos dejar de reprocharle que pudiera haberse extralimitado de los estrictos cauces del recurso de casación para unificación de doctrina, en la medida que para enmendar las consecuencias del fallo del TSJ de Andalucía, se adentra en

Además, su puesto de trabajo comprende la función de preparación de la medicación para administrar y labores de gestión que se realizan en el centro del Plantío sito en C/ Rafael Villa, s/n donde el Departamento de Salud, Socorros y Emergencias se encuentra ubicado.

Tercero: con fecha 10 de diciembre de 2014 son instalados en las unidades móviles dispositiva de GPS para el control de parámetros que permitan una eficiencia de la Institución. Este hecho es informado y conocido por Ud. al igual que por el resto de compañeros/as de su proyecto.

(...)

OCTAVO.- Con fecha 10 diciembre 2014 se instalan en las unidades móviles dispositivos de GPS el control de parámetros que permitan eficiencia de la institución.

El responsable del taller informó a los trabajadores, incluida la actora de la existencia del GPS en las unidades móviles y de su finalidad, no consta que la actora recibiera y firmará por escrito esta comunicación.

¹²⁷ Entre otros, Auto del TS de 08 de marzo de 2016 declarando la inadmisión del recurso de casación para unificación de doctrina cuyo fundamento jurídico primero in fine declara: " Por otra parte, la Sala ha declarado reiteradamente que la calificación de conductas a los efectos de su inclusión en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 2015, 1654), salvo supuestos excepcionales que aquí no concurren, no es materia propia de la unificación de doctrina ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que en los casos de calificación de los despidos como procedentes o improcedentes la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico [SSTS 08/06/2006 (RJ 2006, 8332) (R. 5165/2004), 18/12/2007 (RJ 2007, 9375) (R. 4301/2006), 15/01/2009 (RJ 2009, 2568) (R. 2302/2007), 15/02/2010 (RJ 2010, 2844) (R. 2278/2009), 19/07/2010 (RJ 2010, 7126) (R. 2643/2009), 19/01/2011 (RJ 2011, 2432) (R. 1207/2010), 24/01/2011 (RJ 2011, 403) (R. 2018/2010), 24/05/2011 (RJ 2011, 5097) (R. 1978/2010), y 17/09/2013 (RJ 2013, 6588) (R. 4021/2010)]."

espacios vedados para tal clase de recurso al no concurrir la necesaria identidad sustancial de los hechos debatidos entre los de la Sentencia recurrida y la de contraste.

En tal sentido, y como propuesta de *lege ferenda* convendría plantearse una reforma de la LRJS que suavice los estrictos requisitos del recurso de casación para unificación de doctrina, a fin de que por un lado el TS pueda afrontar sin limitaciones su labor de formación de jurisprudencia y de otro que no quedaran firmes determinadas resoluciones de los distintos TTSSJJ que contradijeran la doctrina de la Sala de lo Social del TS y que en numerosas ocasiones, las partes se ven compelidas a no recurrir por falta de esa contradicción sustancial que predica la Ley procesal laboral provocando la firmeza de aquellas. Y ello, al menos, cuando esté en debate o discusión el respeto y salvaguarda de los derechos fundamentales.

5. CONCLUSIONES

La finalidad de este trabajo era analizar el marco jurídico de las nuevas relaciones entre empleado y empleador como consecuencia de la digitalización de datos y las nuevas tecnologías, perfilando la extensión y límites de los derechos de la empresa y los derechos fundamentales del trabajador cuando se produzcan situaciones de colisión entre ambos. La realidad legal y principalmente jurisprudencial que hemos examinado durante toda su elaboración, nos permite afirmar la marcada relevancia de los derechos fundamentales reconocidos al trabajador, a pesar de que ningún derecho es absoluto, motivo por el que las situaciones de oposición de aquellos con las facultades empresariales, puede provocar la minoración y adaptación de los primeros para superar el conflicto de intereses en juego. Desde luego, un contrato de trabajo no implica la renuncia del ejercicio de determinados derechos, como el de la intimidad, por parte de las personas trabajadoras; si bien, estos derechos fundamentales reconocidos a los trabajadores deben adaptarse a la relación laboral atendiendo al tan comentado derecho de control empresarial. Así pues, con carácter general, debe predicarse que el trabajador debe de ser informado de que su actividad laboral está siendo sometida a seguimiento por parte del empresario. La utilización de cámaras de videovigilancia, grabación de sonidos y sistemas de posicionamiento global, así como la circulación de datos de carácter personal del trabajador o la realización de registros, requieren del conocimiento del trabajador y de que éste preste su consentimiento de forma válida y eficaz.

No obstante, la doctrina jurisprudencial en determinados supuestos como la realización de registros, admite obviar el trámite de información y consentimiento del trabajador cuando haya indicios y sospechas razonables de que éste ha cometido un ilícito, sin perjuicio de que posteriormente el trabajador se valiera del reconocimiento a la tutela judicial que implicaría la aplicación de medidas cautelares para que cesara la intromisión ilegítima del empresario. Parece razonable que el empresario no deba avisar a un trabajador de la realización de un registro, puesto que de lo contrario se desvirtuaría la propia naturaleza y finalidad de esta medida de control empresarial. Además, con la posibilidad del trabajador de servirse de esta tutela judicial resulta prácticamente imposible incidir en la esfera privada del trabajador. Por otro lado, por cuanto se refiere a la utilización de imágenes captadas con cámaras de videovigilancia, con carácter excepcional se puede prescindir del consentimiento del trabajador cuando el interés legítimo del responsable de las imágenes prevalezca sobre el derecho fundamental del trabajador atendiendo al principio de proporcionalidad. En mi opinión, a la jurisprudencia se le ha encomendado una tarea cuasi legislativa que excede precisamente de su función como intérprete de la ley. Sorprende, en tal sentido, que el legislador no haya colmado muchas de las lagunas que generan disposiciones legislativas como la Ley Orgánica 3/1981 o la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantías de Derechos Digitales.

El protagonismo excesivo que jueces y tribunales se ven obligados asumir en esta materia, implica que éstos deban atender al criterio de proporcionalidad para el examen y decisión de los asuntos sometidos a enjuiciamiento, si bien en mi opinión la aplicación de tal principio provoca toda una serie de incertidumbres precisamente por su carácter abstracto y genérico.

De acuerdo con este principio se deberá efectuar una adecuada ponderación de los intereses jurídicos de trabajadores y empresarios cuando sus derechos colisionen, teniendo presente que el principio de proporcionalidad debe perseguir optimizar al máximo el ejercicio y respeto de los derechos fundamentales. El citado principio se concreta en la obligación impuesta a los empresarios de utilizar los medios menos lesivos e intrusivos para el trabajador, cuando ejerciten su derecho de control empresarial, obligación que una vez más, pone de relieve el marcado reconocimiento de derechos fundamentales del trabajador, tanto el derecho a la intimidad como el derecho a la protección de datos. Precisamente una idea sobre la que nos hemos detenido en la realización del trabajo es que el derecho a la intimidad y a la protección de datos son

categorías diferentes, aunque relacionadas. La principal diferencia radica en que la privacidad es un campo mucho más amplio que el de la intimidad, que incluye aquellos datos que son íntimos y otros que no lo son. Aún más, el objeto de protección de ambos derechos es diferente, y mientras que el derecho a la intimidad protege de las intromisiones ilegítimas, el derecho a la protección de datos tiene como finalidad otorgar al trabajador el poder de disposición sobre estos datos. Estas diferencias son ejemplificadas en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de septiembre de 2017, una de las más importantes en materia de la intimidad de los trabajadores.

Por otro lado, la desconexión digital es una materia que ha carecido de regulación legislativa hasta 2018. Es un ejemplo más del olvido normativo que ha sufrido este ámbito materias digitalizadas durante muchos años, incluso cuando los instrumentos de control tecnológico ya eran una práctica tremendamente extendida entre los empresarios. En mi opinión, contraria a parte de la doctrina, resultaba insuficiente la regulación del Estatuto de los Trabajadores en esta materia puesto que se limitaba a establecer los horarios de jornada laboral y descansos. Si bien es cierto que en esta disciplina el convenio colectivo cobraba una excepcional importancia, no lo es menos que la regulación convencional no sólo es poco significativa, sino también extremadamente diversa y además parcial, dados los innumerables ámbitos funcionales y territoriales de los diferentes convenios colectivos. De tal modo, nos encontramos con una regulación normativa ciertamente parca que impide contar con un cuerpo jurídico único que englobe a la totalidad de los empleados y que en mi opinión se hace necesario en la medida que la persona trabajadora es la figura débil de la relación laboral y como tal merece una mayor protección jurídica en materia de desconexión digital.

Abordamos finalmente el análisis de una reciente STS en materia del derecho a la intimidad que pone de manifiesto las graves dificultades que nuestros tribunales deben afrontar para el análisis de las cuestiones sometidas a su examen en esta materia y ello porque a pesar de contar con una doctrina jurisprudencial sólida y constante, tanto a nivel constitucional como del TS, los supuestos de hecho resultan tan extraordinariamente variados que en ocasiones, como ha sido el caso estudiado, puede provocar decisiones judiciales absolutamente dispares. A ello debe añadirse que la evolución de los medios tecnológicos es incesante y extendida, lo que provocará con toda seguridad un mayor posibilidad de inmisión de la empresa en los derechos fundamentales de los trabajadores,

lo que ineludiblemente va a suponer un nuevo reto continuo para nuestros órganos jurisdiccionales que, como ocurre en tantas ocasiones, se verán compelidos a suplir la falta o retraso de la actividad legislativa que permita contar con un marco normativo suficiente para facilitar la labor de aquellos.

6. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M. E., Derecho del Trabajo, 10ª, Madrid, pp. 394-396, 1987.

AA.VV.: Memento Práctico Social, *Ed. Francis Lefebvre*, Madrid, 2020.

DEL VALLE VILLAR, J.M.: "El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo en el ordenamiento laboral español", *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, pp. 157-184, 1992.

FAYOS GARDÓ, A.: *Un listado de las conexiones entre el derecho a la intimidad y otras normas del ordenamiento jurídico*, 2000.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. "Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral: un estudio introductorio", *Nueva Revista Española del Derecho del Trabajo*, nº 237, 2020, pp. 13-20.

GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I. y MERCADER UGUINA, J.: "La protección de datos se come a la intimidad: la doctrina de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de septiembre de 2017.", *Revista de Información Laboral*, nº 10, 2017.

GÓMEZ, E.: "¿Tiene un trabajador derecho a la intimidad en el ámbito laboral?". *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 940, 2018.

GONZALEZ DIAZ, F.A.: *Intimidad y protección de datos como derechos vertebradores en el uso de dispositivos de videovigilancia en el lugar de trabajo*, Ed. CEF, 2020.

GOÑI SEIN, J.L.: "El respeto a la esfera privada del trabajador", Ed. Civitas, Madrid, 1988.

LÓPEZ BOFILL, H: "Hacia un concepto formal del derecho a la intimidad y sus consecuencias".

MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J.M.: *El derecho a la intimidad de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional*, Anuario de Filosofía del Derecho, pp. 415-416, 2016.

ROMÁN DE LA TORRE, M^a.D.: “Poder de dirección y contrato de trabajo”, Ed. Grapheus, Valladolid, 1993.

PURCALLA BONILLA, A.: “Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión de los empleados.” *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 218/2019, Ed. Aranzadi, 2019.

VIDAL LOPEZ, P.: "La desconexión digital laboral es ya una realidad", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 968/2020, Ed. Aranzadi, 2020

VIDAL LOPEZ, P.: “¿Qué es una verdadera política de desconexión digital?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 968/2020, Ed. Aranzadi, 2020.

DISPOSICIONES LEGISLATIVAS

Real Decreto de 24 de julio de 1889 del Código Civil.

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

Constitución Española 1978.

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Reglamento UE 2016/679 Del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril, 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.

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos, Personales y Garantía de los Derechos Digitales.

PÁGINAS WEBS Y ENLACES

https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/10/05/legal/1601905874_576152.html

<https://elpais.com/economia/2020-10-05/declaran-procedente-el-despido-de-una-empleada-tras-detectar-por-el-gps-que-usaba-indebidamente-el-coche-de-empresa.html>

<https://www.rtve.es/alacarta/videos/telediario/despidos-uso-indebido-coche-empresa/5677656/>

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH Gran Sala 5-9-17

STEDH de 22 febrero de 2018.

SENTENCIAS TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 38/1981, de 23 de noviembre

STC 114/1984.

STC 19/1985, de 13 de febrero.

STC 47/1985, de 27 de marzo

STC 88/1985, de 19 de junio.

STC 38/1986, de 21 de marzo.

STC 231/1988, de 2 de diciembre.

STC 114/1989, de 22 de junio

STC 129/1989, de 17 de julio.

STC 21/1992, de 14 de febrero.

STC 254/1993, de 20 de julio.

STC 292/1993.

STC 99/1994, de 11 de abril.

STC 143/1994, de 9 de mayo.

STC 180/1994, de 20 de junio.

STC 6/1995, de 10 de enero.

STC 136/1996, de 23 de julio

STC 90/1997, de 6 de mayo.

STC 151/1997, 29 de septiembre.

STC 134/1999, de 15 julio.

STC 98/2000, de 10 de abril.

STC 186/2000, de 10 de julio.

STC 254/2000.

STC 292/2000, de 30 de noviembre.

STC 14/2002, de 28 de enero.

STC 123/2002.

STC 49/2003, de 17 de marzo.

STC 56/2003.

STC 196/2004, de 15 de noviembre.

STC 326/2005, de 12 de diciembre.

STC 96/2012.

STC 142/2012.

STC 241/2012, de 17 de diciembre.

STC 29/2013, de 11 de febrero.

STC 217/2013.

STC 19/2014, de 10 de febrero.

STC 151/2014.

STC 39/2016 de 3 de marzo.

SENTENCIAS TRIBUNAL SUPREMO

STS 2040/1989, de 13 de marzo.

STS de 28 junio 1990.

STS de 6 de noviembre de 1990.

STS 1168/2000, de 22 de diciembre.

STS 28 de diciembre 2006.

STS de 26 septiembre 2007.

STS 8 de marzo de 2011.

STS 518/2012, de 24 de julio.

STS 528/2014 de 16 de junio.

STS de 24 de noviembre de 2014.

STS 4086/2015, de 21 de septiembre.

STS 8 de marzo de 2016.

STS 119/2018, de 8 de febrero.

STS 766/2020.

AUDIENCIA NACIONAL

SAN 94/1997 de 17 de julio

SENTENCIAS TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

STSJ Murcia 833/1995, de 18 de julio.

STSJ Madrid 297/1998, de 2 de abril.

STSJ Castilla-La Mancha 980/1999, de 16 de septiembre.

STSJ Cataluña de 19 mayo del 2000.

STSJ Cataluña 4522/2000, de 23 de mayo.

STSJ Castilla y León de Valladolid, de 23 de febrero de 2004.

STSJ Cataluña 1322/2005, de 18 de febrero.

STSJ Navarra 1190/2006.

STSJ Madrid 16 de enero de 2008.

STSJ Las Palmas 19/2016, de 22 de enero.

STSJ Madrid de 20 de diciembre de 2016

TSJ Madrid 12 de junio de 2017.

STSJ Madrid 356/2018 de 4 abril.

OTRAS RESOLUCIONES JUDICIALES

Auto TC 642/1996, de 23 de julio

Auto del TS de 08 de marzo de 2016