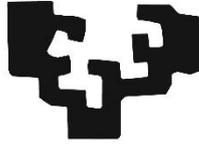


eman ta zabal zazu



Universidad Euskal Herriko
del País Vasco Unibertsitatea

**FACULTAD DE ECONOMÍA Y EMPRESA
SAN SEBASTIÁN**

TRABAJO DE FIN DE GRADO

NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LAS RELACIONES LABORALES

AUTORA: AINHOA LEON MUNUERA

DIRECTOR: SANTIAGO COLLADO

2019

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	4
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL CONFLICTO ENTRE EMPRESARIO Y TRABAJADOR	11
1.1 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES EN EL ÁMBITO LABORAL.....	11
1.2 LOS DERECHOS PRINCIPALMENTE AFECTADOS POR LA INCORPORACIÓN DE LAS TIC EN LA RELACIÓN LABORAL	13
a) Derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen	13
b) Derecho al secreto de las comunicaciones	17
c) Derecho a la protección de datos	19
1.3 CONFLICTO ENTRE EMPRESARIO Y TRABAJADOR POR EL USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA EMPRESA	25
CAPÍTULO II. PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO Y CONSECUENCIAS EN LA RELACIÓN LABORAL	28
2.1 EL PODER DE DIRECCIÓN Y CONTROL DE LA ACTIVIDAD LABORAL.....	28
A. NATURALEZA Y ALCANCE DE LAS FACULTADES DEL CONTROL EMPRESARIAL	30
B. SISTEMAS DE CONTROL EMPRESARIAL.....	31
C. LÍMITES AL PODER DE VIGILANCIA Y CONTROL EMPRESARIAL	36
D. GARANTÍAS DEL CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN	38
E. PODER DISCIPLINARIO O SANCIONADOR DEL EMPRESARIO... ..	40
F. CONVENIOS QUE TIPIFICAN EL INCUMPLIMIENTO DEL TRABAJADOR RELACIONADOS CON EL USO DE LA TECNOLOGÍA EN LA EMPRESA	41
2.2 CONSECUENCIAS DEL USO DE LA TECNOLOGÍA EN LA EMPRESA PARA FINES PERSONALES.....	47
a) Red social.....	47
b) Whatsapp	50
c) Correo.....	52
d) Utilización de aplicaciones informáticas	55

CAPÍTULO III. PROBLEMAS APLICATIVOS.....	58
3.1 CONSIDERACIONES GENERALES	58
3.2 ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES.....	59
CONCLUSIONES.....	71
ANEXO NORMATIVO	76
ANEXO JURISPRUDENCIAL	79
BIBLIOGRAFÍA	81

ABREVIATURAS

AUP	Políticas de Uso Aceptable
CE	Constitución Española DE 1978
CP	Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre
ET	Estatuto de los Trabajadores
JS	Juzgado de lo Social
LO	Ley Orgánica
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal
LORTAD	Ley 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal
LPDP	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos Personales
LPI	Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual
RD	Real Decreto
RGPD	Reglamento General de Protección de Datos
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TIC	Tecnologías de la Información y Comunicación
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TSJUE	Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea

INTRODUCCIÓN

INCIDENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LAS RELACIONES LABORALES

El trabajo de investigación que se presenta a continuación, ofrece un análisis de la incidencia de las tecnologías de la información y la comunicación en el ámbito de las relaciones laborales. Lo que se pretende con este estudio es realizar una reflexión sobre el conflicto que surge entre empresario y trabajador, en los casos donde los derechos fundamentales de los empleados convergen con el poder de dirección empresarial. Una vez detectados los problemas y en ausencia de regulación legal específica, serán los tribunales quienes se ocupen de interpretar los derechos fundamentales.

La elección de este contenido se debe a que considero que es un tema actual en el que existen ciertas dudas en torno a él. Las características propias que muestra esta materia generan la necesidad de averiguar que ocurre con esas particularidades para de ese modo poder establecer cuál es el régimen jurídico que corresponde. Es fundamental entender el funcionamiento de estas tecnologías en el ámbito laboral, ya que de su uso dependerán los derechos y obligaciones, y las condiciones de trabajo que se generen para las partes implicadas en la relación laboral.

Para la realización del presente estudio ha resultado fundamental la lectura y el estudio de diversas obras bibliográficas, artículos doctrinales y jurisprudencia, tanto de carácter general como de aspecto más específico.

En primer lugar, ha sido necesario llegar a conformar una visión global del área a estudiar, y para ello el punto de partida han sido los manuales generales sobre el Derecho del Trabajo, a través de los cuales se establece un marco genérico de las relaciones laborales.

Partiendo de esta base se ha podido crear un esquema con los puntos más relevantes a tratar en este trabajo de fin de grado, para de forma posterior profundizar en cada uno de esos módulos. Una vez confeccionado el esquema y determinados cuales son los puntos principales del tema resulta necesario entrar a conocer cuáles son las problemáticas y dificultades que se plantean entorno a dichos elementos.

Para empezar a adentrarse en cuestiones más concretas, es necesario comenzar con la búsqueda de datos que se adecuen a dichas características. Una vez conformado un marco teórico a través de los manuales generales, debe acudir a diversas fuentes, mucho más concretas.

Resultan fundamentales todas aquellas informaciones contenidas en las obras y revistas especializadas que van dando forma y añadiendo valor a las primeras aproximaciones acerca de la materia a tratar.

Los comentarios de la doctrina, así como los artículos especializados recogen de manera más específica todas aquellas particularidades que resultan relevantes para el entendimiento del objeto de la investigación. Asimismo, no puede dejar de obviarse la normativa existente al respecto, ya que es la misma la que establece las pautas legales, instaurando el régimen jurídico que corresponde.

Debe recordarse que no solo puede tomarse en consideración la legislación estatal, sino que habrá que tener en cuenta también las directrices de carácter europeo e internacional, ya que las mismas pueden condicionar la aplicabilidad de la normativa estatal, que deberá adaptarse a lo establecido por dichos órdenes.

Tampoco cabe olvidar el valor aportado por la jurisprudencia. Una recopilación de los fallos de los Tribunales que interpretan la ley frente a los casos concretos. La misma es un reflejo de la realidad, que aporta soluciones concretas a los problemas específicos y afianza la interpretación de los contenidos de carácter específico en la propia jurisprudencia. En cualquier caso, debe señalarse que las fuentes consultadas han sido ciertamente diversas y abundantes debido a las diferentes implicaciones que se contemplan a lo largo de este trabajo.

En cuanto a la estructura del trabajo se contemplan tres grandes capítulos constituidos a su vez en diversos apartados generales.

Con carácter previo al primero de los capítulos, se incluye una reflexión plenamente introductoria, y en la que trato de establecer las bases contextuales del tema en el que se irá profundizando más adelante.

El primero de los capítulos analiza los derechos fundamentales del trabajador. Se describen los derechos más relevantes en el ámbito laboral, y después, más concretamente, se describen los derechos que principalmente son afectados por la incorporación de las tecnologías de la información y comunicación en la relación de trabajo. En este mismo apartado se constata el conflicto que surge entre los derechos fundamentales y el poder de dirección.

El segundo capítulo trata sobre el poder de dirección del empresario y sus consecuencias en la actividad laboral. Se divide en dos apartados grandes. Al comienzo de este capítulo se desarrollan los elementos que conforman el poder de dirección, y se analiza detalladamente el poder disciplinario del empresario, a través de distintos incumplimientos del trabajador relacionados

con el uso de la tecnología y se argumentaran diversas formas de tipificar las faltas realizadas por estos.

Resulta muy ilustrativo, lo expuesto por SEMPERE NAVARRO y SAN MARTIN MAZZUCCONI (2002, p.22) en uno de sus estudios sobre la materia:

Las cuestiones planteadas, puesto que remiten al campo de los comportamientos humanos (sea del empleador o sus representantes, sea del trabajador o de los suyos) no siempre encuentran la misma respuesta (regulación) jurídica. Que una sentencia haya considerado como procedente el despido de un trabajador que ha accedido indebidamente a determinadas páginas electrónicas no permite elaborar una especie de regla o corolario general al respecto y aplicarlo a todos los trabajadores.

Por tanto, habrá que analizar cada caso en concreto, por separado, y después ver la interpretación que el ordenamiento jurídico nos ofrece.

El empresario, apunta su poder de organización y dirección hacia determinados objetivos, pone a disposición del trabajador medios de producción de su propiedad con la finalidad de alcanzar la maximización del beneficio, objetivo tradicional de toda empresa.

Por lo que nos estamos refiriendo a medios de producción de titularidad empresarial, pero de manipulación o uso del trabajador. Muchos de estos recursos proporcionan posibilidades que superan la actividad laboral originaria, y pueden mezclarse con facilidad con usos particularmente personales. De todo ello se desprende que el control del uso de estos medios de producción, no puede ser un control al uso.

La materia sobrepasa el ámbito estrictamente laboral y se adentra en derechos fundamentales del trabajador, con la particularidad referente a la protección que la Constitución Española les otorga a dichos derechos.

Como expone PALOMEQUE Y ÁLVAREZ (2017, p.104), *se produce una impregnación laboral de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su utilización por trabajadores asalariados (también eventualmente por empresarios) a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo.*

No parece que quepa duda alguna sobre las numerosas transformaciones que se han producido en torno al ejercicio del poder de dirección del empresario y de forma especial las que se han dado a consecuencia de la introducción de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en la empresa, ya que este hecho ha supuesto al mismo tiempo una profunda revisión de las formas de gestión y organización de la empresa y de algunos criterios del propio ordenamiento jurídico español.

El empresario supervisa las actividades laborales quizás incluso de forma más intensa y progresiva que en otra época. En un principio, podría parecer que el camino que están siguiendo las empresas es el de otorgar un mayor margen de autonomía a sus trabajadores, esto es, un grado de libertad para que puedan llevar a cabo las actividades laborales correspondientes en la forma, tiempo y lugar que consideren más oportunos. ¿Pero, es lo adecuado? ¿O complica la situación cuando existen problemas?

En este segundo capítulo, se describen también las consecuencias del uso de la tecnología en la empresa para fines personales. Dentro de este subapartado, se abarcan las siguientes cuestiones: redes sociales para uso personal, whatsapp en el trabajo, uso del correo electrónico en horario laboral, y utilización de otras aplicaciones informáticas como el GPS.

Lo que trato de desarrollar en este capítulo, es la problemática que surge cuando el trabajador incumple con su obligación laboral, y estudiar cuales son los derechos fundamentales que se ven afectados por el poder de dirección del empresario.

El habitual uso de los ordenadores, teléfonos móviles y demás herramientas tecnológicas ha supuesto que el trabajador, en ciertos aspectos, cuente con una mayor libertad de movimiento, ya que al poder encontrarse permanentemente conectado con la empresa puede realizar funciones para la misma en cualquier momento y lugar. Pero esa aparente libertad supone al mismo tiempo un camino de doble sentido, ya que esas mismas herramientas que otorgan esa evidente independencia son al mismo tiempo instrumentos útiles para el ejercicio del poder de dirección del empresario. A través de los mismos se puede conocer, e incluso almacenar, todos aquellos movimientos llevados a cabo por el trabajador con una precisión desconocida hasta el momento.

No cabe por tanto entender que la subordinación, una de las características por excelencia de las relaciones laborales por cuenta ajena, este diluyéndose a favor de una mayor autonomía, sino que simplemente está sufriendo una redefinición en base al uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación.

Resulta evidente que se ha producido un cambio trascendente respecto del ejercicio del control a través de los medios tradicionales y el control realizado a través de las nuevas herramientas informáticas.

Instrumentos que en cierta medida han hecho que la separación entre la esfera privada y la esfera profesional del trabajador no encuentre límites claros, ya que ambos espacios se intercalan de manera cada vez más habitual.

Efectivamente, las herramientas informáticas cumplen una doble función: son instrumentos para llevar a cabo la prestación laboral, pero al mismo tiempo se convierten en los instrumentos idóneos para que el empresario ejerza su poder de control. Por lo que el poder de control no solo se transforma, al menos en la forma de ejercerlo, sino que se intensifica. Y es que no son pocas las posibilidades de control que ofrecen las nuevas tecnologías de la información y comunicación.

Existen diversas formas en función de cuál sea el objetivo perseguido por el empresario, esto es, ¿qué es lo que se pretende controlar: el tiempo de trabajo, el uso de los medios de la empresa para fines personales...? Este hecho hace que se abra un amplísimo abanico de posibilidades para que el empresario ejerza su poder de control mediante técnicas en continua renovación, técnicas que son cada vez más precisas, motivo por el cual surge la duda del alcance de las mismas.

Claro está que el empresario puede tomar todas aquellas medidas que considere más oportunas para verificar que los trabajadores que se hallan prestando sus servicios a favor de la organización empresarial están cumpliendo con sus obligaciones en la forma debida. Pero tendrá una serie de limitaciones que en ningún caso podrá sobrepasar.

Por ello, el empleador siempre podrá establecer las medidas que estime oportunas para el ejercicio de su poder de control, pero siempre respetando los derechos que pertenecen a los trabajadores.

El tercer capítulo, versa sobre los problemas aplicativos que surgen a falta de regulación específica, y se incluye un análisis enfocado en la evolución de la jurisprudencia, basado en diversas sentencias tomadas como referencia para desarrollar y concretar el verdadero nacimiento del conflicto, que yace fundamentalmente en la interpretación.

La doctrina judicial es quien ha ido fundamentando una disciplina acerca de la compatibilización de los derechos de los trabajadores con las exigencias empresariales de control y vigilancia, tanto del uso de los medios empresariales puestos a disposición de los trabajadores como del cumplimiento de las órdenes del empresario.

El objetivo será encontrar un espacio común, que permita al empresario ejercer su poder de dirección sin dañar los derechos fundamentales del ciudadano. Una vez adquirida la condición de trabajador mediante la aceptación del contrato, nunca va a perder por ello su condición natural básica, y por tanto tampoco lo hará en el seno de la relación laboral.

La casuística se complica cuando los criterios jurisprudenciales, del Tribunal Constitucional en definitiva, en múltiples ocasiones han dejado claro que ningún derecho es absoluto, ni siquiera los fundamentales.

Nos vamos a mover por tanto en un terreno altamente movedizo, sin apenas reglas ni por su puesto leyes, que faciliten la regulación de estos aspectos. Donde, como ya menciono anteriormente, son los diversos Tribunales con su análisis individualizado de los casos, los que han ido e irán creando jurisprudencia.

Todo este cúmulo de conexiones especiales, desde mi punto de vista, justifica claramente la realización de un estudio de este tipo. Se trata de un análisis jurisprudencial de derechos fundamentales precisamente en una parte del ordenamiento de contenido especialmente jurisprudencial, donde se mezclan derechos fundamentales del trabajador con el poder de dirección del empresario, constituyéndose así una atmosfera que resulta ideal para pensar en un análisis de este tipo.

Es un campo de estudio árido y extenso, pero a la vez apasionante, que presenta además causas estructurales que lo dotan de enorme actualidad y de creciente interés, en la realidad de las relaciones laborales de hoy en día.

Como apartado final, se incluyen una serie de conclusiones que tratan de abordar cada punto tratado durante el desarrollo de este trabajo de fin de grado.

Para sellar se incorporan los apartados de bibliografía y los anexos, tanto normativo como jurisprudencial, abarcando de ese modo las fuentes que han sido necesarias para la elaboración de este trabajo

CAPÍTULO I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL CONFLICTO ENTRE EMPRESARIO Y TRABAJADOR

1.1 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES EN EL ÁMBITO LABORAL

Los derechos constitucionales que vamos a examinar a continuación tienen su origen o razón de ser en el ámbito de las relaciones laborales. En efecto, de la relación de trabajo surgen unos derechos constitucionales¹ específicamente laborales -derechos específicos- de los que son titulares tanto trabajador, como empresario o en su caso sus representantes. Pero al mismo tiempo, existen otros derechos constitucionales de carácter general, y por ello, pueden ser ejercitados por los sujetos de las relaciones de trabajo.

Por ello, me voy a centrar en los derechos fundamentales que considero importantes para este trabajo, donde el objeto de este estudio no son los simples derechos enunciados, sino las interacciones entre ellos y sobre todo los criterios jurisprudenciales a la hora de resolver los diferentes conflictos que con facilidad aparecerán en la relación de trabajo.

En referencia a los derechos de la persona y la relación de trabajo, MARTÍN, RODRIGUEZ-SAÑUDO Y GARCÍA (2014, p.683), exponen lo siguiente:

El empresario, además de retribuir su trabajo, está obligado a tratar al trabajador con dignidad, a proteger su vida e integridad física, a tutelar sus intereses y sus expectativas de formación profesional y promoción en el trabajo; debe respetar, asimismo, los derechos que como persona le están reconocidos por el ordenamiento jurídico y en particular por el texto constitucional que, con los pertinentes matices, mantienen su valor en el contexto de la relación de trabajo. Estos derechos, tienen como objetivo común la protección del trabajador en el ámbito de la empresa, ya sea de su misma persona, ya sea de sus intereses profesionales.

1. PALOMEQUE Y ÁLVAREZ (2017, p.103), considera que los derechos que derivan de un contrato de trabajo, son atribuidos con carácter general a los ciudadanos. Estos derechos son ejercidos en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que al mismo tiempo, son trabajadores y que por lo tanto se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica, y se les denomina derechos constitucionales laborales inespecíficos. Considera pues derechos constitucionales laborales inespecíficos los siguientes: el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, el derecho a la libertad de información...entre otros muchos.

Según la opinión de este autor, *la celebración de un contrato de trabajo no implica la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la constitución le reconoce como ciudadano. Se puede decir, que son derechos del ciudadano-trabajador, que ejerce como trabajador-ciudadano.*

Como se desprende del artículo 10.1 de la Constitución Española (CE en adelante), la base de los derechos fundamentales es *la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes*, una de cuyas manifestaciones más importantes es el derecho a la intimidad, que por su relevancia específica cuenta con recepción expresa en el artículo 18.1 CE. De algunos aspectos de estos derechos se ocupan, desde la perspectiva general, la LO 1/1982, de 5 de mayo, sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (LPI), y la LO 15/1999², de 13 de diciembre, sobre protección de datos de carácter personal (LPDP, desarrollada por RD 1.720/2007, de 21 de diciembre). (Martin et al., 2014, pag.684)

A la protección de la dignidad³ e intimidad del trabajador pueden conectarse, por otra parte, algunos derechos constitucionales que no cuentan con mención específica dentro de la legislación laboral, como el derecho al honor⁴ y a la propia imagen⁵, el derecho a la libertad ideológica, el derecho a la protección de datos personales o el derecho al secreto de las comunicaciones, que en el próximo apartado desarrollaré.

En general, el derecho a la dignidad e intimidad del trabajador exige un uso ponderado de los poderes empresariales de dirección y organización del trabajo y en particular, de sus facultades de control y vigilancia. Como veremos más adelante, el empresario puede adoptar *las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control*, entre las que pueden figurar medios audiovisuales, ópticos o telemáticos, la contratación de servicios de vigilantes, detectives o empresas de seguridad privada, o el registro sobre la persona o los efectos personales del trabajador (art.20.3 y 18 ET), pero tales medidas solo podrán estar referidas a la verificación del cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones laborales y nunca a su esfera íntima o vida privada, y habrán de guardar siempre *la consideración debida a su dignidad humana* (art.20.3 ET). (Martin et al., 2014, p.688-689)

2. Debe entenderse que en la actualidad la norma vigente es la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos y garantía de los derechos digitales

3. La doctrina general sobre la dignidad de la persona puede consultarse en TC 53/1985, de 11 de abril, y la aplicación de la misma al ámbito de la relación laboral en TC 192/2003, de 27 de octubre. La doctrina general sobre el derecho a la intimidad se encuentra en TC 110/1984, de 26 de noviembre, y 254/1993, de 20 de julio, y aplicaciones de la misma al terreno laboral pueden consultarse en TC 142/1993, de 22 de abril (entrega de copia básica del contrato a los representantes legales de los trabajadores). (Martin et al., 2017, p.685)

4. PALOMEQUE Y ÁLVAREZ (2017, p.115) afirma que: *el derecho al honor comprende el prestigio profesional del individuo como forma destacada de manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad, en la medida en que, en ciertos casos y bajo determinadas circunstancias, el juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona puede constituir un auténtico ataque a su honor personal.*

1.2 LOS DERECHOS PRINCIPALMENTE AFECTADOS POR LA INCORPORACIÓN DE LAS TIC EN LA RELACIÓN LABORAL

Una vez contemplados los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito laboral, tal y como se detallan en el capítulo II, sección 1ª que se titula “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, afirmamos que la CE protege con el máximo nivel de garantía los derechos que se reconocen en dicho capítulo. Ello significa que sólo se podrá desarrollar por Ley Orgánica su contenido (art. 81 CE), y siendo estos objeto de protección por el art. 53.2 CE, el cual establece literalmente que *“Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en [...] la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional [...]”*. (Ruiz, 2017, p.44)

Dentro del Capítulo II, aparecen el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones y que aunque se configuran como dos derechos fundamentales diferentes, constituyen en realidad dos garantías que se interrelacionan. Ambos son derechos que tratan de proteger un mismo objetivo, esto es, la esfera privada de las personas frente a las intromisiones que pudieran producirse por parte de terceros ajenos a la misma. A continuación, una descripción de los derechos más relevantes y afectados a consecuencia de la aparición de las TIC en la empresa:

a) Derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen

Son derechos fundamentales que no vienen definidos ni por la CE, ni por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que la desarrolla. Es por ello que los Tribunales han tenido que asumir la labor de delimitar y detallar sus características principales.

5. PALOMEQUE Y ÁLVAREZ (2017, p.118) detalla: *El derecho a la propia imagen (art.18.1 CE), o derecho de impedir que otros la capten o difundan, a través de no importa que medios instrumentales –utilización de imágenes captadas por videovigilancia para una finalidad, la supervisión laboral, de la que no se informó al trabajador, por ejemplo STC 29/2013—salvaguarda así el interés del sujeto en evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, que constituye el primer elemento configurador de su intimidad y de su esfera personal, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo por lo que la captación y difusión de la imagen del sujeto solo será admisible cuando la propia –y previa—conducta de aquel o las circunstancias en que se encuentra inmerso justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquel (STC 99/1994).*

El derecho al honor, que tiene gran relevancia en el ámbito laboral y que viene reconocido por el artículo 18.1 CE, es sobretodo salvaguarda del prestigio o reputación profesional del trabajador frente a posibles ataques de terceros. En determinadas circunstancias, el juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona pueden constituir un auténtico ataque a su honor personal.

El derecho a la intimidad, es un derecho de carácter subjetivo, es decir, que goza de las características propias de los derechos de la personalidad, es un derecho innato, irrenunciable, imprescindible.

Está estrictamente vinculado a la propia personalidad y proviene de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce: *“la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”*.

Además, como se puede observar en el art. 18.1 CE, no sólo protege al individuo de la obtención ilegítima de datos de su esfera íntima por parte de terceros, sino también de la revelación, divulgación o publicidad no consentida de esos datos, y del uso o explotación de los mismos sin autorización de su titular, garantizando, por tanto, el secreto sobre la propia esfera de vida personal y prohibiendo a los terceros, particulares o poderes públicos, decidir sobre el entorno de la vida privada (STC 83/2002, de 22 de abril, y 70/2009, de 23 de marzo), siendo todo ello aplicable al ámbito de las relaciones laborales, de conformidad con lo establecido en la STC 98/2000, de 10 de abril. (Ruiz, 2017, p.45)

Específicamente en el ámbito laboral, el derecho a la intimidad de los trabajadores se proyecta en diversos artículos del ET, en concreto, en el 4.2.e), 18 y 20.3. En todos ellos la intimidad se constituye como un instituto de garantía de la privacidad del trabajador frente al empresario, por lo tanto, ha de tenerse claro que existe en el ámbito de la relación laboral una posición de intimidad frente al ejercicio de los poderes empresariales, trasladándose la cuestión objeto de debate a la determinación de la extensión del mismo, pues ese límite actuará como barrera infranqueable a los poderes de dirección y control. En tal sentido afirma la STS de 4 de noviembre de 1986, que la esfera de la intimidad es eminentemente relativa y ha de ser el juzgador quien, en referencia a cada persona y atento a las circunstancias del caso, prudentemente, delimite el ámbito digno de protección. (Ruiz, 2017, p.46)

No obstante, y a pesar de esa incertidumbre en la definición legal y contenido relativo, la Ley Orgánica 1/1982, enumera algunas de las conductas que constituyen intromisiones ilegítimas en el ámbito de la intimidad en el artículo 7 del Capítulo II:

- La colocación en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.
- La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.
- La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.
- La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.
- La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2.
- La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.
- La divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena.

Cabe concluir que el derecho a la intimidad constituye un derecho fundamental que pretende proteger la vida privada de los individuos frente a intromisiones y conocimiento ajeno. Esta protección está pensada inicialmente para el ámbito social, pero también se extiende al ámbito laboral, lo cual implica la existencia de un espacio referido a la persona del trabajador donde el empresario no tendrá acceso. Sin embargo, el conflicto laboral surge en cuanto a los límites entre ambos aspectos: la privacidad y el acceso, el cual corresponde establecer a los Tribunales ante la falta de pautas legales instituidas al respecto. (Ruiz, 2017, p.46)

En cuanto al derecho a la imagen, es un derecho de carácter personal muy importante. Cuando una persona cede su imagen para cualquier finalidad, en realidad, no está cediendo su derecho, lo que se cede es el derecho de explotación de dicha imagen, pero en ningún momento se podrá ceder, ni total ni parcialmente, el derecho a la propia imagen.

La imagen, puede ser objeto de tratamiento para finalidades distintas. Sin embargo, una de las formas de tratamiento más habituales es a través de las cámaras de videovigilancia con la finalidad de garantizar la seguridad de las personas, bienes o instalaciones o el control de acceso.

Por ello, la Agencia Española de Datos Personales (AEPD en adelante) vio la necesidad de establecer una guía de uso de videocámaras para garantizar la seguridad y otras finalidades. Por lo tanto, siempre que quieran instalar cámaras de videovigilancia se deberá ajustar a los principios y obligaciones que establece la normativa.

Esta guía se elabora en base al Reglamento General de Protección de Datos (RGPD en adelante) y además, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos y garantía de los derechos digitales, destina el artículo 22 a la videovigilancia. En concreto, dicho artículo incluye las cuestiones que afectan al tratamiento de datos personales a través de cámaras de videovigilancia que dispone la norma.

La imagen de las personas está protegida, especialmente respecto del mal uso que de ella se pueda hacer mediante la utilización de ciertas posibilidades que ofrecen algunas tecnologías que captan o tratan la imagen.

Un sistema de videovigilancia, es por definición una estructura de captación de imágenes e incluso de sonido, en un espacio concreto, cuyas imágenes puedan ser visualizadas, grabadas y/o reproducidas. Por ello, la instalación de estos sistemas no debe ser algo casual, sino que debe responder a fines concretos y justificados.

La actual Ley Orgánica 3/2018, que más adelante desarrollare más detenidamente, se encarga de sancionar el uso de los datos personales para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos, por lo que el sistema de videovigilancia que se destine al control laboral debe ser ajustado a esta finalidad y no ampararse en otras más genéricas como la propia seguridad patrimonial del centro de trabajo, aunque éstas finalidades no resulten incompatibles entre sí.

El interés público, es una de las bases que legitima el uso de cámaras de videovigilancia. Sin embargo, todo uso debe respetar el principio de proporcionalidad⁶, recogido en el artículo 5 del RGPD.

En concreto, viene a estipular que los datos personales que sean recogidos deben tener fines determinados, explícitos y legítimos, así como aplicando el principio de minimización de los datos.

Por ello, será necesario aplicar la proporcionalidad en la instalación de las cámaras. Se deberá tener en cuenta y equilibrando en todo momento el derecho a la intimidad y la seguridad.

b) Derecho al secreto de las comunicaciones

Este es otro de los derechos fundamentales que puede verse afectado por la inclusión de la TIC en la empresa, como medio de prestación y control laboral. Viene definido en el art.18.3 CE, y se puede decir que impide la intromisión de terceros en la comunicación y su retención por cualquier medio.

MARTIN ET AL. (2014, p.688) exponen:

El derecho a la dignidad e intimidad conlleva, asimismo, el secreto de los datos que se conozcan por razón del trabajo o la relación laboral (cuya lesión puede tener incluso trascendencia penal, según el art.199 del CP), y en especial, el secreto de las comunicaciones por cualesquiera medios (postales, telegráficos, telefónicos, electrónicos o informáticos) que solo pueden ser intervenidos mediante resolución judicial (art.18.3 y 4 CE). El derecho al secreto de las comunicaciones y limitación de los controles empresariales⁷, impide en principio las interferencias (escuchas, grabaciones, etc.) de terceros (TC 114/1984, de 29 de noviembre), y en particular del empresario respecto del trabajador (TS 15 de febrero de 1984).

Naturalmente, los medios de comunicación pertenecientes a la empresa y puestos por ésta para el desempeño del trabajo pueden estar sometidos a instrucciones de uso y reglas de control (pactadas o provenientes del poder de organización empresarial), que deben ser reconocidas y respetadas por el trabajador y que pueden justificar si fuera necesario para el servicio, una intervención de control del empresario (TS 5 de diciembre de 2003). (Martin et al., 2014, p.688)

6. Existen diversas sentencias que desarrollan este concepto de juicio de proporcionalidad, que analizaremos muy concretamente en el capítulo tercero de este trabajo, concretamente en las STC 186/2000 y 39/2016, basándonos en el análisis de la jurisprudencia de los tribunales, desarrollando la aplicación de dicho concepto.

Según las sentencias STC 70/2002, de 3 de abril, STC 123/2002, de 20 de mayo, y STC 241/2012, de 17 de diciembre, la protección del mencionado artículo se proyecta sobre todo proceso de comunicación cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas y con independencia del contenido del mensaje transmitido o intentado transmitir –conversaciones, informaciones, datos, imágenes, votos, etc...– pertenezcan o no al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. Asimismo, los anexos o ficheros de textos, imágenes o sonidos que se adjunten a los mensajes de remitidos, en la medida en que forman parte de ellos, se encontrarán protegidos por dicho artículo. Quedando, por tanto, únicamente excluidas las comunicaciones por radio, chats, o foros de discusión, al ser accesibles para cualquier interesado y por tanto de carácter público o abierto.

En cuanto al momento temporal en el cual el secreto manifiesta su protección, el TC afirma que su protección alcanza a todo el proceso de comunicación pero una vez finalizado, la tutela constitucional de lo recibido se realiza a través de otros derechos como la intimidad⁸. Sin embargo, cuando la comunicación queda registrada en soporte físico o virtual, el derecho al secreto⁹ podrá vulnerarse tanto por la apropiación en sentido estricto, que suponga la interpretación física del mensaje (con conocimiento o no del mismo), como por el simple conocimiento de lo comunicado. (Ruiz, 2017, p.48)

Es de señalar aquí que el fundamento del carácter autónomo y separado del reconocimiento de este derecho fundamental y de su específica protección constitucional reside en la especial vulnerabilidad de la confidencialidad de estas comunicaciones en la medida en que son posibilitadas mediante la intermediación técnica de un tercero ajeno a la comunicación.

A través de la protección del proceso de comunicación se garantiza, a su vez, el carácter reservado de lo comunicado sin levantar su secreto, de forma que es objeto de este derecho la confidencialidad tanto del proceso de comunicación mismo como del contenido de lo comunicado. *Este reconocimiento autónomo del derecho no impide naturalmente que pueda contribuir a la salvaguarda de otros derechos, libertades o bienes constitucionalmente protegidos, como el derecho a la intimidad personal y familiar. En una sociedad tecnológicamente avanzada como la actual, el secreto de las comunicaciones constituye no sólo garantía de libertad individual, sino instrumento de desarrollo cultural, científico y tecnológico colectivo.* (STC 123/2002)

7. La instalación de cámaras o teleobjetivos sólo es lícita si se acredita su necesidad para el ejercicio de aquellas facultades y se efectúa de manera proporcionada y no excesiva en relación con esa función de vigilancia (TC 98/2000, de 10 de abril. Y 186/2000, de 10 de julio). El control a través de agentes o detectives es admisible siempre que se acredite su necesidad y la imposibilidad de utilizar otros medios más confidenciales (TS 14 de junio de 1990, a propósito de la vigilancia de representantes de trabajadores fuera del ámbito laboral). Los

Proyectando estas consideraciones sobre el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, *este derecho garantiza a los interlocutores o comunicantes la confidencialidad de la comunicación telefónica que comprende el secreto de la existencia de la comunicación misma y el contenido de lo comunicado, así como la confidencialidad de las circunstancias o datos externos de la conexión telefónica: su momento, duración y destino; y ello con independencia del carácter público o privado de la red de transmisión de la comunicación y del medio de transmisión -eléctrico, electromagnético u óptico etc...- de la misma.* (STC 123/2002)

Por ello, *la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas requiere la interferencia directa en el proceso de comunicación mediante el empleo de cualquier artificio técnico de captación, sintonización o desvío y recepción de la señal telefónica como forma de acceso a los datos confidenciales de la comunicación: su existencia, contenido y las circunstancias externas del proceso de comunicación antes mencionadas. De modo que la difusión sin consentimiento de los titulares del teléfono o sin autorización judicial de los datos de esta forma captados supone la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.* (STC 123/2002)

c) Derecho a la protección de datos

El derecho a la dignidad e intimidad del trabajador actúa también como una garantía de privacidad para el trabajador, lo cual conlleva tanto a la protección de su esfera íntima frente al empresario y frente a los demás sujetos que operen en el medio laboral, como la reserva y confidencialidad de sus datos personales. Particularmente, el art.18.4 CE prevé el establecimiento de limitaciones legales en el uso de la informática para garantizar los derechos de las personas. (Martin et al., 2014, p.687)

La Ley de Protección de Datos de Carácter Personal (LPDP en adelante) ofrece una serie de principios básicos en la obtención y uso de datos personales, aplicables también al ámbito profesional y empresarial:

servicios de seguridad privada desarrollados por personas físicas o jurídicas para la protección de personas y bienes han de observar lo dispuesto en la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, particularmente en el uso de medios de videovigilancia (art.42). Son nulas las pruebas que el empresario pudiera obtener con violación de aquellos derechos (TC 114/1984, de 29 de noviembre; TS 10 de marzo de 1990). (Martin et al., 2017, p.689)

8. STC 123/2002, de 20 de mayo; y 56/2003, de 24 de marzo

9. Este derecho no obsta a que el destinatario dé a conocer el contenido de la comunicación, ni que ésta se utilice en tal caso como prueba (TS 10 de marzo de 1990), y no impide la grabación de las comunicaciones que se realicen mediante aparatos o instrumentos sometidos a control por una razón legítima (TS Cont.-admva. 10 de octubre de 2001). Se ha estimado que vulnera la intimidad del trabajador la comprobación empresarial del ordenador asignado al

- Los datos de carácter personal solo se podrán recoger para su tratamiento, conservación o manipulación cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el fin que se persiga (art.4)
- Los interesados a los que se pidan datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco sobre el objeto de la petición, el uso de los datos y los derechos que les asisten (art.5)
- El tratamiento de dichos datos requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa o que sean necesarios para el mantenimiento o cumplimiento de un contrato o de una relación jurídica, incluida la laboral (art.6) (Martin et al., 2014, p.687)

Las TIC no sólo presentan una enorme facilidad en cuanto a la transmisión de la información, sino también permiten conocer cuál es la posibilidad de conservar y procesar información, lo que permite al empresario una reconstrucción casi fiel de la persona del trabajador.

Es evidente que el empresario en base al art. 20 ET puede controlar el uso que de las herramientas de trabajo realizan los empleados, lo cual implica el conocimiento de ciertos datos referidos a los mismos que se encuentran almacenados en dichos instrumentos de trabajo, tal es el caso, del contenido de un correo electrónico o de una conversación telefónica. Pero también resulta evidente que dicha información no podrá ser utilizada de forma inadecuada por parte de aquél según la LPDP como se expone en los anteriores párrafos.

En este sentido el TC afirma que cuando el art. 18.4 CE establece que 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, está incorporando una garantía constitucional para responder a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona. (Ruiz, 2017, p.50)

trabajador cuando hay tolerancia de uso personal y expectativa de confidencialidad (TS 26 de septiembre de 2007), pero no cuando existe prohibición expresa al respecto (TS 6 de octubre de 2011). Es legítimo el control empresarial de comunicaciones electrónicas realizadas por el trabajador con el ordenador de la empresa cuando exista prohibición de uso del mismo para fines distintos del trabajo, concurren sospechas fundadas de incumplimiento y se justifique la idoneidad y necesidad de tal medida (TC 170/2013, de 7 de octubre). No vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones la exigencia de la empresa de que se designe un responsable de la cuenta de correo electrónico para uso sindical (TS 16 de febrero de 2010). (Martin et al., 2017, p.688)

Es por tanto, que el derecho a la protección de datos, también denominado libertad informática consiste en controlar el uso que se hace por parte de terceros de los datos insertos en programas informáticos, comprendiendo el derecho a conocer y acceder a los mismos, el derecho a controlar su calidad, pudiendo corregir o cancelar los mismos y el derecho a disponer sobre su transmisión.

Según el TC este derecho se configura no sólo como instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, sino también como un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama la informática (STC 254/1993, de 20 de julio).

Esta aproximación, puede dar a entender que ambos derechos guardan una estrecha vinculación, idea que parece no ser compartida por el TC que en Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre viene a deslindar ambos derechos fundamentales, reservando el derecho a la intimidad para *proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad* (por todas STC 144/1999, de 22 de julio), y dejando el derecho a la libertad informática o protección de datos para *garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado*. (Ruiz, 2017, p.50)

Ahora bien, el deslinde entre ambos derechos tampoco es de carácter absoluto o radical y así lo continua afirmando el TC, pues la singularidad del derecho a la protección de datos radica por un lado, su objeto es más amplio que el del derecho a la intimidad, ya que el derecho fundamental a la protección de datos extiende su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el art. 18.1 CE, sino a lo que en ocasiones este Tribunal ha definido en términos más amplios como esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal (STC 170/1987, de 30 de octubre), como el derecho al honor, citado expresamente en el art. 18.4 CE, e igualmente, en expresión bien amplia del propio art. 18.4 CE, al pleno ejercicio de los derechos de la persona.

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. (Ruiz, 2017, p.51)

Es por todo lo anterior, que se otorga a los poderes públicos el deber de evitar la transmisión de información y de prevenir los riesgos que la misma acarrea, y para dar cumplimiento a dicha imposición y al mandato contenido en el art. 18.4 CE se promulgó la Ley 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (en adelante, LORTAD), luego sustituida por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos (en adelante, LOPD).

Como veremos más adelante, uno de los métodos de control más efectivos para que el empresario pueda conocer que el trabajador cumple con sus obligaciones laborales es el método de videovigilancia. Pero hasta qué punto puede el empleador utilizar este método? Cuáles son las limitaciones? Quien las establece?

Partimos de la base de que la toma de imágenes de personas, por medios digitales, es un dato de carácter personal y se le aplican las garantías respecto de los derechos inherentes, tales como el derecho a la intimidad, a la imagen, al honor o, más concretamente, el derecho a la protección de datos implícito en el derecho a la limitación legal respecto del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos, derechos fundamentales que no son renunciables y que deben respetarse también en el ámbito laboral.

Un sistema de videovigilancia es, por tanto, una estructura de captación de imágenes, e incluso sonido, en un espacio concreto, cuyas imágenes puedan ser visualizadas, grabadas y/o reproducidas. Por ello, la instalación de estos sistemas no debe ser algo arbitrario o casual, sino que debe responder a fines concretos y justificados.

Teniendo en cuenta que la LOPD 15/1999 fue derogada por la LO 3/2018, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, ésta se encarga de sancionar el uso de los datos personales para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos, por lo que el sistema de videovigilancia que se destine al control laboral debe ser ajustado a esta finalidad y no ampararse en otras más genéricas como la propia seguridad patrimonial del centro de trabajo, aunque éstas no resulten incompatibles.

El empleador, por tanto, podrá controlar el grado de cumplimiento de las tareas encomendadas a los trabajadores. Pero la problemática se ciñe al conflicto entre el derecho al control laboral y los más elementales derechos de los trabajadores, en particular, respecto a su derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y a la protección de datos (art. 18.4 CE).

Con la entrada en vigor del Reglamento¹⁰ (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos – RGPD en adelante), se vienen a modificar aspectos relevantes de la legislación española que influyen, de manera directa, sobre los derechos de los afectados.

En particular, el art. 88 del RGPD sobre las normas específicas que cada Estado miembro puede desarrollar, éstas deberán garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral.

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

Dichas normas incluirán medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana de los interesados así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales, prestando especial atención a la transparencia del tratamiento, a la transferencia de los datos personales dentro de un grupo empresarial o de una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo.

En la misma línea, el art. 22 de la Ley Orgánica de Protección de Datos, recoge:

El deber de información previsto en el artículo 12 del Reglamento (UE) 2016/679: (...) *“toda la información indicada en los arts.13 y 14...en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo (...)”* se entenderá cumplido mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679. También podrá incluirse en el dispositivo informativo un código de conexión o dirección de internet a esta información. (art.22.4)

El tratamiento por el empleador de datos obtenidos a través de sistemas de cámaras o videocámaras se somete a lo dispuesto en el artículo 89 de esta ley orgánica. (art. 22.8)

Por tanto, se obtienen las siguientes conclusiones:

- La captación de imágenes deberá responder exclusivamente a la finalidad de preservar la seguridad de las personas y bienes, así como de las instalaciones, debiendo estar siempre sujeta la instalación de estos elementos de grabación a los criterios de proporcionalidad, y sin que en ningún caso se pueda hacer uso de las imágenes para fines diferentes de aquellos para los que fue autorizada su instalación.
- En ningún caso se admitirá la captación de imágenes para el control directo ni indiscriminado de los trabajadores. En ningún caso se admitirá la instalación de sistemas audiovisuales de control en los lugares de descanso o esparcimiento, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos.
- El empresario deberá informar de forma expresa y precisa a los trabajadores y a sus representantes sobre los derechos de información, acceso, control de tratamiento, rectificación y cancelación de los datos.
- El consentimiento otorgado por los trabajadores o por sus representantes no bastará en ningún caso para alterar lo establecido en el presente apartado.
- Queda prohibida la captación de grabaciones de audio de las conversaciones de los trabajadores.

Como puede observarse, la regulación normativa no encuentra consenso, sin embargo, lo que puede decirse es que, en cualquier caso, los sistemas de videovigilancia laboral serán regulados con mayores garantías para los trabajadores de las que existían hasta ahora.

Otra de las medidas de control más habituales es la colocación de GPS (sistema de geo-localización) en el vehículo de la empresa. En concreto es el artículo 90 de la LO 3/2018, de Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geo-localización en el ámbito laboral, quien se encarga de regular este método de control utilizado por muchos empresarios en la actualidad.

10. Véase Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). En concreto, los artículos 12, 13, 14.

Los empleadores podrán tratar los datos obtenidos a través de sistemas de geo-localización 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. (art.90.1)

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. (art. 90.2)

En el capítulo tercero de este trabajo, se desarrolla el análisis de diversas sentencias, en los que se estudiara más detenidamente los métodos de control que dispone el empresario, y explico varios supuestos que determinan y delimitan dicho control, entre ellos, la utilización del GPS.

Pero antes de cerrar este primer capítulo, expondré el conflicto que surge entre el empresario y el trabajador por el uso de las nuevas tecnologías en la empresa.

1.3 CONFLICTO ENTRE EMPRESARIO Y TRABAJADOR POR EL USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA EMPRESA

Desde hace un tiempo venimos observando que las empresas otorgan cada vez un mayor margen de autonomía a sus trabajadores, es decir, les conceden un grado de libertad para que puedan llevar a cabo las actividades laborales correspondientes en la forma, tiempo y lugar que consideren más oportunos.

El hecho de que el trabajador pueda utilizar ordenadores, teléfonos móviles y demás herramientas tecnológicas, ha supuesto que cuente con una mayor libertad de movimiento en el trabajo, ya que puede encontrarse permanentemente conectado con la empresa y puede realizar funciones para la misma desde cualquier momento y lugar.

Pero las herramientas que otorgan esa aparente libertad, son a la vez instrumentos útiles para el ejercicio del poder de dirección del empresario, ya que a través de ellas se puede conocer, e incluso almacenar, cada movimiento realizado por el trabajador, con una precisión que es desconocida hasta el momento. (Llamosas, 2012b, p.17)

Por tanto, no significa que la subordinación (una de las características por excelencia de las relaciones laborales por cuenta ajena) este diluyéndose a favor de una mayor autonomía, sino que simplemente está sufriendo una redefinición en base al uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación.

Como venimos analizando, las herramientas informáticas tienen doble función. Por un lado, son instrumentos para llevar a cabo la prestación laboral, pero al mismo tiempo se convierten en instrumentos idóneos para que el empresario pueda ejercer el poder de control. Se afirma entonces, que el poder de control a parte de transformarse, también se intensifica. Tema que se va a describir en el próximo capítulo. (Llamosas, 2012b, p.18)

Son varias las formas de control que ofrecen las nuevas tecnologías de la información y comunicación, dependiendo de cuál sea el objetivo perseguido por el empresario. Es decir, ¿qué es lo que se pretende controlar: el tiempo de trabajo, el uso de los medios de la empresa para fines personales...?

El empresario podrá tomar las medidas que considere oportunas para verificar que los trabajadores que prestan servicio a favor de la organización empresarial, cumplen con sus obligaciones de forma correcta. Pero ello no significa que el empresario pueda tomar cualquier medida, o que las medidas que tome se tengan que considerar legítimas. (Llamosas, 2012a, p.193)

Lo que hay que tener en cuenta, es que por el hecho de que exista subordinación, el trabajador no deja de disponer los derechos que le pertenecen por ser persona. De alguna manera, estos derechos se ven modulados a favor de un contexto ciertamente particular como es el de la relación laboral, pero el hecho de que se den ciertas flexibilidades no quiere decir que esos derechos queden anulados.

En definitiva, lo que se pretende es modular el poder de control en base a los derechos individuales de las partes implicadas ofreciendo una serie de garantías frente a los trabajadores.

En el caso de la legislación española se ha optado por el modelo de la restricción del poder empresarial a partir de limitaciones genéricas. Y es que no puede dejar de mencionarse el hecho de que el papel que cumplen los derechos fundamentales respecto del poder de dirección no solo abarca la aprobación de una u otra serie de medidas, sino que alcanza también el espacio de la aplicación de dichas medidas. (Llamosas, 2012a, p.195)

Sea como sea, el poder de control, y su ejercicio dentro del ámbito organizativo, participa como herramientas de atracción para que, ya sea de forma consciente y meditada o de modo inconsciente, se lesionen los derechos fundamentales cuando los mismos deben, al menos teóricamente, suponer un límite al poder de dirección y no al contrario.

La cuestión debería fundamentarse en el encuentro de un equilibrio. Pero para tratar de llegar a una conclusión en torno a este problema es necesario interpretar el punto de partida, esto es, si se trata de un problema que debe resolverse por la vía estrictamente contractual o se trata de una cuestión que va más allá.

En una primera aproximación puede entenderse que el trabajador con la aceptación del contrato de trabajo asume un conjunto de obligaciones y derechos, un todo, que permanece inamovible ante los posibles conflictos que pueden surgir respecto de los derechos fundamentales. (Llamosas, 2012a, p.195)

Si se toma como válida esta opción se admite lo siguiente: el trabajador asume ese todo, ese conjunto de derechos y obligaciones, por lo que el poder de dirección del empresario queda amparado doblemente: en primer lugar porque así se le reconoce en el propio contrato de trabajo, y al mismo tiempo se fundamenta en los propios deberes contractuales que ha asumido el trabajador.

Pero un segundo punto de vista puede entender que realmente el conflicto no se produce entre los derechos fundamentales y las obligaciones contractuales, sino que el problema de fondo se produce realmente, y de forma directa, entre los derechos fundamentales y el poder de dirección. Verdaderamente, se trata de un conflicto que va más allá del propio marco de las relaciones laborales. (Llamosas, 2012a, p.196)

Son muchas las posibilidades que tiene el empresario para poder ejercer sus poderes de dirección y control, y muchas las herramientas e instrumentos que se hallan a su disposición. Medios estos que cada vez resultan más sofisticados e intrusivos, por lo que suele resultar difícil la consecución de un equilibrio, para que no exista conflicto entre los derechos fundamentales y el poder de dirección. (Llamosas, 2012a, p.198)

El primer punto a resolver para encontrar un equilibrio al juego de los derechos fundamentales como límite al poder directivo empresarial es la propia revisión de los términos en que el conflicto se plantea, es decir, si el problema ha de intentar resolverse desde la perspectiva contractual o va más allá de ella.

Por ello, en el siguiente capítulo se va a tratar el poder de dirección y las diversas formas de control que tiene el empresario mediante el uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación.

CAPÍTULO II. PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO Y CONSECUENCIAS EN LA RELACIÓN LABORAL

2.1 EL PODER DE DIRECCIÓN Y CONTROL DE LA ACTIVIDAD LABORAL

La dirección y control empresarial de la actividad laboral constituye una de las facultades del empresario que más se ha visto alterada por la llegada de las tecnologías de la información y la comunicación.

La norma laboral, reconoce de forma reiterada la existencia de las facultades directivas del titular de la empresa. Por ejemplo el 1.1 ET, al referirse a la prestación de los servicios *dentro del ámbito de organización y dirección del empresario*, y en el caso del artículo 20.1 ET, según el cual *el trabajador está obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien esta delegue*.

Por un lado, el empresario no solo determina el trabajo que debe realizar el empleado especificándolo bajo su poder de dirección, sino que puede *adoptar las medidas que estime oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales* (art.20.3 ET), comprobando que se realiza de acuerdo a lo previsto en sus instrucciones.

El artículo 20 ET hace referencia al sometimiento del trabajador a las órdenes e instrucciones adoptadas por el empresario y comprende la facultad de dictar órdenes e instrucciones particulares a un trabajador o un grupo de trabajadores sobre el contenido y las circunstancias de su trabajo. Por tanto el empresario tiene la facultad de dictar instrucciones generales sobre la organización y el funcionamiento de la empresa y sobre la prestación laboral en la misma, extendiéndose a materias variadas referidas a la actividad laboral, como horarios de trabajo, calendario laboral, turnos, sistema retributivo, medidas de control, medios de seguridad y otras muchas. (Martin et al., 2014, p.255)

Un complemento del reconocimiento de la facultad de dictar instrucciones generales y particulares es la de controlar su efectivo cumplimiento por el trabajador. Dicha facultad se prevé en el artículo 20.3 ET y también se le atribuye al empresario de facultades disciplinarias como menciona el artículo 58.1 ET, con aplicación de sanciones al trabajador. Estas sanciones alcanzan su grado máximo en el despido disciplinario, con extinción de la relación laboral como desarrollare más detenidamente en el apartado E y F de este capítulo. (Martin et al., 2014, p.256)

Como se indica en el capítulo anterior, en el apartado 1.3, el derecho a controlar nace del contrato y ha de consistir en medidas conocidas o de posible conocimiento y proporcionadas al fin que se persigue: el cumplimiento puntual y eficaz de la obligación de prestar trabajo. La realidad de este control está en la esencia misma de la posición contractual de dependencia y alcanza a todas las obligaciones y deberes laborales del trabajador. (Palomeque y Álvarez, 2017, p. 594)

Por otro lado, el poder de dirección que atribuyen las normas laborales al empresario, encuentra su fundamento último en la libertad de empresa reconocida por el artículo 38 CE. Libertad que comprende la creación y establecimiento de la empresa tanto como la de organizarla y dirigirla. (Martin et al., 2014, p.255)

¿Pero en realidad, que se quiere decir cuando se habla de poder de dirección? Que relación tiene el poder de dirección con las TIC? Cuando se habla de control informático, se hace referencia a la existencia de medios informáticos de seguimiento de los procesos de trabajo. Los empresarios pueden utilizar la informática de varias formas para controlar el trabajo. Por ejemplo, se podrían programar los ordenadores para controlar a los trabajadores, grabando el número de pulsaciones que realizan por minuto, la cantidad de trabajo que les lleva realizar cada tarea o la duración de los descansos. Éste sería un control informático en sentido estricto, siendo el mismo instrumento de trabajo el que controla. (Ruiz, 2017, p.85)

Otra de las técnicas que nos pueden proporcionar informaciones más complejas y sofisticadas, son las cámaras o micrófonos, que graban lo que sucede mientras se trabaja, pero este método hace que la información sea más fácilmente susceptible de tratamiento informático o de almacenamiento. En este caso, el propio avance tecnológico es el que ayuda a llevar a cabo la facultad de controlar.

Pero en la medida en que junto al uso laboral se produce un uso personal de los medios informáticos, el control empresarial puede afectar a la intimidad del trabajador o al secreto de las comunicaciones, proyectándose incluso sobre terceros ajenos a la relación laboral, que entran a través de esos medios, en comunicación con los trabajadores. (Ruiz, 2017, p.85)

De esta forma, lo que parece claro es que el desarrollo de la tecnología en el entorno laboral ha intensificado el debate sobre los límites y garantías que deben acompañar al ejercicio de aquellas facultades de control, pudiendo entablar vínculos y conexiones entre varios derechos fundamentales potencialmente afectados, siendo estos los descritos en el capítulo II: el derecho a la intimidad, el secreto de las comunicaciones y el derecho a la protección de datos personales.

En los próximos apartados, veremos cuál es la naturaleza y alcance de las facultades de control empresarial, así como las diferentes modalidades de control empresarial, cuales son las limitaciones para el empresario, y por último un despliegue acerca del poder disciplinario y sancionador del que dispone el empleador.

A. NATURALEZA Y ALCANCE DE LAS FACULTADES DEL CONTROL EMPRESARIAL

El control empresarial respecto de los trabajadores forma parte del conjunto de facultades propias que integran el poder de dirección, por tanto en consecuencia su fundamento y límites serán los mismos que los establecidos para dicho poder. No obstante, la aplicación de la tecnología informática a dicha facultad nos conduce hacia una nueva perspectiva de la misma que merece destacar.

La facultad empresarial de control de cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones tiene su fundamento en el art. 38 CE que hace referencia a la libertad de empresa, y de manera más directa en el art. 20.3 ET que trata sobre dirección y control de la actividad laboral y por su puesto en la naturaleza misma del contrato de trabajo. (Ruiz, 2017, p.87)

De forma que el trabajador, utiliza instrumentos de verificación de dicha prestación realizada entre los que se encuentran las tecnologías informáticas, que más adelante veremos si el empresario los podrá utilizar o no y en qué casos.

Se puede decir que son dos los criterios que establecen el ámbito, naturaleza y alcance de dichas facultades:

La finalidad del control, que no puede ser otra que la de comprobar el correcto funcionamiento de la organización productiva y el adecuado cumplimiento contractual del trabajador. Dicho de otra forma, a través de este control empresarial se trata de controlar los momentos, aspectos o circunstancias de la prestación laboral con repercusión contractual, tanto los que expresen el grado de cumplimiento del contrato, o los que sirvan para vigilar el cumplimiento de las obligaciones empresariales como las de seguridad. (Ruiz, 2017, p.88)

Y el segundo criterio es el método utilizado, que deberá ser el adecuado a la finalidad establecida, evitando en todo caso controles excesivos o consecuencias lesivas de otros derechos o intereses.

En conclusión, quedará fuera de la facultad de vigilancia y control todo lo que no sea relevante desde el punto de vista laboral (vida personal, datos reservados, secretos o íntimos, comportamientos extralaborales, actuaciones externas al tiempo de trabajo, como pausas o descansos, etc.). (Ruiz, 2017, p.88)

B. SISTEMAS DE CONTROL EMPRESARIAL

El empresario podrá vigilar y adoptar medidas para comprobar el cumplimiento del trabajador y de sus obligaciones laborales siempre que estas pautas sean idóneas y proporcionales para la finalidad que pretende el trabajador.

Todas las medidas de vigilancia tienen que respetar los límites establecidos por la jurisprudencia. En ningún caso las facultades organizativas y disciplinarias del empleador pueden servir para la consecución de resultados que lesionen los derechos fundamentales del trabajador.

a) El poder de control de la empresa

Para determinar si dichas medidas son legítimas, se recurre al juicio de proporcionalidad, el cual dicta cuáles son los límites que se imponen a los derechos fundamentales. Por lo que será necesario el cumplimiento de varias condiciones para apreciar si el sistema de vigilancia y/o control efectuado es adecuado y no excesivo para la satisfacción de los objetivos e intereses del empresario.

1. Tienen que ser idóneas: es decir que la medida de control debe de ser la adecuada para realizar el control que se quiere llevar a cabo la empresa. Para saber si la medida es la adecuada es necesario ver el fin perseguido por la empresa.

Ejemplo: Una empresa quiere controlar si los trabajadores cumplen su horario, para lo que establece dos sistemas:

- a) un sistema de fichaje, donde el trabajador ficha cuando entra y cuando sale de su puesto de trabajo. Es un método idóneo para controlar la puntualidad y que se cumple el horario
- b) obliga a llevar un GPS a todos los trabajadores. No es el método idóneo para controlar solo si se entra o se sale a la hora.

2. Tiene que ser la medida menos invasiva: de todos los métodos de control que se puedan establecer por la empresa, se tiene que elegir el que menos lesivo sea para el empresario. Si se elige otra más invasiva, será abusiva.

Ejemplo: Una empresa quiere controlar que solo las personas autorizadas puedan acceder a ciertos lugares de la empresa. Para ello:

- pone unos controles de entrada mediante tarjetas magnéticas en las puertas que dan acceso a esos lugares, que registra quien entra y sale por esas puertas, y le da esas tarjetas a las personas autorizadas. Sería el método menos invasivo ya que no afecta a los trabajadores que no están autorizados, y a los autorizados solo les controla que sean ellos quienes entran y salen de esos lugares.
 - pone cámaras de video en toda la instalación para controlar quien entra y sale de esos lugares. Sería un método muy invasivo, ya que afecta a todos los trabajadores, por lo que sería un control abusivo.
3. Tiene que ser proporcional: es decir, que haya una correspondencia entre la invasión que se hace de los derechos del trabajador y el interés de la empresa en realizar este control. Para valorar esta proporcionalidad se tiene que ver el motivo que justifica que la empresa quiera llevar a cabo el control (no es lo mismo si se quiere controlar para ver la puntualidad de los trabajadores que si se quiere saber por curiosidad de ver quien entra y sale de la empresa), y la duración de la medida (la medida tiene que durar lo que la conducta de los trabajadores que se quiere vigilar).

Una empresa sospecha que en una de sus tiendas está habiendo robos, ya que al cerrar la contabilidad de las cajas registradoras no cuadran. Para lo que:

- pone una cámara de vigilancia en la tienda en concreto y hasta que se descubra el motivo de los descuadres y ver si hay robos. Sería una medida proporcional para descubrir los robos y solo hasta que se descubra.
 - pone cámaras de vigilancia en todas las tiendas y las deja indefinidas. Sería una medida desproporcional y duraría más tiempo que el que dura la conducta que se quiere controlar.
4. Tiene que ser durante el horario de trabajo y en el centro de trabajo: obviamente la empresa no puede controlar lo que hace el trabajador fuera de su horario de trabajo y fuera del centro de trabajo, como tampoco puede sancionar por estos hechos fuera de la jornada.
5. El trabajador tiene que ser informado de estos controles: los trabajadores tienen que saber que existen esas medidas de control y vigilancia. Tendrán que ser informados de si tiene que fichar, de si la empresa tiene puestas cámaras de vigilancia, de si la empresa puede estar escuchando las

llamadas de trabajo... Solo en casos extraordinarios y puntuales en los que avisar de la vigilancia impediría saber si el trabajador está realizando un incumplimiento se puede justificar que no haya esta información previa.

6. Los representantes de los trabajadores tiene que ser informados de los controles: y pueden emitir un informe previo sobre la proporcionalidad e idoneidad de la medida que la empresa quiere implantar, pudiendo oponerse o indicar medidas alternativas menos lesivas para los trabajadores. (Danés, 2016)

b) Medidas de control más habituales

- Fichar u otros controles similares de entrada y salida: aunque sea muy habitual no deja de ser un control empresarial. No suele haber muchos problemas con la legalidad de esta vigilancia, ya que no suele ser muy invasiva.
- Cámaras de video: se pueden instalar siempre que estén en los puestos de trabajo (no en los vestuarios, baños, zonas de descanso...). Tendrá que estar avisado mediante carteles la colocación de estas cámaras y además se tendrán que cumplir todas las normas de la Ley Orgánica de Protección de Datos. Aunque la STC de 3 de marzo de 2016 ha reducido mucho los requisitos para que un trabajador pueda ser grabado, pudiendo la empresa poner cámaras sin tener ni siquiera que avisar al trabajador e incluso sin cumplir las normas de la LOPD.
- Control del correo electrónico: la empresa puede revisar el correo electrónico de la empresa, nunca el personal. Pero este control no podrá ser genérico e indiscriminado, si no tendrá que ser por una razón concreta queriéndose controlar un hecho puntual. Y tendrá que realizarse delante del trabajador y, si hay, de los representantes de los trabajadores.
- Control del uso del ordenador del trabajo: la empresa tendrá que indicar los usos que se pueden dar a ese ordenador. Por ejemplo tendrá que indicar si prohíbe o no el uso del ordenador para cuestiones personales (ver el correo personal, leer el periódico...). En el caso de no haberlo prohibido y no haber reglas para su uso, no podrá sancionar al trabajador.
- Grabar conversaciones telefónicas: es una práctica habitual en las empresas de contact center o telemarketing, donde las empresas escuchas las llamadas para ver el servicio ofrecido. La empresa tendrá que avisar que se puede hacer estos controles, y tendrán que ser puntuales, salvo que haya sospechas fundadas que justifiquen un control más exhaustivo.

- Grabar conversaciones: la empresa no puede instalar micrófonos en el centro de trabajo para escuchar las conversaciones de los trabajadores.
- Colocar GPS: por ejemplo en los vehículos de la empresa. Tendrá que ser la medida menos invasiva dentro de las posibles para realizar el control que se quiere llevar a cabo. Ya que si por ejemplo se quiere controlar si un trabajador entrega los pedidos, puede suplirse a través de la firma del cliente de un recibí o un albarán. Si lo que se quiere controlar son posibles robos del vehículo, puede ser el método indicado, siempre que no se esté controlando todo el rato la ubicación del trabajador.
- Detectives privados: en algunas ocasiones las empresas contratan detectives privados para demostrar actuaciones de los trabajadores. Su legalidad dependerá de su uso, no es lo mismo vigilar a un repartidor que la empresa sospecha que durante la jornada de trabajo se va al gimnasio, que vigilar que hace el trabajador durante el fin de semana. (Danés, 2016)

Las medidas de vigilancia y control de la actividad laboral pueden adoptarse en momentos temporales diferentes:

En primer lugar, el control de dichas medidas puede ser de carácter preventivo. También conocido como control preliminar o pre control que se inicia antes de que se ejecute la actividad laboral. Cuando el empresario toma la decisión de optar por este control, es porque conoce la alta probabilidad de uso extralaboral que puede suponer el poner a disposición de los trabajadores las herramientas tecnológicas, y por ello decide adoptar correcciones que puedan prevenir usos desviados de la tecnología. Es decir, no existen sospechas de abuso o transgresión de la buena fe, sino que el empleador, actúa con ánimo de prevenir consecuencias posteriores. (Ruiz, 2017, p.89)

En segundo lugar, está el control concurrente. Es aquel que se desarrolla durante el cumplimiento de la actividad laboral. En este caso, el empresario adopta esta decisión en base al interés de verificar que se está realizando durante el tiempo de trabajo por cada trabajador. Simplemente se basa en el interés de conocer cómo se desarrolla la prestación laboral.

Y en tercer lugar, se encuentra el control reactivo, que es aquel que se inicia una vez finalizada la prestación laboral. Normalmente el empresario conoce el incumplimiento del trabajador, tanto de las instrucciones proporcionadas como de la confianza depositada. Esta es la modalidad de control más frecuente y la única que muestra interés sancionador del empresario. Se produce cuando el empleador tiene conocimiento de ciertas acciones ilícitas por parte del empleado, y para verificar dicho acontecimiento utiliza esta medida para así seguidamente imponer la correspondiente sanción. (Ruiz, 2017, p.90)

Antes de pasar a explicar el siguiente punto, quiero mencionar *lo importante que es la utilización de las Políticas de Uso Aceptable (AUP en adelante) en la empresa, ya que gracias a ellas, se puede evitar el riesgo provocado por el mal uso de las tecnologías de la información.* Según David Kelleher (2010):

El principal objetivo de estas políticas, es eliminar cualquier expectativa por parte de los empleados de que el uso de sus comunicaciones, ordenador o Internet en el puesto de trabajo son confidenciales, por lo que deben prohibir cualquier uso de las comunicaciones que no esté relacionado con el trabajo.

Con este fin, las AUP informan a los empleados que su superior puede acceder, revisar y monitorizar los mensajes de voz, correo electrónico o ficheros empresariales que hayan sido creados, almacenados o borrados de un ordenador de la compañía.

Unas adecuadas Políticas de Uso Aceptable deberían contemplar, entre otros:

- Definir qué sistemas están cubiertos por las mismas, por ejemplo, los correos de voz, el correo electrónico, Internet y los sistemas y ficheros informáticos.
- Especificar que todos los sistemas informáticos en el trabajo están destinados únicamente a propósitos laborales, y que todos los mensajes y ficheros son propiedad de la compañía.
- Si la compañía opta por permitir algún tipo de uso personal de estos sistemas, en las políticas se debe advertir, sin embargo, que queda prohibido cualquier uso personal que interfiera con el trabajo del empleado o de los demás trabajadores (por ejemplo, prohibir el acceso a páginas Web no ligadas al trabajo como páginas de chats, juegos, viajes, compras por Internet, venta de acciones, o ligadas con el odio y la discriminación, pornografía, etc.)
- Prohibir expresamente la difusión y descarga de material discriminatorio, difamatorio, acosador, ofensivo, pornográfico u obsceno.
- Prohibir la copia y envío de cualquier información confidencial o propietaria, o software que está protegido por copyright y por otras leyes de propiedad intelectual.
- Avisar a los trabajadores de que cualquier uso inadecuado de los sistemas será objeto de una acción disciplinaria, pudiendo provocar hasta el despido.
- Aconsejar y recalcar a los empleados que ningún trabajador tiene el derecho de esperar que sus comunicaciones o uso de los sistemas informáticos de la empresa sea confidencial ni tampoco privado.

Una vez creado el documento con las AUP, las organizaciones deberían requerir que sus trabajadores las acepten, dejando constancia de ello a través de la firma una vez sean informados. Además, también deben definir las actividades consideradas inaceptables, especificar las posibles sanciones, avisar sobre la posible monitorización, de forma que la responsabilidad de los comportamientos se transfiera a los empleados que no respeten las normas.

Estas políticas no sólo permiten que la organización dé a conocer a todos sus empleados sus expectativas de manera clara, sino que sirven además como escudo frente a responsabilidades de la organización en los casos de comportamiento inadecuado de alguno de sus trabajadores, al igual que como una base legal para sanciones disciplinarias, incluido el despido, concluye Kelleher (2010).

C. LÍMITES AL PODER DE VIGILANCIA Y CONTROL EMPRESARIAL

Lo primero que hay que tener en cuenta es que el poder de dirección se ejerce en un ámbito concreto, es decir, en la relación de trabajo. Lo que es importante es que lo que queda sometido a tal poder es la prestación laboral del trabajador.

Si observamos los artículos 1.1 y 1.2 ET, podemos afirmar que el empresario podrá ejercer sus facultades sobre el trabajo convenido, sin que pueda hacerlos sobre los actos del trabajador situados fuera de ese ámbito (lo que se denomina conducta extralaboral del trabajador), salvo en aquellos casos en los que tal conducta pueda repercutir negativamente sobre el correcto cumplimiento de la prestación laboral o pueda perjudicar los intereses de la empresa. (Martin et al., 2014, p.257)

El poder directivo por tanto, tiene como limitación tanto los derechos fundamentales del trabajador (art.4.1 ET) como los derechos específicos reconocidos en la relación de trabajo (art. 4.2 ET), como los derechos que han de ser tenidos en cuenta en el contrato de trabajo, como entre otros, el respeto a su dignidad (art. 10 CE y art. 20.3 ET) y a su intimidad (arts. 18 CE y 18 ET).

Se ha de ejercer dentro de los límites que señalan las normas sobre realización de la prestación laboral, referidos tanto a su contenido, como a las condiciones de seguridad que protegen la integridad física, la salud y la vida del trabajador, y a otras circunstancias. (Martin et al., 2014, p.258)

La extralimitación del poder empresarial más allá de lo que estas normas imponen o prohíben da lugar a la aparición de órdenes calificables como ilegales o abusivas.

Una jurisprudencia consolidada ha establecido que el trabajador debe obedecer primero y reclamar después en todo caso. Pero el empleado puede negarse a cumplir tales órdenes irregulares, sin incurrir en desobediencia, cuando el empresario actúe con manifiesta arbitrariedad y abuso de derecho (TS 28 de noviembre de 1989). (Martin et al., 2014, p.258)

En resumen, actuarán como limitación al poder de vigilancia y control empresarial:

- a) En primer lugar, la dignidad humana respecto de la que reclama respeto y consideración el art. 20.3 ET, una referencia que sin duda puede hacerse extensiva a otros derechos fundamentales entre los que cabe citar la intimidad, el honor, la propia imagen, el secreto de las comunicaciones y la intimidad informática. (Ruiz, 2017, p.90)
- b) El ámbito de ejercicio y tutela que presentan los derechos mencionados. Esto quiere decir que el lugar de trabajo es un ámbito donde pueden quedar afectados, y por tanto deben salvaguardarse, tanto los derechos fundamentales en sentido estricto como sus manifestaciones, en la medida en que parte de la información obtenida puede resultar irrelevante o no guardar vinculación alguna con el trabajo.
- c) El sometimiento tanto del trabajador como del empresario a las exigencias de la buena fe que muestra el art. 20.2 ET. Esta exigencia se concreta desde la perspectiva del trabajador en valores como confianza ajena depositada, lealtad debida y honestidad, y desde la posición empresarial, exige informar al trabajador sobre aspectos como la existencia, naturaleza, tipo de control, uso de la información obtenida, accesibilidad, etc. (Ruiz, 2017, p.90)
- d) Ese conocimiento e información se deberá hacer extensivo a los representantes de los trabajadores, en los términos que establece el art. 64.1.d) ET en sentido de informar y recabar informe sobre la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo. Su ausencia no tendrá consecuencias anuladoras de la medida de control, pero sí podrá ocasionar un juicio negativo acerca del respeto a los derechos fundamentales del trabajador. (Ruiz, 2017, p.91)
- e) Será necesario en ciertos casos recabar el consentimiento tal y como formula el art. 6 LOPD, sin embargo, este precepto puede no ser de aplicación cuando concurra la excepción expresa tipificada en el apartado segundo de dicho artículo, la cual establece que no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para (...);

cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento

- f) El contrato de trabajo actuara también como un límite más en la facultad de vigilancia y control empresarial, en la medida en que dicha inspección más allá de sus propias fronteras sólo podrá limitarse a los casos en que repercutan negativamente sobre el cumplimiento correcto de la prestación de trabajo y habrá de fundarse, en todo caso, en exigencias técnico-organizativas de la misma. En estos casos, más que de control empresarial de aspectos extralaborales del trabajador, ha de hablarse de procesos para la obtención de pruebas, de cara a justificar decisiones posteriores (tales procesos han de estar presididos por la buena fe y el respeto a la Ley y a la persona del trabajador). (Ruiz, 2017, p.91)
- g) Finalmente, la negociación colectiva también podrá presentar ciertas limitaciones en cuanto a la facultad de control empresarial.

Puede concluirse por tanto que el poder de vigilancia y control constituye una facultad de empresario que proyecta sus efectos sobre todo el objeto del contrato de trabajo, sin embargo, como ya se ha mencionado en el apartado dedicado al análisis de los derechos fundamentales que pueden verse limitados por la misma, no constituye un poder absoluto aplicable sin más motivos ni razones que su atribución al empresario, pues la propia norma que lo instituye a su vez ofrece ciertas limitaciones que tienden a garantizar su uso proporcionado, acorde y justificado a las circunstancias que rodean cada tipo de prestación laboral. (Ruiz, 2017, p.92)

D. GARANTÍAS DEL CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN

Para garantizar que el trabajador cumple adecuadamente con sus obligaciones laborales, el ET prevé dos garantías. La primera comprende las facultades empresariales de control y vigilancia de la ejecución del trabajo y de la conducta de los empleados en los centros de trabajo. Y la segunda es la facultad disciplinaria que le corresponde al empleador, que le habilita para adoptar medidas correctoras o sancionadoras en el caso de que exista incumplimiento de los deberes laborales. (Martin et al., 2014, p.633)

1. La facultad empresarial de vigilancia y control

La primera garantía se encuentra expresamente prevista en el art. 20.3 ET que establece que *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 (...); bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue; tales facultades de vigilancia (observación) y control (verificación) forman parte del contenido del poder de dirección del empresario, puesto que quien recibe y dirige el trabajo debe tener derecho para procurar de manera efectiva que éste se ejecute correctamente. (Martin et al., 2014, p.633)

Por tanto las materias de vigilancia y control pueden ser entre otras: el cumplimiento del horario laboral hasta la justificación de las ausencias del trabajo, la calidad del servicio prestado, los comportamientos laborales, el rendimiento de trabajo, el uso de los medios de trabajo (maquina, herramientas, ordenadores, teléfonos...) hasta la conducta relativa al patrimonio y los bienes de la empresa.

En cuanto a las medidas concretas de control, la ley es bastante permisiva en el sentido en que el art. 20 ET afirma que deben de ser las que el empresario estime más oportunas. Entre ellas pueden figurar medios de control a distancia como por ejemplo audiovisuales, ópticos o telemáticos, así como la observación personal a través de vigilantes o detectives, o en su caso realizando registros de las taquillas y efectos particulares del trabajador.

Los registros personales o de las taquillas o efectos de los trabajadores están autorizados por el art. 18 ET, pero con importantes restricciones. Para ello, el empresario debe respetar al máximo la dignidad e intimidad del empleado, lo que excluye las medidas que supongan un trato humillante. No debe perderse de vista, que las facultades de vigilancia y control son instrumentales, por lo que están justificadas de acuerdo con un criterio de proporcionalidad, como menciono en el apartado B.a). Tales registros solo se permiten para la protección del patrimonio empresarial y el de los demás trabajadores de la empresa. (Martin et al., 2014, p.634)

2. La facultad disciplinaria del empresario

Una segunda garantía específica de la ejecución del contrato de trabajo en atención al interés de la empresa, es la facultad de imposición de sanciones que la ley reconoce al empleador en caso de que exista incumplimiento culpable por parte del trabajador de las obligaciones laborales. (Martin et al., 2014, p.635)

La facultad disciplinaria va más allá de las sanciones especiales que en el derecho común de los contratos los sujetos pueden incorporar al contenido de los mismos mediante pacto particular en caso de infracción de algún deber contractual. A este pacto se le conoce con el nombre de clausula penal.

La ley reconoce una facultad genérica al empresario para sancionar al trabajador en virtud del incumplimiento laboral, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones de los convenios colectivos (art.58 ET). Las normas convencionales contienen listas de incumplimientos o infracciones laborales clasificadas en leves, graves o muy graves. (Martin et al., 2014, p.636)

El art. 58 ET establece algunos límites al contenido de las sanciones: no se podrán imponer sanciones que consistan en la reducción de la duración de las vacaciones u otra minoración de los derechos de descanso del trabajador o multa de haber.

La facultad disciplinaria del empresario no puede afectar por tanto ni el derecho al descanso ni al derecho a la retribución de los trabajadores. Considerando la importancia del poder disciplinario o sancionador del que dispone el empresario, a continuación veremos más detenidamente el contenido de dicho poder, así como el catálogo de las posibles sanciones en los convenios colectivos.

E. PODER DISCIPLINARIO O SANCIONADOR DEL EMPRESARIO

Como acabamos de describir anteriormente, el ordenamiento jurídico permite al empresario *adoptar decisiones sancionadoras de eficacia inmediata, sin necesidad de acudir a las instancias judiciales para su imposición y efectividad*. Este poder está basado en la graduación de las faltas y de las correspondientes sanciones empresariales que aparecen previstas en el ET.

Concretamente el artículo 58.1 ET señala que *los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, y de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable*. En otras palabras, como consecuencia del poder de dirección empresarial y en orden a hacerlo efectivo, la Ley concede al empresario el poder de imponer sanciones a sus trabajadores. (Palomeque y Álvarez, 2017, p.594)

Las conductas sancionables han de proceder de incumplimientos de los deberes laborales básicos del trabajador. A partir de ese marco general, las normas sectoriales (convenios colectivos) van identificando las conductas y las van agrupando en faltas muy graves, graves y leves. (Palomeque y Álvarez, 2017, p.595)

En cuanto al procedimiento sancionador, según el art. 58.2 ET, las sanciones por faltas leves no exigen formalidad alguna en cuanto a la notificación de la sanción al trabajador. *Las sanciones por faltas graves o muy graves requieren comunicación escrita al trabajador, haciendo constar la fecha y los hechos que*

la motivan. Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente.

Y por último en el artículo 58.3 ET nos concreta que *no se podrán imponer sanciones que consistan en la reducción de la duración de las vacaciones u otra minoración de los derechos al descanso del trabajador o multa de haber.*

A continuación, vamos a ver el catálogo de las posibles sanciones en los convenios colectivos derivado de diferentes incumplimientos de las obligaciones laborales por parte de los trabajadores.

F. CONVENIOS QUE TIPIFICAN EL INCUMPLIMIENTO DEL TRABAJADOR RELACIONADOS CON EL USO DE LA TECNOLOGÍA EN LA EMPRESA

Las conductas ilícitas de los trabajadores se pueden clasificar como falta leve, grave o muy grave¹¹.

- Convenios que recogen incumplimientos catalogados como falta leve

En este ámbito se sitúan los convenios que califican como una falta leve la utilización de las tecnologías para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral, o para usos distintos para los que está habilitado. (Ruiz, 2017, p.307)

Algunos ejemplos:

- El uso del teléfono móvil en el trabajo¹²
- Utilizar teléfonos móviles durante la jornada laboral en contra de las instrucciones de la empresa¹³
- El uso del teléfono fijo o móvil para fines no profesionales, en el tiempo efectivo de trabajo o el puesto de trabajo o en otro que estuviera igualmente prohibido¹⁴

11. La relación de convenios que se utilizan en este apartado ha sido extraída de la tesis doctoral de: RUIZ GONZÁLEZ, C. (2017). *La incidencia de las tecnologías de la información y comunicación en las relaciones laborales.*

- Uso del teléfono móvil durante la jornada de trabajo, sin previo permiso expreso y para cada caso concreto, a excepción de las actividades propias de los representantes legales y sindicales de los trabajadores¹⁵
- Usar el teléfono de la empresa para asuntos particulares, sin autorización¹⁶
- Utilización del teléfono móvil y medios informáticos propios durante la jornada¹⁷

Las faltas leves prescriben a los 10 días, a partir de la fecha en la que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y en todo caso, a los seis meses de haberse cometido (art.60 ET).

- Convenios que recogen incumplimientos catalogados como falta grave

Los convenios que tipifican como falta grave el uso no estrictamente profesional de la tecnología de la empresa resultan más abundantes.

En el caso de imposición de sanciones por faltas graves o muy graves requerirá comunicación escrita al trabajador, haciendo constar la fecha y los hechos que la motivan (art. 58.2 ET).

Las faltas graves se pueden clasificar en dos secciones:

- I. En referencia a objetos tecnológicos concretos

Algunos ejemplos:

- Simular la presencia de otro trabajador, valiéndose de su ficha, firma, tarjeta o medio de control¹⁸
- Simular la presencia de otro trabajador en la empresa mediante cualquier forma¹⁹
- Simular la presencia de otro trabajador utilizando sus documentos personales, su tarjeta en el trabajo, contestando o firmando por él, siendo la falta extensiva tanto al suplantado como al suplantador²⁰

12. Convenio colectivo de manipulado y envasado de cítricos, frutas y hortalizas para la Comunidad Valenciana (04/10/2013)

13. Convenio colectivo del sector mayorista y minorista de juguetes, deportes y armerías deportivas, cerámica, vidrio, iluminación y regalo (03/01/2014)

14. Convenio colectivo estatal para las industrias de elaboración de arroz (03/02/2015)

15. Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (08/05/2014)

16. Convenio colectivo del sector de segunda transformación de la madera de la Comunidad Autónoma de Cantabria (26/06/2013)

17. Convenio colectivo del sector de industria de hormas, tacones, pisos, plantas y cuñas de plástico de Alicante (02/12/2013)

- Simular la presencia de otro empleado al trabajo, firmando o fichando por él²¹
- Suplantar o permitir ser suplantado, alterando los registros y controles de entrada o salida al trabajo²²
- Simular mediante cualquier forma la presencia de otro trabajador/a en la empresa a los efectos de cumplimiento de sus obligaciones laborales²³
- La falta de colaboración en los sistemas de control de accesos que la dirección tenga establecidos a la entrada y salida del centro de trabajo²⁴
- Contribuir a simular la presencia de otro trabajador en la empresa, firmando o fichando por él a la entrada o a la salida del trabajo²⁵
- Simular la presencia de otro trabajador, valiéndose de su ficha, firma, tarjeta de control o cualquier otro sistema organizativo de control de presencia implantando en la empresa²⁶

Estas conductas en definitiva, suelen basarse en la simulación de la presencia del trabajador valiéndose de su firma o tarjeta de control. (Ruiz, 2017, p.309-311)

II. En referencia a la conducta del trabajador

Para determinar la conducta como grave, en estos casos el criterio suele ser la reiteración, el abuso, grave perjuicio..., etc.

Algunos ejemplos:

- La utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa (correo electrónico, internet, intranet, etc.) para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral, cuando del tiempo empleado en esta utilización pueda inferirse una dejación o abandono de funciones inherentes al trabajo. Las empresas establecerán mediante negociación con los representantes de los trabajadores, un protocolo de uso de esos medios informáticos²⁷

18. XVI Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública (18/03/2009); Convenio colectivo estatal para las industrias extractivas, industriales del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (05/06/2014); Convenio colectivo del sector de oficinas y despachos (07/11/2015).

19. Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio (03/10/2013); Convenio colectivo del sector de la industria de la madera primera transformación de León (02/08/2013)

20. Convenio colectivo de manipulado y envasado de fruta fresca y hortalizas de la Región de Murcia (29/10/2013)

- Utilizar los ordenadores y los medios de comunicación facilitados por la empresa para usos distintos para los que se han habilitado, incluyendo el correo electrónico, salvo que la entidad del incumplimiento hiciera calificable la conducta como muy grave²⁸
- El uso con fines ajenos al trabajo del sistema informático de la empresa, e-mail, etcétera²⁹
- El uso para particulares de internet y del correo electrónico de la empresa³⁰
- El empleo para usos propios o ajenos de los útiles, herramientas, maquinaria o vehículos de la empresa, incluso fuera de la jornada de trabajo³¹

Estos ejemplos, pueden derivar a la finalidad del empleo. Por otro lado, también existen numerosos Convenios colectivos que detienen la atención para decantar la tipificación de la conducta como falta grave, en la reiteración o el empleo sin autorización de la tecnología para asuntos personales.

Estas conductas se basan en ocasiones en aspectos como el uso abusivo, uso indebido, o uso no autorizado para agravar la sanción de leve a grave. Veamos a continuación algunos de estos ejemplos que se centran en el carácter abusivo o indebido del uso de la tecnología de la empresa. (Ruiz, 2017, p.311-315)

- Usar de forma abusiva el teléfono u otros medios de comunicación de la empresa asuntos personales sin la debida autorización³²
- El uso indebido de los medios técnicos y nuevas tecnologías en la Empresa (ordenadores, internet, fax, fotocopiadora, teléfono, etc.)³³

21. Convenio colectivo estatal para las industrias de elaboración de arroz (03/02/2015); Convenio colectivo de manipulado y envasado de cítricos, frutas y hortalizas para la Comunidad Valenciana (04/10/2013)

22. Convenio colectivo provincial para el sector de la industria siderometalúrgica de Valladolid (02/09/2013); Convenio colectivo de talleres de reparación de vehículos de Albacete (13/05/2013); Convenio colectivo del sector metal de Córdoba (04/09/2013); Convenio colectivo de industria siderometalúrgica de Guipúzcoa (27/01/2011); Convenio colectivo del sector de industria de Álava (07/03/2001)

23. Extensión del Convenio colectivo de trabajo del sector de servicios auxiliares de la Comunidad Foral de Navarra, al mismo sector de la comunidad Autónoma de La Rioja (26/07/2014); Convenio colectivo del sector de servicios auxiliares de Navarra (16/05/2014)

24. Convenio colectivo para la industria de azulejos, pavimentos y baldosas cerámicas de la Comunidad Valenciana (12/04/ 2013)

25. Convenio colectivo de manipulado y envasado de cítricos, frutas y hortalizas para la Comunidad Valenciana (04/10/2013)

- El uso indebido para fines ajenos a la actividad laboral, de medios electrónicos e informáticos que la empresa pone a disposición del trabajador, así como la utilización e instalación, no autorizada, de hardware o software que no sea propiedad de la compañía, cuando ambas actuaciones sean susceptibles de causar perjuicios graves a la entidad³⁴
- Usar el teléfono para asuntos particulares sin autorización³⁵
- Hacer uso del teléfono móvil durante la jornada de trabajo, sin previo permiso expreso y para cada caso concreto³⁶
- Usar el teléfono de la empresa o las líneas telemáticas de comunicación, internet o correo electrónico, para asuntos particulares, sin autorización. Queda permitido el empleo de tales medios, para los representantes legales de los trabajadores en el ejercicio de sus funciones de representación³⁷

Las faltas graves prescriben a los 20 días, a partir de la fecha en la que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y en todo caso, a los seis meses de haberse cometido (art.60 ET).

Finalmente, existen otros convenios colectivos que optan por situarse en el grado máximo de calificación de la conducta considerando los posibles incumplimientos de los trabajadores, en cuanto al uso de medios informáticos propiedad del empresario para fines distintos a los asignados.

Estas conductas muy graves se refieren, en su mayoría, a distintos medios electrónicos, los cuales en ocasiones aparecen referenciados de manera expresa y otras, en cambio, aparecen identificados de forma conjunta bajo el término medios telemáticos o medios informáticos.

26. Convenio colectivo de trabajo del sector de oficinas y despachos de Cataluña para los años 2012- 2014 (05/08/2013); Convenio colectivo de trabajo del sector de transitarios y aduanas de Barcelona (09/11/2010)

27. Convenio colectivo para la industria siderometalúrgica de Huesca (19/01/2015); Convenio colectivo del sector de la industria siderometalúrgica de Cantabria (15/04/2014)

28. Convenio colectivo del Sector Mayorista y Minorista de Juguetes, Deportes y Armerías Deportivas. Cerámica, Vidrio, Iluminación y Regalo (03/01/2014)

29. Convenio colectivo de trabajo para el sector de las empresas comerciales de servicios de empaquetados, enfajado y cualquier otra manipulación de productos propiedad de terceros para los años 2006-2008 (19/02/2007)

30. Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (08/05/2014)

31. Convenio colectivo de siderometalúrgica (09/04/2013)

32. Convenio colectivo para la industria de azulejos, pavimentos y baldosas cerámicas de la Comunidad Valenciana (12/04/2013)

33. Convenio colectivo laboral del sector de los despachos de graduados sociales (22/04/2004)

34. Convenio colectivo de trabajo del sector de transitarios y aduanas (09/11/2010)

- Convenios que recogen incumplimientos catalogados como falta muy grave

No obstante, cabe destacar al respecto, que estas conductas constituyen una reiteración de las ya expresadas en los apartados anteriores para las faltas leves y graves, incluyendo como única diferencia el acento de la reiteración, uso abusivo, no autorizado, intenso, etc., para convertir así la conducta en muy grave. Veamos algunos ejemplos:

- El uso con carácter personal de las herramientas de la empresa, dentro o fuera de la jornada laboral, para fines particulares, cuando llegue a causar graves consecuencias para la empresa. A estos efectos tendrán también la consideración de herramientas todos los equipos informáticos³⁸
- Utilizar para usos propios herramientas informáticas de la empresa, tales como conexión a internet, el correo electrónico o medios de impresión³⁹
- Utilización del ordenador, móvil, u otros materiales de la empresa para fines particulares salvo que medie autorización expresa de la empresa⁴⁰
- La reiteración en el uso no autorizado y con carácter personal de las herramientas de la Empresa, dentro o fuera de la jornada laboral, cuando el mismo sea contrario a los usos y costumbres⁴¹
- El uso de claves ajenas para el acceso a cualquier equipo informático, red, fichero, archivo o documentación, incluida cualquier tipo de visita a internet o uso indebido del correo electrónico⁴¹
- La utilización inadecuada y sistemática de los medios telemáticos (correo electrónico e internet) puestos por la empresa a favor del trabajador para el desarrollo de sus labores propias, siempre que en las empresas existan los correspondientes reglamentos al efecto y con anterioridad a imponer la sanción se haya advertido por escrito al trabajador de lo irregular de su conducta⁴²

35. Convenio colectivo estatal para las industrias extractivas, industriales del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (05/06/2014)

36. V Convenio colectivo estatal del corcho (21/09/2012)

37. V Convenio colectivo estatal del corcho (21/09/2012)

38. Convenio colectivo de manipulado y envasado de cítricos, frutas y hortalizas para la Comunidad Valenciana (04/10/2013); I Convenio colectivo estatal de notarios y personal empleado (23/08/2013)

39. Convenio colectivo de panadería y pastelería de la Comunidad Valenciana (22/06/2015)

40. Convenio colectivo del sector de industrias de aderezo, relleno, envasado y exportación de aceituna de Sevilla (12/06/2014).

41. Convenio colectivo del sector de segunda transformación de la madera de la Comunidad Autónoma de Cantabria (art. 57.22; BO. Cantabria, de 26 de junio de 2013); Convenio colectivo del sector de la industria de la madera primera transformación de León (02/08/2013).

- El empleo para usos propios o ajenos de los útiles, herramientas, maquinaria o vehículos de la empresa, incluso fuera de la jornada de trabajo⁴³
- La utilización indebida de material de la empresa, bien para fines ajenos a la misma o bien contraviniendo sus instrucciones, así como los datos de entidad ocasionados a los vehículos por negligencia⁴⁴ (Ruiz, 2017, p.318)

Las faltas muy graves prescriben a los 60 días, a partir de la fecha en la que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y en todo caso, a los seis meses de haberse cometido (art.60 ET).

2.2 CONSECUENCIAS DEL USO DE LA TECNOLOGÍA EN LA EMPRESA PARA FINES PERSONALES

Como mecanismos de control tecnológico de la actividad de los trabajadores, nos podemos encontrar con distintos controles de la actividad del trabajador como por ejemplo el control del uso del correo electrónico, de las llamadas efectuadas, del uso de internet, o incluso la grabación de imágenes de su actividad laboral o la videovigilancia en el lugar de trabajo.

Dichas medidas de control que puede utilizar el empresario para el control del trabajo del empleado, en principio están legitimadas siempre y cuando el medio utilizado para el control sea proporcional para la finalidad con la que se utilice y la información se utilice exclusivamente en el marco de la relación laboral.

Como se expone en el apartado B) al inicio del capítulo, una vez obtenido el principio de proporcionalidad para el control del trabajador, entendemos que el empresario podrá implantar dichos controles tecnológicos. A continuación, se analizan las consecuencias del uso de la tecnología en la empresa para fines no laborales.

a) Red social

Facebook, Twitter, Instagram, LinkedIn... son nombres de las redes sociales más conocidas en la actualidad. Hay quienes utilizan las redes sociales para hablar de sus preocupaciones, para expresar sus pensamientos o sentimientos, y en la mayoría de los casos, de forma inconsciente, los trabajadores pueden llegar a hacer partícipe de su privacidad a las empresas para las que trabajan.

42. Convenio colectivo de trabajo del sector del comercio textil de la provincia de Barcelona (16/01/2014)

43. Convenio colectivo del sector de industria siderometalúrgica de Navarra (16/09/2013)

44. Convenio colectivo de trabajo para las empresas de transporte de viajeros por carretera y urbanos de la provincia de Castellón (25/12/2014)

Las redes sociales, se han convertido en un nuevo punto de conflicto entre empresa y empleado, tanto por su uso o abuso durante el trabajo, como por las opiniones y vivencias comentadas en estas redes sociales.

A continuación se analizan tres casos en los que la actividad realizada en dichas redes, puede llegar a causar el despido:

- Despido disciplinario que tiene su origen en que el trabajador dedica la jornada laboral, en su totalidad o parcialmente, a navegar en las redes sociales en lugar de ejecutar las tareas encomendadas:

El uso de internet en el puesto de trabajo para cuestiones estrictamente personales, incluido el uso de las redes sociales, dependerá mayormente del grado de consentimiento del empresario. Lo que resulta indiscutible, que si el empresario ha comunicado expresamente a los trabajadores que el uso de la red se destina exclusivamente a asuntos laborales, su utilización privada resultaría claramente irregular. (Valero, 2013)

En el caso de no existir un protocolo en la empresa sobre el uso de internet, su utilización privada deberá evitar la navegación por lugares que pongan en riesgo la seguridad informática de la empresa, la revelación de información confidencial, el uso de la red para desprestigiar la empresa para la que se trabaja, que el tiempo destinado a usos privados no interfiera en el desempeño del trabajo etc.

Por tanto cuando en la empresa no existan reglas concretas sobre el uso de internet y el trabajador destine el ordenador a actividades privadas, se entiende que por parte del trabajador existe una cierta “expectativa de confidencialidad” y por tanto los registros y controles tendrán que respetar su dignidad, aplicando para estos casos el art.18 del ET.

Un ejemplo de despido disciplinario procedente por el uso abusivo de las redes sociales durante el tiempo de trabajo lo encontramos en la STSJ de La Rioja, de 23 de mayo de 2011, en la que se pone de manifiesto unos hechos en relación a la actitud de la trabajadora en cuanto al desempeño de sus funciones no se ajustaba a los parámetros que la empresa establecía, y que además, se había comprobado una reducción del tiempo dedicado a sus funciones, así como una actitud de desinterés en el trabajo, hechos por los que fue advertida verbalmente en reiteradas ocasiones. (Valero, 2013)

Además, la empresa dispone de una normativa de uso de la información y datos personales en la que se detalla claramente qué tipo de acciones quedan absolutamente prohibidas. Como por ejemplo la limitación en la navegación por internet.

La compañía tiene pruebas de que la empleada, durante su jornada laboral, se conectaba frecuentemente desde el ordenador de la empresa utilizado por ella, a páginas de internet como Facebook y otras redes sociales, y páginas de internet de compra on-line, pasándose varias horas conectada

durante su jornada laboral. Reiteradamente se conectaba a páginas de internet no relacionadas con su actividad laboral. Por lo que la trabajadora fue despedida por dedicar la jornada laboral a navegar en redes sociales y por perjudicar los objetivos principales de la empresa. (Valero 2013)

Con todo ello, determino, que estos conflictos surgen porque existe una utilización personalizada y no únicamente laboral o profesional del medio facilitado por la empresa.

Pero también existen sentencias que concluyen de forma totalmente contraria. La STSJ de Madrid, de 28 de abril de 2011, declara la improcedencia del despido del trabajador que visitaba páginas webs con fines particulares durante la jornada laboral, al entender que su conducta no revestía de gravedad suficiente y la empresa no había realizado advertencias previas sobre posibles restricciones a este respecto.

- Despido disciplinario que se deriva de comentarios difundidos en las redes sociales:

Otra de las consecuencias que derivan del uso de las redes sociales para los trabajadores, y que normalmente se pasa por alto, es que los comentarios dejados en las mismas pueden ser utilizados por la empresa para la cual prestan servicios para justificar un despido.

Una de las primeras sentencias que analizó esta situación fue la del TSJ de Castilla y León de 21 de abril de 2010, la cual declaró la procedencia del despido de un trabajador que había difundido amenazas sobre uno de los Directivos de la empresa a través de un blog. Igualmente procedente resultó el despido de una trabajadora, tal y como declaró la STSJ de Andalucía de 10 de noviembre de 2011, por colgar en la red social Facebook fotos del centro de trabajo, en una actitud incorrecta, y mostrando la ubicación y modelo de la caja fuerte. (Valero, 2013)

Por otro lado, también existen sentencias en las que se declara la improcedencia del despido, sentencias como la del TSJ de Madrid de 30 de marzo de 2012, en la cual se considera que la publicación de una anécdota graciosa sobre un cliente, dado su carácter esporádico, no asume la gravedad suficiente como para despedir al trabajador.

Y por último, se encuentra la sentencia del TSJ de Murcia de 14 de mayo de 2012, la cual declara la nulidad del despido de la representante de una sección sindical que realizó una serie de comentarios por Facebook, en un lenguaje claramente inadecuado, al considerar que los mismos se encuentran protegidos por el derecho a la libertad de expresión.

- Despido disciplinario derivado de que la empresa obtiene en las redes sociales información del trabajador que supone una quiebra de la buena fe contractual por parte de éste:

En resumen, en este apartado se analiza la actividad en las redes sociales empleada para justificar un despido. Se encuentran muchos casos en los que el empleado se encuentra en situación de Incapacidad Temporal. El hecho de hacer la vida del trabajador publica y compartirla en las redes sociales está generando un mayor número de despidos disciplinarios.

En este caso, nos encontramos con la STS de Madrid de 23 de enero de 2012, la cual declara procedente el despido de un trabajador que se encontraba en situación de baja por depresión, por transgresión de la buena fe, tras descubrirse por unas fotos publicadas en Facebook que el empleado realizaba salidas nocturnas y consumía alcohol. (Valero, 2013)

También la STSJ de Galicia de 16 de noviembre de 2012, en la cual se declara procedente el despido de un trabajador que durante una situación de IT por depresión, servía copas en un local nocturno de un familiar y realizaba viajes, todo esto detallado con imágenes en las redes sociales, y sin el conocimiento y autorización del facultativo que seguía su proceso de incapacidad temporal.

Y por último, la reciente STS de 14 de junio del 2013, la cual también declara procedente el despido de una trabajadora que al día siguiente de iniciar un proceso de incapacidad temporal viajó a Madrid en avión y estuvo con unas amigas en un parque de atracciones, tal y como acreditaba un reportaje fotográfico que ella misma colgó en Facebook, sometida a vigilancia por detective también se comprobó que la trabajadora salió varios días de bares y a bailar hasta altas horas de la madrugada, con lo que resulta indiscutible que su estado de salud revelaba una evidente aptitud laboral para el desempeño de los cometidos propios de su profesión de camarera, dado que la baja se había iniciado por una supuesta contractura cervical. (Valero, 2013)

b) Whatsapp

Las nuevas formas de comunicación introducen un nuevo enfoque en este tema. WhatsApp es la historia de un éxito que nace en el año 2009, y es considerada la aplicación de mensajería instantánea más popular y utilizada del mundo.

A pesar de que son incuestionables los aspectos positivos que aporta WhatsApp (comodidad, rapidez, coste mínimo), también es cierto que existen aspectos negativos. Uno de ellos se refiere al uso de esta aplicación en el

ámbito laboral, una tendencia creciente que sin embargo entraña varios peligros que es necesario tener presente.

No solo es una herramienta de comunicación, también es un instrumento laboral, la cual está cambiando las relaciones entre empresario y trabajador. Es un tipo de red social que puede constituir acoso laboral y violación a la intimidad de los trabajadores.

Los mensajes enviados fuera del horario laboral tienen implicación jurídica. Esto podría suponer la creación de horas extras. Pero el simple hecho de recibir un mensaje fuera del horario laboral no constituye la causa de creación de horas extra. Únicamente en el caso en el que un trabajador ejecuta una acción y el empresario lo autoriza, entonces se crea el derecho a que esas horas sean remuneradas. (Castilla, 2018)

Si el ejercicio de las funciones no lo requiere, un empleado no puede ser penalizado por no responder un mensaje que ha sido remitido fuera del horario laboral. Sin embargo, si el empresario abusa de sus potestades y envía constantemente mensajes injustificados fuera del horario de trabajo, podría constituir conductas de acoso laboral. Esto sucede en casos en los que el empleador presiona constantemente a sus empleados y no les permite disfrutar de su derecho al descanso. (Castilla, 2018)

A continuación, algunas de las sentencias más interesantes dictadas por los tribunales en 2018 relativas al uso del WhatsApp en el ámbito laboral:

1. Despido por Whatsapp:

Comunicar el despido por la aplicación de Whatsapp es improcedente, aunque días después se mande la carta de despido. Uno de los requisitos formales que se debe cumplir para llevar a cabo el despido es la comunicación escrita, por tanto, el hecho de comunicar este suceso vía whatsapp conlleva directamente a la declaración de improcedencia. Para más detalle véase la sentencia del TSJ de Extremadura de 18 de septiembre de 2018. (Martín, 2018)

2. Despido por insultos y acoso hacia otros empleados por Whatsapp:

Según la sentencia del TSJ de Cataluña, de 5 de octubre de 2018, se declara la procedencia del despido de un trabajador por acoso moral, maltrato de palabra y abuso de autoridad hacia una compañera, utilizando entre otras pruebas, mensajes de Whatsapp.

Sin embargo, aunque el hecho de insultar a otros compañeros puede ser motivo suficiente para constituir el despido disciplinario, si se incumple alguno de los requisitos que permite despedir, será declarado despido

improcedente. Por ejemplo en la sentencia del TSJ de Castilla y León de 11 de octubre de 2018, se declara despedido improcedente el caso de una trabajadora que emite insultos e injurias vía WhatsApp a otro trabajador de la empresa con el que había mantenido una relación sentimental que había finalizado, al entender que no se han cumplido los requisitos de precisión y claridad. (Martín, 2018)

3. Comunicar las vacaciones por WhatsApp:

En ningún caso será válido remitir un mensaje por esta aplicación para informar sobre los días de vacaciones o disfrute personal.

En este caso, el Juzgado de lo Social de Huesca declara la procedencia del despido disciplinario de un trabajador que comunicó por WhastApp que se iba de vacaciones, evadiendo los canales articulados por la compañía para la petición y concesión de los días de vacaciones. (Sentencia del Juzgado de lo Social de Huesca de 9 de febrero de 2018)

El juzgado recuerda que la regulación de las vacaciones establecida en el art.38.2 del ET determina claramente que los periodos de disfrute de vacaciones se fijan de común acuerdo entre empresa y trabajador, según lo establecido en los convenios colectivos y en la planificación anual de vacaciones.

La solicitud del trabajador fue contestada derivándole al jefe de la oficina en Huesca, canal que no utilizó el empleado. Por lo que el despido sería justificadamente procedente. Y además, la empresa había enviado un burofax en el que dejaba claro que no concedía el periodo solicitado de vacaciones. (Martín, 2018)

El trabajador se ausentó de su puesto, por lo que concluye el juzgado que el hecho de ausentarse sin que hubieran convenido las vacaciones supone que se han producido faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo (art.54.2 ET) y al tratarse de un incumplimiento grave, el despido debe de ser procedente.

c) Correo

La proyección de las nuevas tecnologías sobre las relaciones laborales individuales, plantean dos cuestiones fundamentales: la facultad de vigilancia y control empresarial de dicho uso y los límites del uso extralaboral de los medios informáticos por los trabajadores.

La difusión masiva de las tecnologías de la información no ha introducido conflictos distintos a los que ya se planteaban en cuanto a la utilización de medios de la empresa para fines privados y el derecho del empresario de controlar tal utilización, pero ciertamente la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) multiplica las facultades de control empresarial y, por lo tanto, su capacidad para investigar la ejecución de la prestación laboral. (Cardona, 2003, p.165)

La posibilidad de monitorizar los ordenadores, los controles sobre la navegación en internet y el correo electrónico permiten realizar controles más profundos, con menor esfuerzo por parte del empresario. Dichos controles, aun siendo realizados dentro del más riguroso respeto al Derecho, pueden llegar a poner en riesgo el secreto a las comunicaciones y el derecho a la intimidad de los trabajadores.

Una de las manifestaciones de la implantación generalizada de las tecnologías de la información en la empresa es la utilización masiva del correo electrónico como medio de comunicación en la empresa y, por lo tanto, como instrumento de trabajo por los trabajadores. La cuestión es que según manifiestan los estudios especializados, la utilización que de este instrumento de trabajo se realiza en la relación laboral es cada vez más privada o, dicho de otra manera, se incrementa la utilización del mismo con fines ajenos a los propios del contrato de trabajo.

El debate en España sobre los límites de la utilización legítima del correo electrónico en el puesto de trabajo se introduce por el despido de un empleado por la Deutsche Bank, que dio origen a la STSJ de Cataluña de 14 de noviembre de 2000. La conducta del trabajador despedido consistió en la utilización del correo electrónico que la empresa pone a disposición de sus empleados, totalmente desvinculada de los objetivos profesionales para los que se habilita su uso. En concreto, el trabajador había procedido al envío de 140 mensajes, en horario laboral, con el correo electrónico facilitado por la empresa, a otros empleados y a su propia dirección personal de correo (a un total de 298 destinatarios), con contenidos claramente personales (humorísticos, sexistas...). (Cardona, 2003, p.166)

El hecho de hacer un uso abusivo de un instrumento de trabajo para fines propios, plantea numerosos inconvenientes o perjuicios desde la perspectiva empresarial. Afecta al tiempo que el trabajador no dedica a la prestación efectiva del trabajo, y lo dedica a herramientas diversas que no sólo redundan en la disminución de su rendimiento, pero también afecta en el tiempo de los otros compañeros a los que envía los mensajes.

Por otra parte, ese uso desviado puede comprometer la capacidad del sistema informático para transmitir información, la seguridad, imagen o competitividad de la empresa, mediante la transmisión de informaciones confidenciales,

relativas a empleados, clientes o proveedores, a terceros ajenos a la empresa; realización de prácticas de acoso sexual a otros compañeros de trabajo, utilizando este nuevo medio de comunicación, etc.

Lo que parece claro es que, con independencia de cuál sea el daño concreto que se valore, el interés del empresario puede verse comprometido por el uso irregular y abusivo del correo electrónico y en sí misma dicha conducta constituir una transgresión de la buena fe contractual y un abuso de la confianza depositada en el trabajador, frente al cual se le reconoce al empresario capacidad de reacción, con medidas disciplinarias al uso (art. 54 ET) pero también la facultad de prevenir dichas conductas, mediante el ejercicio del poder de control de la actividad productiva. (Cardona, 2003, p.167)

La cuestión es que el legítimo interés del empresario de controlar la ejecución de la prestación de trabajo por parte de sus empleados y el uso que de los instrumentos de trabajo realizan, cuando el mismo no sea proporcional, justificado y con la adopción de las cautelas suficientes, puede conllevar lesiones a los derechos fundamentales previstos en el art. 18 CE, a la intimidad y al secreto de las comunicaciones del trabajador, cuya declaración se encuentra en el art. 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores que establece el derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, incluida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual.

Siempre que se plantea un conflicto o tensión en sede laboral, se debe tratar de procurar alcanzar el difícil equilibrio entre los intereses empresariales y los derechos del trabajador. Con la introducción de las nuevas tecnologías resulta inevitable una cierta apertura de la intimidad del trabajador en la empresa. El trabajador debe necesariamente perder un poco de su intimidad laboral, siempre que la facultad de control del empresario sea ejercida de modo racional y objetivo.

En el legítimo ejercicio de las potestades de vigilancia y control del empresario, es necesaria la utilización de técnicas que tengan en cuenta tanto las exigencias del empresario como las de los trabajadores. Alcanzar una solución que contemple los intereses en conflicto no es tarea fácil. Aun siendo necesarios los esfuerzos por hallar tal equilibrio, no existe, sin embargo, sistema alguno capaz de preservar la intimidad del trabajador de modo absoluto, sin que ello signifique que no se le haya de dotar de las máximas garantías posibles. (Cardona, 2003, p.168)

El problema que se plantea con el control empresarial del uso del correo electrónico es que para realizarlo el empresario acudirá, en primer término, al sistema de control que permite de manera más eficaz conocer cuál ha sido el uso que el empleado ha realizado del correo: la monitorización del correo

electrónico, que permite, inevitablemente, la intromisión del empresario en el contenido de los mensajes o, como mínimo, la identificación del emisor del mensaje y del destinatario lo que supondría ya de por sí, como ha señalado el TC en sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, una violación del secreto de las comunicaciones, que cubre no sólo el contenido de la comunicación, sino también, la identidad subjetiva de los interlocutores. El TC, en las sentencias 70/2002, de 3 de abril y 123/2002, de 20 de mayo, en la misma línea de la sentencia de 1984, realiza una interpretación tecnológicamente actualizada del derecho al secreto de las comunicaciones, entendiendo que el mismo ofrece tutela frente a las interferencias en todo tipo de comunicación, independientemente de la técnica de transmisión utilizada y con independencia del contenido del mensaje (conversaciones, imágenes, informaciones, datos, votos, etc.) (Cardona, 2003, p.169)

d) Utilización de aplicaciones informáticas

Es evidente que el número de empresas que utilizan los avances tecnológicos para controlar las herramientas de trabajo que facilitan a sus trabajadores, va en aumento.

Entre esas tecnologías, aparte de las ya mencionadas, destacan las herramientas de geo-localización, con las que el empresario puede conocer en el momento que pretenda la localización de cualquiera de sus trabajadores, así como de los bienes propiedad de la empresa.

El acceso a los datos de geo-localización se considera un tratamiento de datos de carácter personal por lo que es necesario cumplir la normativa de protección de datos. En concreto, el art.2C de la Directiva 2002/58/CE, detalla que será considerado como dato de geo-localización *“cualquier dato tratado en una red de comunicaciones electrónicas que indique la posición geográfica del equipo terminal del usuario de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público”*.

Estos datos hacen referencia a una persona física identificable pero constituyen un tratamiento de datos personales que no necesita consentimiento del trabajador, ya que dicho tratamiento está relacionado con la gestión de la relación laboral, por tanto no sería necesario solicitar el consentimiento aunque si sería necesario informarle del mismo.

El empresario debe tener cuidado respecto al tratamiento de datos de localización geográfica, ya que estos pueden revelar información no concerniente a la actividad laboral y esto supondría una vulneración del derecho fundamental de los trabajadores a su privacidad, es decir, a su intimidad. Es por ello que se exige que el tratamiento de los datos siga el principio de proporcionalidad. Como mencionaba en el apartado 3.1B, los datos

deben ser adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades para las que se hayan obtenido.

En el caso de la STSJ Madrid de 21 de marzo de 2014, sobre la posibilidad de conocer en todo momento la localización de un trabajador, mediante el sistema de geo-localización que permite un continuo y permanente seguimiento del vehículo durante su uso (no solo el posicionamiento del empleado por razones de seguridad, sino también el lugar exacto donde se halla), y a su vez, el posterior tratamiento de los datos obtenidos con una finalidad completamente distinta de la anunciada. Esto hace que las conclusiones extraídas a través de este dispositivo tecnológico constituyan un procedimiento que lesiona los derechos fundamentales del trabajador.

Por otro lado, existen también sentencias como la del TSJ de Andalucía, 1937/2017, en la que se declara procedente el despido disciplinario de un viajante por no activar el dispositivo GPS del móvil para estar localizado durante su jornada. El incumplimiento por el trabajador de su obligación, considera transgresión de la buena fe y abuso de confianza.

En resumen, para la implantación de este tipo de dispositivos de seguimiento, siempre es recomendable seguir unas pautas, para asegurarnos de que se cumple con el principio de proporcionalidad. Para ello, la Agencia Española de Protección de Datos desarrolla una Guía sobre la Protección de datos en las relaciones laborales, sobre cómo deben de ser las medidas de vigilancia y control:

Ser idóneas: Que sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto de controlar la actividad laboral y/o incumplimientos del trabajador

Ser necesarias: Que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia

Sea ponderada o proporcional: Por derivarse de ella más ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto

Sea justificada: Y por tanto, si existen razones objetivas y motivadas que legitimen la decisión de control empresarial

La Agencia Española de Protección de Datos emite un informe⁴⁵ sobre la posibilidad de utilizar sistemas de GPS para controlar la actividad de los trabajadores, destacando en el mismo que:

- En el caso de existir una relación laboral, no debe aplicarse el principio de consentimiento
- Si debe aplicarse el principio de información, contemplado en el artículo 5 de la LOPD
- Puesto que esta información contiene datos personales, el fichero debe estar declarado el Registro General de Protección e Datos de la Agencia Española de Protección de Datos

En el siguiente capítulo que versa sobre los problemas aplicativos derivados del conflicto entre los derechos fundamentales y el poder de control empresarial, incluye un análisis de la jurisprudencia con las sentencias más relevantes que se han visto afectadas hasta la actualidad.

45. Para ver información más detallada acerca de este tema, véase la siguiente página:

<https://www.aepd.es/media/guias/guia-modelo-clausula-informativa.pdf>

CAPÍTULO III. PROBLEMAS APLICATIVOS

3.1 CONSIDERACIONES GENERALES

El uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) ha supuesto la creación de nuevos problemas en el ámbito laboral. Estos problemas desarrollan diferentes conflictos entre los derechos fundamentales del trabajador y el poder de dirección del empresario, que una vez sean detectados, tendrá que ser interpretados por los tribunales. Y ahí es donde surgen los problemas aplicativos, en la interpretación. (Durán, 2018)

El ordenamiento jurídico ha dado hasta ahora respuestas insuficientes, o no ha dado, como en el caso español, respuesta en absoluto a estos nuevos problemas.

No existe ley que respalde el uso de los medios tecnológicos facilitados por la empresa para fines particulares, como pueden ser el correo electrónico, internet, el teléfono... etc.

Ni la Constitución Española, ni el estatuto de los trabajadores, ni los convenios colectivos han dado respuesta suficiente a la nueva problemática. Ha sido sobretodo la doctrina judicial quien ha ido fundamentando una disciplina acerca de la compatibilización de los derechos de los trabajadores con las exigencias empresariales de control y vigilancia, tanto del uso de los medios empresariales puestos a disposición de los trabajadores como del cumplimiento de las órdenes del empresario. (Durán, 2018)

Los problemas más delicados surgen cuando se permite el uso de las TIC para fines particulares, o cuando se tolera un uso razonable de las mismas. En estos casos, las medidas de vigilancia y control deberán salvaguardar la esfera personal del trabajador y por supuesto su intimidad. No es lo mismo el uso que el abuso cuando este medio este permitido por el empresario. Habrá que tener muy en cuenta las circunstancias de cada caso, y analizar si se trata de una actuación desleal o contraria a los intereses empresariales por parte del empleado.

Por norma general, los controles empresariales han de superar un triple juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, como ya he explicado en la sección anterior en reiteradas ocasiones. Es por ello, que los problemas se simplifican cuando existe un protocolo empresarial, que regule el uso de las TIC o de cualquier instrumento que sea utilizado por el empleado para el desempeño de las obligaciones laborales.

Por tanto, las medidas empresariales que no respeten los principios indicados, pueden provocar que las pruebas de los incumplimientos laborales verificados a través de ellas, sean calificadas como nulas o no válidas.

3.2 ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES

Una vez analizados los derechos de los trabajadores, el poder de dirección del empresario, y el conflicto que surge en consecuencia del uso de las TIC, así como del uso de distintas tecnologías para controlar el cumplimiento de la prestación laboral, a través de diversos fallos concluidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH en adelante) veremos la importancia del deber de información y se analizarán diferentes sentencias.

Es necesario atender a la vinculación que tienen los jueces y tribunales españoles respecto de la doctrina del TEDH. El artículo 10.2 de la CE establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Entre ellos, se encuentra al máximo nivel el Convenio de Roma, cuya interpretación corresponde al TEDH. (SJSO N° 3, Pamplona, FJ 2)

Cuando se habla de derecho laboral, no existen unas reglas específicas que determinen que pasos hay que seguir. Cada caso concreto es único y debe estudiarse de forma particular, teniendo en cuenta todas sus circunstancias.

La polémica siempre surge por si el uso de la tecnología para llevar a cabo las facultades de control y vigilancia, viola algún derecho fundamental de los trabajadores como el derecho a la intimidad, el secreto de las comunicaciones o la protección de datos entre otros.

La primera sentencia que tuvo un gran impacto y que es considerada como la madre de todas las sentencias, es el caso Barbulescu vs Rumanía, de 5 de septiembre de 2017, que anula la sentencia dictada en fecha 12 de enero de 2016 por el mismo tribunal, el TEDH. Se trata de un caso en el que un empleado en Rumania es despedido por utilizar Yahoo Messenger con su cuenta profesional pero para fines no laborales. La empresa no solo alega irregularidades profesionales, sino que aporta una serie de conversaciones con contenido sexual para justificar este despido.

El TEDH enumeró en dicha sentencia una serie de puntos que el empresario debe de cumplir para justificar el acceso al ordenador del trabajador, a fin de comprobar si su uso es correcto. Deberá de valorar el grado de intromisión que comporta la medida que va a utilizar en la vida personal del empleado, y elegir aquella actuación que sea menos intrusiva. El trabajador debe haber sido informado con claridad y de forma previa sobre estas medidas de control y su alcance.

El empleador por tanto, debe acreditar la existencia de motivos concretos para llevar a cabo este control, y hacerlo con proporcionalidad.

El TEDH concluye a favor del Sr. Barbulescu, en la STEDH Barbulescu II, reforzando la protección del trabajador frente al control y vigilancia de las comunicaciones en el ámbito laboral por parte del empresario, en base a las siguientes consideraciones:

- 1) Las autoridades nacionales rumanas no habían protegido adecuadamente el derecho del Sr. Barbulescu al respeto de su vida privada y su correspondencia.
- 2) Los órganos jurisdiccionales no habían determinado si el demandante había recibido una notificación previa de su empleador sobre la posibilidad de que se supervisaran sus comunicaciones.
- 3) No se había procedido a informar de la naturaleza o el alcance de la vigilancia ni del grado de intrusión en su vida privada y en su correspondencia.
- 4) No se habían determinado ni las razones específicas que justificaban la introducción de las medidas de control, ni tampoco si el empresario podía haber utilizado medidas menos intrusivas en la vida privada y la correspondencia del Sr. Barbulescu.

Las empresas van a poder vigilar los correos internos y las redes sociales de sus trabajadores, utilizadas desde los dispositivos facilitados, pero han de ser muy conscientes de que han de avisar o comunicar previamente que los equipos pueden ser monitorizados. A su vez, el control debe ser proporcional, necesario y lo menos invasivo posible, evaluando el equilibrio entre el derecho del interés empresarial y la privacidad del trabajador.

Por lo tanto, lo primero que han de establecer las empresas es una política o un protocolo mediante los cuales se regule el uso de las herramientas informáticas e informar de los controles de los medios informáticos que van a existir, respetando siempre los derechos fundamentales.

Otra de las sentencias importantes, es el caso de López Ribalda, de 9 de enero de 2018, Estrasburgo, del TEDH. En este caso el método utilizado fueron las cámaras de videovigilancia. Es una sentencia contra una cadena de supermercados familiar. La empresa, tras detectar errores en su inventario, advirtió que iba a colocar cámaras de seguridad, pero no informó de todas ellas.

Se comprueba que existieron irregularidades entre las existencias y las ventas reales, comprobándose que había pérdidas durante diversos meses.

En el anterior contexto y para investigar y poner fin a las pérdidas económicas, se decide instalar un sistema de videovigilancia, con cámaras visibles, pero también otras cámaras ocultas, estas últimas posicionadas en las cajas registradoras y cintas de productos. De las primeras fueron informados los trabajadores y sus representantes, no ocurriendo lo mismo con las segundas.

A través de las cámaras ocultas se descubren comportamientos irregulares de cinco trabajadores (los cuales sustraían o no cobraban algunos productos), procediéndose al despido disciplinario de los mismos, el cual fue declarado procedente por el Juzgado de lo Social y, posteriormente, por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Posteriormente el TEDH reconoce que estaba justificada la colocación y empleo de cámaras de videovigilancia (la empresa tenía pérdidas y sospechaba que sus empleados le robaban) pero también cree que la medida que adoptó el empleador no fue proporcional, ya que colocó cámaras de grabación ocultas sin previo aviso.

El Tribunal Europeo concluye que en este supuesto no se cumplió con el deber de información recogido en la citada normativa española, tanto en el caso de las cámaras visibles como en el de las ocultas. También afirma que no cumple con los requisitos de la LOPD, considerando en este caso vulnerados los artículos en disputa sobre las siguientes consideraciones:

1. La legislación, como hemos señalado, establece claramente la obligación de informar de forma previa, explícita, clara y precisa de la existencia de medios de recepción y tratamiento de datos, incluyendo la grabación (artículo 5 LOPD).
2. El Tribunal considera que las cámaras ocultas grabaron a todo el personal (no exclusivamente a los que pudieran resultar sospechosos), durante semanas, sin límite de tiempo y durante todo el tiempo de trabajo.

Y como consecuencia de lo anterior, el TEDH determina que la medida utilizada no fue proporcional, sorprendiendo con su decisión final, concediendo una indemnización por daños morales a los trabajadores de dicha empresa, cuando la gran Sala había rechazado esto mismo en el caso *Barbulescu II*.

Existe una sentencia similar, la STEDH de 5 de octubre de 2010, del asunto *Köpke v. Alemania*, nº 420/07, donde los hechos eran exactamente los mismos. Una cajera fue videovigilada y la captaron robando. La despidieron usando las grabaciones en el juicio laboral. Todos los jueces alemanes que intervinieron declararon procedente el despido y el Tribunal Constitucional alemán desestimó el recurso de amparo.

El TEDH afirmó, en esa ocasión que Alemania no había regulado legalmente el uso de cámaras de videovigilancia por parte de los empleadores pero que existía una jurisprudencia que había efectuado la ponderación entre el derecho a la intimidad de los trabajadores y la protección de los intereses de los empleadores sin entrar a juzgar si la ponderación de ambos derechos que

había hecho esta jurisprudencia era conforme o no con el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El tribunal expuso que el uso que había hecho la empresa era proporcionado a las circunstancias del caso: se habían detectado pérdidas, la conducta de la demandante y de otro empleado eran sospechosas y fueron solo ellos objeto de vigilancia, la medida fue limitada en el tiempo y solo había cubierto el área que rodea la caja y era accesible para el público. (Alfaro, 2018)

A fin de aclarar el funcionamiento del juicio de proporcionalidad, decir que el mismo, se encuentra orientado a resolver conflictos entre derechos, intereses o valores en concurrencia. La ventaja del enfoque de proporcionalidad es que permite decidir esos conflictos sin necesidad de generar jerarquías de los derechos, intereses o valores involucrados y por tanto, sin necesidad de prejuzgar su mayor o menor legitimidad, ni producir prohibiciones absolutas.

Lo peculiar del juicio de proporcionalidad es el punto de vista desde el que se procede al examen de la controversia una vez se ha fijado el contexto: partiendo de la legitimidad de los fines atendidos por la norma, medida o actuación denunciada, lo que se va a analizar es su utilidad (su idoneidad para alcanzar el fin pretendido), su necesidad (en ausencia de otra alternativa igualmente eficaz y menos problemática) y su proporcionalidad, atendiendo su grado de intrusión en un ámbito protegido así como la naturaleza y alcance que impone sobre los derechos o intereses afectados. Una vez realizado el test, se juzgarán tanto las normas, medidas o actuaciones en la medida en que supongan un sacrificio innecesario, o desequilibrado por excesivo, de un derecho o interés protegido.

Por lo que de la decisión del tribunal constitucional se desprenden una serie de criterios que deben ser tenidos en cuenta para valorar la proporcionalidad en el uso de cámaras ocultas, tales como la existencia de sospechas previas suficientemente fundadas, la limitación subjetiva de la medida a trabajadores concretos sobre los que pesen tales sospechas y su necesaria limitación temporal. (Lamela, 2018)

Sin perjuicio de lo anterior, no puede perderse de vista que la decisión del TEDH es particularmente garantista con los derechos de los empleados. Por tanto, salvo que la grabación oculta sea claramente (y sin lugar a dudas) la medida menos intrusiva para investigar un incidente, no debería ser la primera opción a implementar.

Asimismo, el TEDH afirma que sería necesario proporcionar información a los empleados sobre la existencia de las cámaras ocultas. Todo ello impone un mayor nivel de diligencia y previsión a las empresas que empleen medios de videovigilancia en el entorno laboral, que deberán invertir esfuerzos adicionales en la redacción de los documentos informativos dirigidos a los trabajadores. (Lamela, 2018)

A continuación expongo un breve resumen acerca de otra sentencia, en este caso sobre el uso de un dispositivo GPS para controlar a los trabajadores.

En este caso, el TS avala la utilización del GPS para controlar que los trabajadores de una empresa cumplen con su horario. Esta sentencia trata sobre el despido disciplinario del inspector-encargado, ya que se confirma que en reiteradas ocasiones su furgoneta se encontraba en su domicilio particular y fuera de su zona de trabajo. (Glez. de Aledo, 2018)

La empresa había instalado dispositivos GPS en los vehículos de todos los trabajadores, incluido el del inspector-encargado. Tal medida figuraba en el pliego de condiciones del Ayuntamiento y había sido autorizada por la Agencia de Protección de Datos.

Existían dos plataformas de control de gestión del servicio, una en la empresa y otra en el Ayuntamiento, donde se identificaba la localización de los vehículos en servicio en cada momento. La plataforma de la empresa era utilizada por el encargado general y por los inspectores, según recuerda la resolución del Supremo. (Glez. de Aledo, 2018)

El inspector despedido lo sabía puesto que usaba la plataforma de localización para controlar a los trabajadores adscritos a su turno, aunque el mismo no pensara, por su condición de inspector, que también le podían controlar a él.

La sala de lo Social del TSJ 1937/2017 de Andalucía consideró acreditados los incumplimientos alegados en la carta de despido y afirmó que por el hecho de que el vehículo del inspector fuera controlado con GPS no vulneraba su derecho a la intimidad.

Las pruebas así obtenidas eran lícitas y fueron examinados por el juez para decidir si la conducta del trabajador en el cumplimiento de sus deberes era adecuada y concluyó confirmando el despido disciplinario del inspector-encargado. (Glez. de Aledo, 2018)

Como decía en un principio, existe un amplio abanico de posibilidades para que el empresario ejerza su poder de control mediante diversas técnicas, pero ello conlleva a un análisis más exhaustivo y profundizado sobre el tema, ya que dichas técnicas pueden llegar a generar dudas sobre el alcance de las mismas.

En concreto, la Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 52/2019 de Pamplona, es un claro ejemplo donde se puede apreciar la evolución de la doctrina y jurisprudencia.

En dicha sentencia se alegan unas pruebas de videovigilancia, donde las imágenes captan una pelea entre dos trabajadores de la empresa, y en consecuencia procede a sancionar imponiendo el despido disciplinario. Uno de

los trabajadores demanda a la empresa por vulneración de sus derechos, y la prueba se da por nula por vulnerar el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales del trabajador. Concluye el juez en que no se admitirán pruebas que tuvieran su origen mediante procedimientos que supongan violación de los derechos fundamentales o libertades públicas.

¿Pero como es posible se rechace la validez de la prueba de video aportada por las cámaras de seguridad, existiendo además el correspondiente cartel informativo de “zona videovigilada”?

La empresa invoca la aplicación de la nueva Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos y garantía de los derechos digitales, y pide que se examine si la Ley Española respeta las exigencias del Reglamento Europeo de protección de datos personales.

La escasa regulación legal en esta materia no ha permitido hasta ahora obtener una respuesta segura sobre los límites de la facultad empresarial. La falta de normas ha dado lugar a una jurisprudencia “vacilante” como se comenta en dicha sentencia.

La dificultad de encontrar un equilibrio en esta cuestión, se explica porque *el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han construido la mayoría de sus criterios examinando la incidencia de la videovigilancia en los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen. Pero cuando se invoca la vulneración del derecho a la protección de datos en los casos de videovigilancia, el conflicto jurídico adquiere otra dimensión, precisamente, por la exigencia estructural de este derecho de que se cumpla necesariamente el deber informativo a los trabajadores, como único medio de conseguir una protección eficaz del derecho de ser informados, que es esencial al derecho de protección de datos.* (SJSO N° 3, Pamplona, FJ 2)

Para responder a la pregunta planteada sobre la validez de las grabaciones con las cámaras de videovigilancia, se desarrollan varias sentencias. En primer lugar, presenta las sentencias STC 98/2000, sobre la captación de sonido dentro de la zona de trabajo, en este caso un Casino, y STC 186/2000, sobre el uso del sistema de videovigilancia para determinar el despido por la sustracción de dinero de la caja de un economato, donde el conflicto se plantea desde la perspectiva del derecho a la intimidad, quedando al margen el derecho de la autodeterminación informativa, que se integra en el derecho a la protección de datos personales, que es el que tuvo en cuenta la STC 29/2013, de 11 de febrero, que trata en este caso la imposición de tres sanciones de suspensión de empleo y sueldo por infracciones muy graves a un Director de Servicio de la Universidad de Sevilla, por incumplir el horario y la jornada de trabajo, y habiéndose utilizado como prueba las grabaciones realizadas por las cámaras de seguridad.

Tomando como referencia la STC 186/2000, se imputa el despido disciplinario a un trabajador por la sustracción de dinero de la caja de un economato, habiendo utilizado la empresa, para acreditar la conducta, las grabaciones del sistema de videovigilancia que instaló para comprobar sus sospechas.

En este caso, se cumplieron las condiciones para la validez de la prueba videográfica. El Tribunal descarta que se hubiese producido la lesión del derecho a la intimidad personal y a la propia imagen (detallados en el art.18.1 CE) y que la instalación del sistema utilizado que controlaba la zona de trabajo se trataba de una medida:

Justificada: ya que existían razonables sospechas de la comisión por parte del trabajador de graves irregularidades en su puesto de trabajo

Idónea: para la finalidad pretendida por la empresa, que era la de verificar si el trabajador cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes

Necesaria: ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades

Equilibrada: pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de caja y a una duración temporal limitada, la suficiente para comprobar que no se trataba de una confusión, sino de una conducta ilícita reiterada.

El TC por tanto, concluye procedente el despido, ya que no vulnera el derecho a la intimidad del trabajador por la instalación de las cámaras, que únicamente apuntaban a la caja registrador, y afirma que respeta el principio de proporcionalidad, ya que se cumplen las condiciones para la validez de la prueba videográfica. Lo que llama la atención, es la exclusión de la necesidad de informar a los trabajadores de la instalación de las cámaras, pero debe insistirse que solo se realiza dicha afirmación respecto al derecho a la intimidad, sin referirse al derecho a la protección de datos.

Llegados a este punto, nos planteamos la siguiente cuestión. En la sentencia del TEDH del caso Barbulescu II, no se había procedido a informar de la naturaleza o alcance de la vigilancia ni el grado de intrusión en su vida privada, ni se había protegido el derecho a la vida privada, por lo que el TEDH determinó que el despido del Sr. Barbulescu era improcedente.

En la sentencia del TEDH del caso López Ribalda, de Estrasburgo, las cámaras grabaron a todo el personal, sin límite de tiempo y durante toda la jornada de trabajo. El juez determina que la media utilizada no fue proporcional, sorprendiendo con su decisión, concediendo una indemnización por daños morales a los trabajadores de dicha empresa, cuando la Gran Sala había rechazado esto mismo en el caso Barbulescu II, ya que a su juicio el importe reclamado era especulativo y no existía vínculo de causalidad entre el despido del demandante y el perjuicio alegado. (STDH caso Barbulescu II, Rumanía)

Por otro lado, recordamos la sentencia del caso Köpke, de Alemania, N° 420/07, donde una cajera fue videovigilada y la captaron robando. La despidieron utilizando las grabaciones en el juicio laboral. El empresario llevo a cabo una operación de videovigilancia encubierta tras las sospechas de robo de dos empleadas.

El Tribunal concluye en este caso que la medida estuvo limitada en el tiempo, ya que se llevó a cabo durante dos semanas, y solo dos empleados fueron el objetivo de la medida, a diferencia del caso López Ribalda, de Estrasburgo. Por tanto, el TEDH determina como procedente el despido.

Tras el análisis de estas sentencias, si algo me queda claro, es que existe la necesidad de aclarar los términos de “*deber informativo*” y “*videovigilancia encubierta*”, que dejan lugar a dudas.

La sentencia del JSO N° 52/2019 de Pamplona, detalla a la perfección como existe un antes y un después de la doctrina de las sentencias STC 29/2013, de 11 de febrero, sobre el Director de Servicios de la Universidad de Sevilla al que le imputan tres sanciones de suspensión de empleo y sueldo por incumplimientos laborales repetidos en varias ocasiones, y la STC 39/2016, de 3 de marzo, donde la trabajadora prestaba sus servicios como dependienta en un centro comercial de la empresa Bershka, donde se le imputa la apropiación de efectivo de la caja de la tienda en diferentes fechas y de forma habitual, siendo ambas mencionadas en capítulos anteriores.

Como hemos visto en los casos anteriores, el Tribunal Constitucional resuelve el conflicto entre el derecho a la intimidad personal y las facultades de control empresarial de la actividad laboral con la aplicación estricta del principio de proporcionalidad.

Pero la doctrina se corrige tras la STC 29/2013, de 11 de febrero, que establece condiciones adicionales para la validez de la utilización de las cámaras de videovigilancia en los centros de trabajo, exigiendo con rigor el cumplimiento del deber de información previo a los trabajadores para admitir las grabaciones como prueba.

Aun existiendo un convenio colectivo aplicable que preveía la posibilidad de que el empresario efectuase el control sobre los medios informáticos y audiovisuales, y aun habiendo sido avisado el comité de empresa sobre la adopción de dichas medidas, y existiendo carteles informativos donde se avisaba de la existencia de cámaras, *sin embargo los trabajadores no habían sido informados previa y expresamente de la finalidad para la que podían ser recabados esos datos personales derivados de las grabaciones*, por lo que el Tribunal declara nulas las sanciones y estima el recurso de amparo, impugnando las grabaciones de videovigilancia. En esta doctrina se añaden dos precisiones adicionales:

La primera, que destaca que el deber informativo es exigible también cuando el control empresarial incide en el derecho a la intimidad personal, y no solo cuando está en juego el derecho a la protección de datos de carácter personal. Y la segunda, que no podría situarse el fundamento de una exención del deber informativo al trabajador en el interés empresarial de controlar la actividad laboral a través de sistemas sorpresivos o no informados de tratamiento de datos que aseguren la máxima eficacia en el propósito de vigilancia. (SJSO N° 3, Pamplona, FJ 2)

Algunos de los hechos más relevantes de esta sentencia son:

Por un lado, la posibilidad de recoger los datos personales sin el consentimiento del trabajador, no exime del derecho de información del trabajador

Se delimita el alcance del deber informativo. Será necesaria una información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que la captación podía ser dirigida. Para ello, el art.89 de la LO 3/2018, regula la videovigilancia de los trabajadores en los centros de trabajo.

Se deberá concretar por tanto las características y el alcance del tratamiento de datos, la duración y sus propósitos.

A esta sentencia le sigue la STC 292/2000, de 30 de noviembre, mencionada en el apartado sobre protección de datos del capítulo primero, que diferencia el contenido del derecho a la intimidad del derecho a la protección de datos de carácter personal. Subraya que el derecho a la intimidad tiene una finalidad y es la protección frente a terceros, mientras que la finalidad del derecho a la protección de datos, es la de garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos, el uso y destino de los mismos.

Posteriormente, menciona también la sentencia del TC 39/2016, de 3 de marzo, sobre la dependienta de Bershka, en la que concurría la situación precisa para el control oculto de los sistemas de videovigilancia, es decir, sin notificar expresamente de la colocación de la cámara de vigilancia a los trabajadores, porque el Tribunal considera que era el único medio posible de control para satisfacer el interés empresarial de saber fehacientemente quien estaba realizando los actos defraudatorios de los que ya se tenían conocimiento.

En este caso, la colisión surge entre las facultades de control empresarial a través de la videovigilancia y los derechos a la intimidad y a la protección de datos. Para ello, en dicha sentencia se establece nuevamente el criterio de proporcionalidad, y se entiende que cumplió el deber informativo que pesaba sobre la empresa por que la cámara estaba situada en el lugar donde se

desarrollaba la prestación laboral, enfocando directamente a la caja, y en el escaparate del establecimiento se colocó un distintivo informativo exigido por la Instrucción 1/2006. Con esta información el Tribunal entiende que la trabajadora podía conocer la existencia de las cámaras y la finalidad para la que habían sido instaladas.

En definitiva, lo que se comenta en la sentencia del JSO N° 52/2019 de Pamplona, es que con la nueva doctrina del tribunal constitucional queda rebajada la exigencia informativa de la libertad de autodeterminación informativa que deriva del derecho de protección de datos de carácter personal al determinar el contenido esencial del derecho fundamental en las sentencias STC 292/2000, de 30 de noviembre, y STC 29/2013, de 11 de febrero.

Pero, ese poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin.

Entonces, ¿qué pasa con las conclusiones del Tribunal Constitucional? En la STC 29/2013, de 11 de febrero, sobre las sanciones impuestas al Director de Servicios de la Universidad de Sevilla, concluye que como los trabajadores no fueron informados, a pesar de la existencia de carteles informativos en donde se avisaba de la existencia de cámaras, considera las pruebas de video como nulas, y estima que se ha violado el núcleo esencial del derecho fundamental del art.18.4 CE por incumplimiento del deber de información a los trabajadores de la existencia de las cámaras de seguridad y la finalidad a la que podía destinarse los datos personales.

Por tanto, la empresa al no cumplir con el deber de información, aun existiendo carteles informativos, el Juez considera las sanciones nulas.

En cambio, en la STC 39/2016, de 3 de marzo, sobre la dependienta de Bershka, concluye que con la existencia de la cámara que enfoca a la caja registradora y el cartel informativo en el escaparate, entiende que con esa información la trabajadora podía conocer la finalidad de la empresa. Por lo que considera en este caso, el despido procedente para la trabajadora.

Cabe mencionar que la doctrina flexible sobre el cumplimiento del deber informativo del TC y TS queda afectada por las nuevas exigencias que derivan del Reglamento 2016/679, sobre protección de datos personales, que en la regulación de la transparencia y el deber informativo impone unas exigencias que no cabe obviar, y que deberán ser respetadas por el empleador, sin que el control empresarial sea legítimo ni válido si se aplica desconociendo tales garantías. (SJSO N° 3, Pamplona, FJ 2)

¿Y qué pasa con el caso Köpke, de Alemania, N° 420/07? Esta sentencia recoge que en el tiempo en que el empresario llevó a efecto la videovigilancia encubierta tras sospechas de robo contra dos empleadas, todavía no se habían establecido en la legislación alemana las condiciones en las que un empresario podía utilizar la videovigilancia de un empleado para investigar un delito.

Como sabemos, la norma europea es de directa aplicación. Al ser un Reglamento de la UE tiene diversos efectos jurídicos, como el de la aplicación directa, y la primacía frente a las normas de los Estados miembros que lo contradigan, debiendo el juez nacional inaplicar cualquier norma interna que incurra en dicha contradicción.

El deber de transparencia e informativo son regulados en los artículos 12,13 y 14 del RGPD, por lo que cabe destacar que el RGPD hace más exigente el deber informativo.

Los requisitos desarrollados en dichos capítulos vinculados al deber informativo son aplicables en todos los estados miembros y no se prevé excepción alguna aplicable a las relaciones laborales. Por lo tanto, si no es por aplicación directa del TEDH, en cualquier caso los Tribunales Españoles deberán aplicar las mismas exigencias informativas como una consecuencia obligada de lo que impone el RGPD al regular el deber informativo. (SJSO N° 3, Pamplona, FJ 2)

Como la norma española solo puede complementar el reglamento europeo en aquello que este permite, y sin contradecir en ningún caso la regulación esencial del propio reglamento, cabe concluir que en ningún caso la ley española puede rebajar la exigencia del deber informativo que establece el RGPD. Y si lo hace el juez español, deberá simplemente inaplicar la norma española contradictoria como consecuencia de la primacía del reglamento europeo.

Por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, se regula el control empresarial de la actividad de los trabajadores cuando colisiona con los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos.

Actualmente, la normativa directamente aplicable es la del Reglamento Europeo de 25 de mayo de 2018, que respecto a las dudas que surgen sobre el alcance de la reforma legal, aclara en los siguientes términos:

- En el caso de que el empleador capte incumplimientos laborales de los trabajadores, deberá concretar la finalidad sancionadora que incluye la medida utilizada
- Si la empresa no tenía instalado un sistema de videovigilancia, y lo dispone a raíz de sospechas de irregularidades, ese será el momento en el que deba informar a sus trabajadores de la instalación de las cámaras y de la finalidad

que incluye. La norma europea no excepciona ningún supuesto que legitime la intervención sin cumplir la exigencia informativa y la doctrina del TEDH tampoco

- Existe por tanto el deber de informar previamente al trabajador de la instalación de las cámaras, y quedan absolutamente prohibidas las grabaciones encubiertas u ocultas, que es tanto como decir no informadas

Retomando la sentencia JSO Nº 52/2019 de Pamplona, y aplicando las exigencias anteriores al caso enjuiciado, *el juez toma la decisión de inadmitir la prueba de grabación realizadas por las cámaras de seguridad de la empresa, exponiendo que la compañía no cumplió las exigencias vinculadas al respeto al derecho de protección de datos que amparaba al trabajador, incluyendo el deber informativo sobre la existencia de sistema de videovigilancia y la propia finalidad para la que se utilizaba, e incluso incluye la posibilidad de sancionar en caso de que sean captados actos ilícitos o incumplimientos laborales.*

Pero el hecho de que se haya inadmitido la prueba de la grabación de las cámaras de seguridad no quiere decir que en el presente caso los hechos que se imputaban al demandante en la carta de despido no hayan quedado acreditados con otros medios.

En concreto, la prueba testifical practicada en el acto del juicio fue clara, habiendo declarado dos testigos las circunstancias en las que se produjo la agresión del demandante y del otro trabajador, viéndose implicados en una pelea que finalmente determino el despido disciplinario de los dos trabajadores.

Los hechos que han dado lugar al despido disciplinario son anteriores a la entrada en vigor de la LO 3/2018. Por lo que no es aplicable ni la nueva regulación ni la doctrina que cita la STC 39/2016, de 3 de marzo.

En definitiva, *en caso de hipótesis de sospechas de hurtos u otras conductas delictivas, parece que lo más razonable es impetrar el auxilio judicial, de modo que el empresario debería interponer la correspondiente denuncia y solicitar las medidas de investigación del delito adecuadas, incluida la videovigilancia, que podrá acordarse si resulta eficaz a los fines de la instrucción penal y si concurren los requisitos legales, salvaguardar así los derechos del empleador, solo que con el amparo y debido control judicial.* Así concluye la sentencia JSO Nº 52/2019 de Pamplona.

CONCLUSIONES

Las nuevas tecnologías han irrumpido en el ámbito del trabajo revolucionando los sistemas de producción, modificando la estructura ocupacional y alterando el régimen jurídico de regulación de la prestación laboral por los trabajadores. Estos cambios no se detienen en el modo de producción, sino que han afectado de forma significativa a los mecanismos de control empresarial.

Se han ampliado notablemente las herramientas de supervisión de la ejecución de la prestación de trabajo con la aplicación de los medios de reproducción de la imagen y del sonido, el control a distancia, las tarjetas de identificación y la expansión de los controles biométricos. Lo cual se plantea como un nuevo desafío para las facultades empresariales, en la medida en que los medios tradicionales de supervisión se convierten en obsoletos, mientras que estas nuevas formas de control empresarial se cuestionan por sus repercusiones en los derechos fundamentales a la intimidad, propia imagen, secreto de las comunicaciones y la protección de datos.

Este trabajo de investigación intenta abordar estos problemas, ofreciendo en sus distintos anexos una información completa sobre la doctrina judicial y jurisprudencial que se ha ido conformando en estos años.

Esta tarea de recopilación e información se complementa con un estudio en el que se ha realizado una exposición crítica de los problemas que han ido surgiendo en la práctica y una reflexión a través de la cual se intenta proporcionar, dentro del debate doctrinal y jurisprudencial, algunos parámetros que permitan alcanzar un término de equilibrio entre el necesario respeto a los derechos fundamentales en el trabajo y las consecuencias que se derivan del uso y control de las tecnologías de la información y la comunicación en la empresa. De este estudio pueden extraerse las siguientes conclusiones:

PRIMERA: En el ámbito de la prestación laboral las tecnologías han adquirido un avance significativo, y es que los iniciales medios informáticos de los que puede hacer uso el empresario para optimizar y mejorar el rendimiento y calidad de su producción o servicios, han permitido, fruto de su constante evolución y perfeccionamiento técnico, que no solo puedan ser utilizadas por el trabajador para el desarrollo de la prestación, sino también por el empresario para controlar la misma. De modo que, por ejemplo, el mismo ordenador asignado al trabajador para desarrollar la prestación laboral, es utilizado por el empresario para controlarle.

SEGUNDA: Una vez comprendidas cada una de las herramientas para el control del cumplimiento de la prestación laboral, se afirma la gran variedad de tecnologías que pueden emplearse para este fin. Por ello en este trabajo de investigación he tratado de mostrar diversos ejemplos seleccionados según su uso y variedad de las mismas, así como por su reciente novedad.

De manera general y común a todas las tecnologías analizadas, cabe realizarse varias puntuaciones:

Tras el análisis jurisprudencial realizado, debe precisarse que la mayoría de los conflictos que surgen por la aplicación de las tecnologías al ámbito laboral tiene como trasfondo una reclamación judicial ante la sanción impuesta por el empresario derivado del cometido de una conducta presuntamente ilícita del trabajador.

Prácticamente la totalidad de las demandas judiciales se plantean por la disconformidad del empleado contra la decisión de despido comunicada por el empresario, siendo mínimas aquellas reclamaciones basadas en el desacuerdo con el contenido de las instrucciones emitidas por la empresa respecto al uso de la tecnología, los métodos empleados para la vigilancia y control, o por la existencia o no de advertencia.

No existen dos casos iguales ni baremos a aplicar en juicios laborales. Por eso hay sentencias que parecen contradictorias, como hemos podido comprobar.

TERCERA: Se trata de un ámbito en constante evolución, por lo que el Derecho debe realizar, de forma continua, un gran esfuerzo para poder atender y regular las nuevas problemáticas que se suscitan. El hecho de que no exista una normativa concreta a este respecto supone que se generen problemas, de forma especial, en referencia a las posibles vulneraciones de los derechos fundamentales de los trabajadores. Hasta hace poco, no existía prohibición alguna respecto del uso de los medios de información y comunicación para llevar a cabo el control de la actividad laboral, pero tras la aplicación de la nueva normativa, el Reglamento Europeo de 25 de mayo de 2018 y la LO 3/2018, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, podemos extraer dos conclusiones claras:

- El *deber de información* a los trabajadores sobre la instalación de cámaras se debe realizar de forma previa para la validez de las grabaciones audiovisuales y de los otros medios tecnológicos de control empresarial
- Quedarán *absolutamente prohibidas las grabaciones encubiertas* u ocultas, entendiéndose por encubiertas las no informadas también

El poder de control del empresario debe centrarse, de forma indiscutible y exclusiva, en el lugar de trabajo y en las acciones correspondientes al cumplimiento de las obligaciones contractuales. En ningún caso, y de ninguna manera, debe desviarse dicho objetivo hacia intereses de carácter personal, puesto que el único interés que ostenta el empresario para ejercitar dicho control es el interés de carácter laboral.

Por ello, es imprescindible que el empresario, en el ejercicio del poder de control, guarde siempre el debido respeto a estos derechos fundamentales y ajuste siempre su actuación al principio de proporcionalidad.

CUARTA: Las empresas pueden vigilar y controlar a sus trabajadores, tanto por medio de dispositivos electrónicos facilitados por la empresa, como mediante geolocalización y cámaras de seguridad. Sin embargo, para que ello sea lícito los trabajadores deben ser conscientes, habiendo recibido *comunicación previa* tanto de que se va a efectuar la vigilancia como de la *finalidad* de los datos recaudados mediante la misma.

El empresario por tanto, podrá vigilar y adoptar medidas para comprobar el cumplimiento de las obligaciones laborales del trabajador, pero se exige que éstas sean idóneas y proporcionales para la finalidad que se pretende, susceptibles de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad), necesarias (juicio de necesidad) y ponderada o equilibrada (lo menos invasivo posible para la intimidad del trabajador).

Para que dichas medidas sean idóneas, se diferencia entre lugares de trabajo y lugares de descanso. De este modo, se pueden emplear medios audiovisuales de control de la actividad laboral en los lugares de trabajo, pero no se podrá hacer en los pertenecientes a la esfera personal. Dicho control audiovisual, deberá ser proporcional y lo menos intrusivo posible, por ejemplo, no se grabará audio cuando sean suficientes los medios visuales para asegurar el cumplimiento de las obligaciones laborales.

La grabación de sonidos en el lugar de trabajo se admitirá únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad y las garantías previstas.

QUINTA: Las empresas serán libres de contratar detectives para investigar a sus trabajadores. Pero haciendo referencia a la nueva reforma legal, debe concretarse que el empleador *deberá de avisar a los trabajadores con antelación en caso de que sea capturado algún tipo de incumplimiento laboral por parte de estos, de la finalidad sancionadora en la que puede derivar dicho incumplimiento.*

SEXTA: Para impedir que los nuevos medios de vigilancia y control de la prestación laboral entren en conflicto con los derechos de los trabajadores es *necesaria una renovación del marco legislativo clara, concisa, y adaptada a las nuevas circunstancias en las que se desarrollan las actuales relaciones laborales*. Es cada vez más necesaria una ley reguladora del control empresarial sobre los trabajadores

SÉPTIMA: La invasión de los sistemas de videovigilancia como medida de control en el trabajo, ha hecho necesario que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la legitimidad de su uso, ya que esta puede afectar a la intimidad y esfera personal del trabajador. Se aprecia una formulación distinta sobre los límites, (centrados en el derecho a la intimidad y la dignidad humana), y sobre la legitimidad del control (centrado en el cumplimiento de la prestación).

El Tribunal Constitucional cambia la doctrina. Considera suficiente la instalación de cámaras de vigilancia en el establecimiento laboral, y la existencia de varios distintivos desplegados por la empresa, que anuncian la presencia de instalación de cámaras y captación de imágenes.

En cambio, tras el análisis realizado en el último capítulo, sorprende de nuevo el Tribunal Constitucional con su decisión de inadmitir la prueba de la grabación de las cámaras de seguridad por vulnerar los derechos fundamentales del trabajador, dando por válida la prueba testifical practicada en el acto del juicio, concluyendo el despido como disciplinario.

Lo que si podemos concluir es que excluir la exigencia informativa de la finalidad de la videovigilancia, que forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos personales, supone que la LO 3/2018 no está respetando el derecho a la privacidad y a la protección de datos personales conforme a la doctrina del TEDH.

Al mismo tiempo, tampoco respeta las exigencias del deber informativo que impone el Reglamento europeo de protección de datos personales. El RGPD establece el deber informativo de la finalidad del tratamiento de los datos personales como instrumento esencial para garantizar la protección eficaz del derecho a la protección de datos y no permite degradar la exigencia en el ámbito de las relaciones laborales.

Por lo que no es necesario que el juez español plantee una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Podrá simplemente inaplicar la norma nacional que no respeta el derecho originario de la Unión Europea (Carta) y el derecho derivado dotado de eficacia directa y primacía en las relaciones verticales y en las horizontales (RGPD), extrayendo las consecuencias jurídicas que resultan de las exigencias y garantías de la Carta europea de derechos fundamentales y del reglamento europeo de protección de datos personales.

OCTAVA: La falta de una regulación específica sobre el tema ha venido a dejar en manos de la jurisprudencia resolver el asunto. En la resolución de cada caso concreto, los tribunales interpretan cuando y de qué forma puede ejercerse el poder de control del empleador, para no vulnerar un derecho fundamental del trabajador. Este vacío normativo nos recuerda que la sociedad siempre camina más rápido que el Derecho.

ANEXO NORMATIVO

Constitución Española (BOE de 29 de diciembre de 1978. núm. 311)

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (BOE de 14/05/1982. núm.115)

Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD) derogada por: Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal (LOPD) (BOE de 14/12/1999. núm.298)

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 24/11/1995. núm.281)

Ley 5/2014 de 4 de abril, de Seguridad Privada (BOE de 05/04/2014. núm.83)

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (BOE de 06/12/2018 núm.294)

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (DOUEL de 04/05/2016, núm.119)

Reglamento Europeo de 25 de mayo de 2018, que sustituye a la Directiva 95/46/CE

Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) (DOCE de 31/07/2012, núm. 201)

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 29 de marzo de 1995, núm.75)

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (BOE de 22/04/1996. núm.22)

Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (BOE de 19/01/2008. núm.17)

Instrucción 1/2006

CONVENIOS COLECTIVOS

Convenio colectivo del sector de industria de Álava (BO. Territorio Histórico de Álava, de 07 de marzo de 2001)

Convenio colectivo laboral del sector de los despachos de graduados sociales (BO. Islas Baleares, de 22 de abril de 2004)

Convenio colectivo de trabajo para el sector de las empresas comerciales de servicios de empaquetados, enfajado y cualquier otra manipulación de productos propiedad de terceros para los años 2006-2008 (DO Cataluña, de 19 de febrero de 2007)

XVI Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública (BOE, de 18 de marzo de 2009)

Convenio colectivo de trabajo del sector de transitarios y aduanas de Barcelona (BO. Barcelona, de 09 de noviembre de 2010)

Convenio colectivo de industria siderometalúrgica de Guipúzcoa (BO. Guipúzcoa, de 27 de enero de 2011)

V Convenio colectivo estatal del corcho (BOE, de 21 de septiembre de 2012)

Convenio colectivo de siderometalúrgica (BO. León, de 09 de abril de 2013)

Convenio colectivo para la industria de azulejos, pavimentos y baldosas cerámicas de la Comunidad Valenciana (DO Valencia, de 12 abril de 2013)

Convenio colectivo de talleres de reparación de vehículos de Albacete (BO. Albacete, de 13 de mayo de 2013)

Convenio colectivo del sector de segunda transformación de la madera de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BO. Cantabria, de 26 de junio de 2013)

Convenio colectivo del sector de la industria de la madera primera transformación de León (BO. León, de 02 de agosto de 2013)

Convenio colectivo de trabajo del sector de oficinas y despachos de Cataluña para los años 2012- 2014 (DO Cataluña, de 05 de agosto de 2013)

I Convenio colectivo estatal de notarios y personal empleado (BOE, de 23 de agosto de 2013)

Convenio colectivo provincial para el sector de la industria siderometalúrgica de Valladolid (BO Valladolid, de 02 de septiembre de 2013)

Convenio colectivo del sector metal de Córdoba (BO. Córdoba, de 04 de septiembre de 2013)

Convenio colectivo del sector de industria siderometalúrgica de Navarra (BO. Navarra, de 16 de septiembre de 2013)

Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio (BOE, de 03 de octubre de 2013)

Convenio colectivo de manipulado y envasado de cítricos, frutas y hortalizas para la Comunidad Valenciana (DO. Comunidad Valenciana, de 04 de octubre de 2013)

Convenio colectivo de manipulado y envasado de fruta fresca y hortalizas de la Región de Murcia (BO. Región de Murcia, de 29 de octubre de 2013)

Convenio colectivo del sector de industria de hormas, tacones, pisos, plantas y cuñas de plástico de Alicante (BO. Alicante, de 02 de diciembre de 2013)

Convenio colectivo del sector mayorista y minorista de juguetes, deportes y armerías deportivas, cerámica, vidrio, iluminación y regalo (BO. Comunidad de Madrid, de 03 de enero de 2014)

Convenio colectivo de trabajo del sector del comercio textil de la provincia de Barcelona (BO. Barcelona, de 16 de enero de 2014)

Convenio colectivo del sector de la industria siderometalúrgica de Cantabria (BO Cantabria, de 15 de abril de 2014)

Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE, de 08 de mayo de 2014)

Convenio colectivo del sector de servicios auxiliares de Navarra (BO. Navarra, de 16 de mayo de 2014)

Convenio colectivo estatal para las industrias extractivas, industriales del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE, de 05 de junio de 2014)

Convenio colectivo del sector de industrias de aderezo, relleno, envasado y exportación de aceituna de Sevilla (BO. Sevilla, de 12 de junio de 2014)

Extensión del Convenio colectivo de trabajo del sector de servicios auxiliares de la Comunidad Foral de Navarra, al mismo sector de la comunidad Autónoma de La Rioja (BO La Rioja, de 26 de julio de 2014)

Convenio colectivo de trabajo para las empresas de transporte de viajeros por carretera y urbanos de la provincia de Castellón (BO. Castellón, 25 de diciembre de 2014)

Convenio colectivo para la industria siderometalúrgica de Huesca (BO. Huesca, de 19 de enero de 2015)

Convenio colectivo estatal para as industrias de elaboración de arroz (BOE, de 03 de febrero de 2015)

Convenio colectivo de panadería y pastelería de la Comunidad Valenciana (DO. Comunidad Valenciana, de 22 de junio de 2015)

Convenio colectivo del sector de oficinas y despachos (BO. Comunidad de Madrid, de 07 de noviembre de 2015)

ANEXO JURISPRUDENCIAL

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH de 28 de septiembre de 2010, Caso Köpke, Alemania, Nº 420/07

STEDH de 5 de septiembre de 2017, Caso Barbulescu II, Rumanía

STEDH de 9 de enero de 2018 Caso López Ribalda, Estrasburgo

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 110/1984, de 26 de noviembre (BOE, de 21 de diciembre de 1984)

STC 114/1984, de 29 de noviembre (BOE, de 21 de diciembre de 1984)

STC 53/1985, de 11 de abril (BOE, 18 de mayo de 1985)

STC 170/1987, de 30 de octubre (BOE, 21 de noviembre de 1987)

STC 142/1993, de 22 de abril (BOE, 28 de mayo de 1993)

STC 254/1993, de 20 de julio (BOE, 18 de agosto de 1993)

STC 99/1994 de 11 de abril (BOE, 17 de mayo de 1994)

STC 144/1999, de 22 de julio (BOE, 22 de agosto de 1999)

STC 98/2000, de 10 de abril (BOE, 18 de mayo de 2000)

STC 186/2000, de 10 de julio (BOE, 11 de agosto de 2000)

STC 292/2000, de 30 de noviembre (BOE, 04 de enero de 2001)

STC 70/2002, de 3 de abril (BOE, 25 de abril de 2002)

STC 83/2002, de 22 de abril (BOE, 22 de mayo de 2002)

STC 123/2002, de 20 de mayo (BOE, 19 de junio de 2002)

STC 56/2003, de 24 de marzo (BOE, 16 de abril de 2003)

STC 192/2003, de 27 de octubre (BOE, 26 de noviembre de 2003)

STC 70/2009, de 23 de marzo (BOE, 27 de abril de 2009)

STC 241/2012, de 17 de diciembre (BOE, 22 de enero de 2013)

STC 29/2013, de 11 de febrero (BOE, 12 de marzo de 2013)

STC 170/2013, de 7 de octubre (BOE, 07 de noviembre de 2013)

STC 39/2016, de 3 de marzo (BOE, 08 de abril de 2016)

TRIBUNAL SUPREMO

STS 15 de febrero de 1984
STS 4 de noviembre de 1986 (RJ 1986/6205)
STS 28 de noviembre de 1989
STS 10 de marzo de 1990
STS 14 de junio de 1990
STS cont.-admva. 10 de octubre de 2001
STS 5 de diciembre de 2003 (RC 52/2003)
STS 26 de septiembre de 2007 (RC 966/2006)
STS 16 de febrero de 2010
STS 6 de octubre de 2011 (RC 4053/2010)
STS 23 de enero de 2012 (Nº Resol. 51/2012)
STS 8 de febrero de 2018 (Nº 119/2018)

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

STSJ 14 de noviembre de 2000 (Nº Resol. 9382/2000)
STSJ 21 de abril de 2010 (Nº Resol. 435/2010)
STSJ 28 de abril de 2011 (Nº Resol. 346/2011)
STSJ 23 de mayo de 2011 (JUR 2011, 205864)
STSJ 10 de noviembre de 2011 (Nº Resol. 2629/2011)
STSJ 30 de marzo de 2012 (Nº Resol. 254/2012)
STSJ 14 de mayo de 2012 (Nº Resol. 356/2012)
STSJ 16 de noviembre de 2012 (Nº Resol. 954/2012)
STSJ 21 de marzo de 2014 (RC. 1952/2013)
STSJ 18 de septiembre de 2017 (Nº Resol. 1937/2017)
STSJ 18 de septiembre de 2018 (Nº Resol. 526/2018)
STSJ 5 de octubre de 2018 (Nº Resol. 5206/2018)
STSJ de 11 de octubre de 2018 (RC 1268/2018)

JUZGADO DE LO SOCIAL

SJS de 9 de febrero de 2018 (Nº Resol. 51/2018)
SJSO de 18 de febrero de 2019 (Nº Resol. 52/2019)

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO, J. (2018, 10 de enero). La sentencia López Ribalda del TEDH. *Almacén de Derecho*. Blog. Recuperado de:

<https://almacenederecho.org/la-sentencia-lopez-ribalda-del-tribunal-europeo-derechos-humanos/>

CARDONA RUBERT, M.B., (2003). “*Las relaciones laborales y el uso de las tecnologías informáticas*”. Lan Harremanak, Nº 1, 157-173 (2003). Revista de relaciones laborales.

CASTILLA, J.D. (2018, 5 de octubre). Marco legal del uso del WhatsApp dentro de las relaciones de trabajo. *Asuntos Legales*. Recuperado de:

<https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/marco-legal-del-uso-de-whatsapp-dentro-de-las-relaciones-de-trabajo-2778595>

DANÉS, J. (2016, 10 de mayo). El control y vigilancia de los trabajadores. Blog. Recuperado de:

<https://loentiendo.com/control-vigilancia-trabajadores-limites/>

DURÁN LOPEZ, F. (2018, 28 de septiembre). El uso de las TIC en el trabajo, ¿Protección o Hipergarantía?. *Cinco Días, El País*. Recuperado de:

https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/09/27/companias/1538059824_368439.html

GLEZ. DE ALEDO, A. (2018, 25 de agosto). El supremo avala el uso de un GPS para controlar a los trabajadores. *Diario de Sevilla*. Recuperado de:

https://www.diariodesevilla.es/juzgado_de_guardia/GPS-limpieza-despido-control_0_1275472987.html

GRUPO ÁTICO 34 (2017, 4 de mayo) Geolocalización de trabajadores cumpliendo la normativa de Protección de datos. Blog de protección de datos para empresas y autónomos. Recuperado de:

<https://protecciondatos-lopd.com/empresas/legalidad-gps-trabajador/>

KELLEHER, D., (2010, 25 de octubre) Políticas de Uso Aceptable, la receta para prevenir el abuso de las TI en el trabajo. *Techweek*. Blog. Recuperado de:

<http://www.techweek.es/seguridad/analisis/1006382004801/politicas-uso-acceptable-receta.1.html>

LABORSER. Blog. Recuperado de:

<https://laborser.es/blog/lo-publicado-en-facebook-y-demas-redes-sociales-como-causa-de-sancion-o-despido/comment-page-1/#comment-63607>

LAMELA, A. (2018, 2 de marzo). Videovigilancia y control laboral: criterios del TEDH. *Tecnología y Ley*. Blog. Recuperado de:

<https://blogs.deusto.es/DerechoDigital/videovigilancia-y-control-laboral-criterios-del-teddhh/>

LLAMOSAS TRÁPAGA, A. (2012a). *Las nuevas tecnologías de la información y comunicación y las relaciones laborales*. (Tesis doctoral). Universidad de Deusto. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=118863>

LLAMOSAS TRÁPAGA, A. (2012b). “*Nuevas tecnologías de la información y comunicación, poder de control y derechos fundamentales*”, N°7, 15-28. *Revista de derechos fundamentales*

MARTIN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., Y GARCÍA MURCIA, J. (2014). *Derecho del Trabajo* (23ª ed.). Madrid, España. Editorial: Tecnos

MARTÍN, E. (23 de abril de 2018a). Despido disciplinario procedente: no cabe en ningún caso autoconcederse los días de vacaciones enviando un WhatsApp con los días de disfrute. Blog. Recuperado de: <https://www.sincro.com.es/despido-disciplinario-procedente-no-cabe-en-ningun-caso-autoconcederse-los-dias-de-vacaciones-enviando-un-whatsapp-con-los-dias-de-disfrute/>

MARTÍN, E. (26 de diciembre de 2018b). WhatsApp en el ámbito laboral: las sentencias más interesantes dictadas por los tribunales en 2018. Blog. Recuperado de: <https://www.sincro.com.es/whatsapp-en-el-ambito-laboral-las-sentencias-mas-interesantes-dictadas-por-los-tribunales-en-2018/>

PALOMEQUE LOPEZ, M.C., Y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (2017). *Derecho del Trabajo* (25ª ed.). Madrid, España: Editorial centro de estudios Ramón Areces S.A.

RUIZ GONZÁLEZ, C. (2017). *La incidencia de las tecnologías de la información y comunicación en las relaciones laborales*. (Tesis doctoral). Universidad de Murcia. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=154909>

SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTIN MAZZUCCONI, C. (2002): *Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales*. Aranzadi

VALERO MOLDES, F. (2013, 31 de julio) La actividad en las redes sociales como causa de despido. *El derecho*, Blog. Recuperado de: <https://elderecho.com/la-actividad-en-las-redes-sociales-como-causa-de-despido>