



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA

FACULTAD DE DERECHO

MÁSTER EN DIRECCIÓN DE RECURSOS HUMANOS

**LA VIGILANCIA Y EL CONTROL DE LA
PRESTACIÓN LABORAL**

SURVEILLANCE AND SERVICE BENEFIT CONTROL

AUTORA: Izarbe Laseo Jarque

TUTOR: Juan Miguel Díaz Rodríguez

Departamento: Departamento de Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa

Área de conocimiento: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Curso académico: 2017/2018

Convocatoria: Junio 2018

ABSTRACT

La vigilancia y el control de la prestación laboral ha sido históricamente un foco de conflicto dentro de las relaciones laborales. Ante el mismo, el legislador ha tenido que posicionarse entre los derechos y las libertades del trabajador y el derecho al ejercicio del poder de control del empresario. Esta problemática queda renovada con la aparición y consolidación de las nuevas tecnologías dentro de las empresas, demandando una nueva legislación capaz de resolver sobre el alcance que puede o debe tener la vigilancia dentro las organizaciones en esta nueva era tecnológica, en la que los medios de control se intensifican y amplían su alcance, para no colisionar con los derechos de las personas trabajadoras.

Surveillance and service benefit control has historically been a focal point inside labour relations. This is where the legislation has been positioning between the basic rights liberties of the employee or the right to exercise the power control of the employer. This issue has been renewed with technological new era consolidation inside the companies, demanding new legislation able to resolve the reach that surveillance can or should have companies in this new technological period. Where the means of control intensifies their scope and not collide with the worker's rights.

Índice

ABREVIATURAS.....	4
I. INTRODUCCIÓN.....	5
II. LOS PODERES EMPRESARIALES SOBRE EL TRABAJADOR.....	6
2.1. Límites a los poderes empresariales.....	8
2.1. Normativa en cuanto a la vigilancia y el control de la prestación laboral... 10	
III. PODER DE CONTROL EMPRESARIAL Y SUS PROYECCIONES	12
3.1. Justificación del poder de control empresarial.....	12
3.2. Qué controla la empresa, cómo lo hace y dónde.....	13
a) Dentro de la empresa.....	15
b) Fuera del entorno laboral.....	16
IV. MÉTODOS DE CONTROL EMPRESARIAL.....	17
4.1. Controles rutinarios de trabajo.....	17
a) Registro de la jornada laboral.....	17
b) Registros sobre el trabajador y sobre sus efectos personales.....	19
4.2. Videovigilancia.....	20
4.3. Dispositivos electrónicos.....	22
4.4. Geolocalización vía GPS.....	24
4.5. Detectives.....	25
CONCLUSIONES.....	28
BIBLIOGRAFÍA.....	30

ABREVIATURAS

CE	Constitución Española (BOE núm. 311, 29 de diciembre de 1978)
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 255, 24 de octubre)
GPS	<i>Global Positioning System</i> (Sistema de Posicionamiento Global)
LGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 261, 31 de octubre)
LOPD	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE núm. 298, 14 de diciembre)
LSP	Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada (BOE núm. 83, 5 de abril)
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
UE	Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

La prestación del trabajo ha constituido siempre una fuente de oposición y conflicto. Desde la antigüedad amos y esclavos, señores y siervos, patronos y obreros, han protagonizado y asumido sus roles contrapuestos dentro de la prestación de trabajo. En el caso de la relación laboral (patronos y obreros), la propiedad de los medios de producción supone la superioridad frente al ejecutor del trabajo. El propietario de los medios pone estos a disposición de los empleados a fin de conseguir un beneficio, quienes a su vez, obtienen una contraprestación por su trabajo. De este modo, surge una situación de dependencia en la que el empleador siente la necesidad y tiene hoy en día incluso la obligación de controlar la labor que realizan sus subordinados con el fin de cerciorarse de que se cumplen las directrices y normas establecidas.

El control ejercido por el empleador sobre la prestación laboral ha ido evolucionando a lo largo de la historia. La vigilancia, tanto de los trabajadores como de las herramientas utilizadas por estos, se intensificó con la primera revolución industrial, momento en el que las nuevas fábricas abrieron sus puertas y comenzaron a albergar grandes masas de trabajadores.

Los procesos y medios utilizados para vigilar y controlar han tendido a la tecnificación con el paso de los años y, aunque todavía quedan resquicios de los antiguos métodos de control empresarial, estos han acabado siendo en su mayoría, como no podía ser de otra manera, métodos informáticos de gran precisión y con gran alcance. Así, las nuevas tecnologías se han establecido y consolidado rápida y definitivamente en el entorno laboral, reafirmandose como un elemento más tanto dentro de los procesos de producción y gestión empresarial, como en las relaciones entre trabajadores y empresarios.

La relación entre el hombre y la tecnología ha sido siempre compleja y su introducción en las empresas ha creado enfrentamientos y tensiones entre las partes del vínculo contractual. Con su inserción, las nuevas tecnologías han modificado la estructura ocupacional y alterado el desarrollo del trabajo al tiempo que han sustituido, y lo seguirán haciendo, de forma impactante, los mecanismos de control empresarial generando así un nuevo escenario de conflicto en la empresa y renovando la clásica problemática entre los derechos y libertades del trabajador frente a los poderes del empresario.

Por ello, en este trabajo nos centraremos en conocer los medios utilizados en las empresas para ejercitar esta vigilancia y control sobre la prestación laboral y estudiaremos cómo trata de resolver el legislador la renovada problemática causada por la transformación de los métodos de control. Para conseguirlo nos apoyaremos tanto en normas estatales como en directivas europeas y analizaremos cómo está siendo interpretada la legislación mediante algunas de las sentencias más recientes para llegar a conocer la situación actual y los problemas que esta sostiene.

II. LOS PODERES EMPRESARIALES SOBRE EL TRABAJADOR

Como bien sabemos, en las relaciones laborales en la empresa intervienen fundamentalmente dos partes: la figura del empresario y la figura del trabajador. Este último se encuentra subordinado al poder general del empresario, quien organiza y dirige las tareas a desarrollar y quien debe, a su vez, respetar los derechos del trabajador. De este modo y mediante un contrato de trabajo individual, el empleado queda subordinado a los tres poderes empresariales: poder de dirección, poder de control y poder disciplinario.

El poder de dirección del empresario podría definirse como la facultad que disfruta el empleador de regir la actividad de la empresa. Este poder, que puede ser delegado, emana del contrato de trabajo celebrado entre empleado y empresario y está dirigido tanto a la organización general de la empresa como a la ordenación de las prestaciones singulares de cada trabajador.

El poder de dirección deriva directamente de dos normas: la Constitución Española de 1978¹ (CE) y el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores² (en adelante Estatuto de los Trabajadores o ET).

En primer lugar y de forma básica, el artículo 38 de la Constitución consagra la libertad empresarial, añadiendo que los poderes públicos garantizarán y protegerán su

¹ BOE núm. 311, 29 de diciembre de 1978

² BOE núm. 255, 24 de octubre de 2015

ejercicio. De igual modo, el Estatuto de los Trabajadores hace mención en su primer artículo al poder de dirección del empresario al manifestar lo siguiente:

“Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.” (Art. 1.1 ET)

En segundo lugar, en la letra “c” de su artículo 5, el Estatuto de los Trabajadores expresa el deber que existe por parte del trabajador de “cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas”.

Por último, el artículo 20 ET afirma que el trabajador está obligado a realizar las labores convenidas bajo la dirección del empresario o de la persona en quien este delegue.

Como hemos visto, el legislador entiende que el trabajador no se encuentra facultado para tomar ciertas decisiones dentro de la prestación laboral de modo que, aunque este pueda decidir sobre determinadas cuestiones que le afecten en su día a día, es facultad exclusiva del empresario determinar los aspectos organizativos y directivos de la empresa. De este modo, el trabajador está llamado a obedecer y a ejecutar las órdenes que el empresario le dicta (art. 5.c ET)³.

Asimismo, el legislador confiere al empleador el poder de control empresarial por lo que este no solo dirige la actividad laboral sino que también la vigila y la controla.⁴ Este poder complementa el poder de dirección, ya que parece lógico que el empresario deba llevar un control sobre la prestación laboral para verificar que efectivamente se cumplen las directrices otorgadas a los trabajadores en el desempeño de este primer poder. Del mismo modo, también es deber del empresario controlar que los trabajadores a su cargo cumplen las normas legales cuya aplicación es responsabilidad del empleador.

La concesión del poder de control al empresario la encontramos en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores que, en su tercer punto enuncia: “El empresario podrá

³ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Poder de Control Empresarial, Sistemas Tecnológicos y Derechos Fundamentales de los Trabajadores*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 33 y ss.

⁴ DIAZ RODRIGUEZ, JM., *Detectives y Vigilantes Privados en el Ámbito Laboral: Poder Empresarial y Prueba Judicial*, Tirant Lo Blanch, Laboral, Valencia, 2013, p. 61.

adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales”. De la lectura de este artículo podemos extraer el hecho de que, no solo se confiere al empresario el poder de control y vigilancia del trabajador sino que además este goza de libertad a la hora de adoptar las medidas para llevar a cabo estas acciones, siempre que no sobrepase los límites legales que trataremos en el siguiente punto de este trabajo.

En último lugar y en relación con los otros dos poderes anteriormente tratados, encontramos el poder disciplinario. El poder disciplinario es la facultad que posee el empresario para imponer sanciones a los trabajadores como consecuencia de la realización por parte de éstos de conductas que supongan un incumplimiento de la relación laboral.⁵ Mediante este poder de carácter principalmente disuasorio, se pretende conseguir que los trabajadores se sitúen bajo el poder de dirección del empresario. En virtud del poder disciplinario el empleador puede sancionar las conductas que constituyan una vulneración de las órdenes, instrucciones u obligaciones que deben contemplar los trabajadores. Así lo estipula el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 58: “Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales”. Siempre de acuerdo, como también señala este artículo, con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las distintas disposiciones legales o en el convenio colectivo de aplicación.

2.1. Límites a los poderes empresariales

Es cierto que el empresario posee un gran poder sobre distintos ámbitos de la prestación laboral pero estos poderes no son absolutos y deben ejercitarse dentro de los límites legales.

En términos generales, estos límites se basan en la no vulneración de la dignidad humana y de los derechos fundamentales (art. 10 CE y art. 17 ET) y en el deber de buena fe (art. 20.2 ET). Además, existen ciertas pinceladas en la normativa vigente que delimitan los poderes empresariales de forma más específica.

El artículo 18 de la Constitución manifiesta que se garantizará el derecho al honor de las personas, el derecho a la propia imagen y el secreto de las comunicaciones.

⁵ CARCELÉN GARCÍA, J., *Faltas y sanciones: el expediente disciplinario en la empresa*, Fundación Confemetal, Madrid, 2001, p. 22.

También dice este artículo que la ley limitará el uso de la informática de forma que se garantice el honor y la intimidad de las personas. Más adelante trataremos el desarrollo legislativo resultante de este precepto.

En este punto, volvemos al artículo 20 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores antes comentado. En él se recoge que el empresario deberá guardar, en la adopción y aplicación de medidas de vigilancia y control, la consideración debida a los trabajadores, haciendo especial mención a las capacidades de los trabajadores con alguna discapacidad.

El artículo 18, esta vez del Estatuto de los Trabajadores, sostiene que únicamente podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador y sobre sus enseres cuando sean estos “necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo”.

En cuanto a la Ley de Protección de Datos (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal o LOPD) en la que profundizaremos en posteriores apartados, tiene como fin garantizar y proteger, en lo concerniente al tratamiento de datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas y, por lo tanto, de los trabajadores. Su objetivo principal es regular el tratamiento de datos y ficheros de carácter personal, por lo que es una ley que cobra verdadera importancia en el campo que nos ocupa.

Cabe destacar que existe un nuevo proyecto tendente a renovar la Ley Orgánica de Protección de Datos que se encuentra actualmente en fase de tramitación parlamentaria. Esta actualización legislativa se debe a la entrada en vigor del Reglamento Europeo de Protección de Datos⁶, que será de aplicación obligatoria a partir del 25 de mayo de 2018. Mediante este Reglamento europeo se amplía la información que se debe proporcionar a los interesados,- en el caso que nos ocupa, a los trabajadores- en relación al tratamiento de sus datos así como a sus derechos en esta materia. Uno de los cambios más importantes que trae consigo esta nueva normativa es que el consentimiento para el tratamiento de datos ha de ser activo y verificable, es decir, que no es posible darlo por hecho por silencio o inacción, ni tampoco validarlo si no se recoge de algún modo en

⁶ REGLAMENTO 2016/679 UE 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)

registro para posteriores comprobaciones. A su vez, se incorpora el concepto de privacidad desde el diseño. Esto se traduce en que la elaboración de los procedimientos empresariales se debe realizar teniendo en cuenta la protección de datos desde su inicio. También cabe destacar que la nueva normativa elimina la obligación de registrar los ficheros ante la Autoridad de Control correspondiente. Sin embargo, obliga a llevar un registro interno de todos los tratamientos de datos personales que lleva a cabo la empresa, siempre que esta tenga más de 250 trabajadores o cuando se traten de forma habitual datos sensibles. Asimismo, esta nueva normativa incluye el llamado derecho al olvido, que recoge la potestad que podrá ejercer el trabajador de solicitar la eliminación de sus datos si se hubieran recogido ilícitamente, si ya no fueran necesarios o si hubiera retirado de forma adecuada su consentimiento. Tras conocer las nuevas normas propuestas por la Unión Europea, quedamos a la expectativa de descubrir como resuelve el legislador español la adaptación de la LOPD a las normas europeas.

2.2. Criterio jurisprudencial en cuanto a la vigilancia y el control de la prestación laboral

En los anteriores apartados de este trabajo se han nombrado varias leyes que afectan a la regulación de la vigilancia y el control de la prestación laboral dentro de nuestras fronteras. Sin embargo, hoy en día, con la llegada de nuevos métodos para ejercer este derecho empresarial, esta legislación se torna escasa y anticuada. Por esta razón, son los tribunales quienes, a raíz de los litigios que llegan a sus salas, están sentando las bases de una probablemente futura normativa más específica, detallada y acorde a los tiempos que vivimos. De este modo, encontramos resoluciones como la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 3 de Marzo de 2016⁷, sobre la instalación de cámaras de videovigilancia para la obtención de pruebas y deber de información previa, o la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 5 de septiembre de 2017⁸, sobre el control por parte del empresario del uso del correo electrónico. Mediante estas sentencias, que trataremos más adelante, se intenta dar solución a un problema latente entre las figuras de empresario y trabajador, no resuelto de forma clara por la normativa estatal o europea.

⁷ Recurso de amparo número 7222/2013.

⁸ Sentencia dictada por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 5 de septiembre de 2017, sobre el control por el empresario del uso del correo electrónico. Caso Barbulescu contra Rumania.

Tras conocer que la legislación no ofrece una vía definida para la resolución de los problemas que comporta la limitación del control empresarial, nos surge la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los criterios jurisprudenciales utilizados para definir los límites de este poder?

En primer lugar, es conveniente aclarar que la casuística es la norma general. Sin embargo, es posible distinguir tres grandes criterios utilizados por los altos tribunales españoles que pueden servir como reglas de resolución de conflictos en esta materia⁹:

1. Criterio de proporcionalidad: si el poder de control empresarial entra en conflicto con los derechos fundamentales del trabajador, se debe estudiar si el método adoptado por el empresario es adecuado para la finalidad perseguida y si, además, es el menos lesivo de todos aquellos que podría haber utilizado para ese fin.

2. Criterio de la expectativa de intimidad: cualquier trabajador, cuando comienza una relación laboral tiene la expectativa de un cierto grado de intimidad. Por esta razón, si el empresario decidiese realizar controles sobre su actividad de forma imprevista podría estar vulnerando un derecho fundamental del trabajador. Con todo, si el empresario advirtiese previamente al trabajador — y a sus representantes — de que va a controlar ciertos aspectos de su prestación laboral, quedaría destruida esa expectativa de intimidad ya que el trabajador sería de ese modo consciente de que su actuación puede ser vigilada.

3. Criterio de autodeterminación informativa: la autodeterminación informativa es un derecho fundamental fruto del derecho a la privacidad. Este derecho se concreta en la capacidad de toda persona para ejercer control sobre su información personal. En el ámbito empresarial es legítimo el tratamiento de datos de los trabajadores y no se requiere el consentimiento de estos (arts. 6 y 11 LOPD). Sin embargo, los empleados sí que deben, al menos, ser informados de los datos recabados y de la posibilidad de ejercer los derechos de acceso, cancelación y rectificación sobre esos datos (art. 5 LOPD).

⁹ RASCÓN LÓPEZ, RODRIGO, *Reflexiones sobre los límites del poder de control empresarial ejercido sobre los trabajadores por medios tecnológicos* en FORO JURÍDICO IBEROAMERICANO, LA REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO PRÁCTICO. <http://www.forjib.org/reflexiones-sobre-los-limites-del-poder-de-control-empresarial-ejercido-sobre-los-trabajadores-por-medios-tecnologicos/> (16 de mayo de 2018)

III. PODER DE CONTROL EMPRESARIAL Y SUS PROYECCIONES

3.1. Justificación del poder de control empresarial

Parece lógico, desde un primer momento, que el empresario, al haber invertido y puesto en riesgo su patrimonio creando una organización empresarial, tenga cierto poder de control sobre los trabajadores a su cargo ya que, en mayor o menor medida, ese patrimonio está en manos de aquellos. El empresario requiere del ejercicio del poder de control para poder cerciorarse de que se cumplen los objetivos empresariales, de forma que se utilicen los recursos de manera óptima y con el fin de conocer las deficiencias que afectan a la gestión de la organización. Además, también incumbe al empresario controlar que los trabajadores realizan sus tareas conforme a la ley vigente para no incurrir en responsabilidades administrativas. De este modo, el control interno empresarial, que debería ajustarse a las necesidades de cada organización, pretende otorgar una visión fiable de la misma y proporcionar múltiple información que sirva para la posterior toma de decisiones.

Desde un punto de vista legal, son varias las normas que justifican en alguno de sus artículos la existencia de este poder. Así, de la legislación española se desprende que el objeto de las medidas de vigilancia y control es preservar el interés mercantil del empresario así como el derecho de propiedad salvaguardado por el art. 33 CE. Todo ello, en relacionado con el derecho a la libertad de empresa que garantiza la Constitución (art. 38 CE) y reforzándose a través del deber del empleado de “cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas” (art. 5.c ET).¹⁰

Además, el Estatuto de los Trabajadores justifica y reafirma claramente la existencia del poder de control empresarial en el tercer punto de su artículo 20 al manifestar 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”. Cabe destacar que este artículo no especifica nada sobre la posible naturaleza elevadamente tecnológica de las referidas medidas de vigilancia y control con lo que ello supone. Asimismo, tampoco concreta los límites que debería guardar el

¹⁰ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Poder de Control Empresarial...* Ob. cit., pp. 45 y ss.

empresario en su adopción para respetar la debida consideración a la dignidad humana del trabajador.

A este problema de concreción se suma la tendencia a la no aceptación por parte de los trabajadores del poder de control. Mientras que el poder de dirección es, en mayor o menor medida, aceptado por los trabajadores como parte normal de la relación laboral, el poder de control debe lidiar con mayores trabas psicológicas. Esta situación se intensifica con cierto tipo de controles tales como registros personales y/o de taquillas, cámaras de videovigilancia, etc. Esto se debe a que el poder de dirección se ejerce en las empresas de forma habitual y visible, sin embargo, el poder de control puede incluir, además de mecanismos habituales y abiertamente visibles, como por ejemplo métodos de control de fichado, medidas de carácter excepcional que se basan en el factor sorpresa. Esto conlleva que en las empresas llegue a relacionarse el desempeño del poder de control con la existencia, por parte de la dirección, de una cierta desconfianza hacia los trabajadores.¹¹

En definitiva, cómo quiera la empresa vigilar a sus trabajadores, es algo que, por lo general, decide el empleador valorando lo que estime más oportuno: mayor o menor efectividad de ciertos mecanismos de control, coste económico de los mismos, coste psicológico que puede suponer para la plantilla, etc. En el siguiente apartado veremos cuáles son los métodos más utilizados por las empresas para ejercer este control y haremos hincapié en el papel de las nuevas tecnologías en este ámbito.

3.2. Qué controla la empresa, cómo lo hace y dónde

La introducción de nuevas tecnologías en la relación de trabajo conlleva nuevas formas de ejercer el poder de control empresarial. De este modo, este poder se intensifica debido a las nuevas posibilidades de vigilancia surgidas a raíz de los cambios técnicos. Es decir, si los medios técnicos aumentan el poder del empresario también lo hace, tanto sobre la prestación laboral como sobre el propio trabajador, como veremos más adelante.¹²

Estos nuevos medios tecnológicos, aplicados al control empresarial, pueden utilizarse como medios de vigilancia de la ejecución normal y adecuada de la

¹¹ DIAZ RODRIGUEZ, JM., *Detectives y Vigilantes Privados en el Ámbito...* Ob. cit., pp. 60 y ss.

¹² RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Poder de Control Empresarial...* Ob. cit., pp. 5 y ss.

prestación de trabajo pero también como medios de prueba de los incumplimientos de los trabajadores. De hecho, muchos de los instrumentos tecnológicos que encontramos en los lugares de trabajo pueden ser al mismo tiempo medio de trabajo y medio de control. De este modo, el control queda incorporado a la herramienta de trabajo y como consecuencia obtenemos un trabajador, como refiere la autora RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “transparente”, es decir, estrechamente vigilado¹³. La aparición de las nuevas tecnologías en el control empresarial hace que pasemos del clásico control periférico, discontinuo y parcial que ofrece la supervisión humana al control centralizado y objetivo que puede realizar un ordenador. Consecuentemente, existe el peligro de que estos avances den lugar a mecanismos de control realmente invasivos, mediante los cuales es posible para la empresa obtener información que excede de la mera comprobación del cumplimiento de las obligaciones laborales y de la ejecución de la prestación del trabajo, alcanzando así circunstancias que deberían encontrarse al margen del poder de dirección.¹⁴

Esta práctica de aplicar la informática a la gestión de los trabajadores, que ya se conoce como “*management information system*” o “*scientific management*”¹⁵, puede conllevar un peligro para la libertad, la dignidad y la intimidad de los asalariados y, en última instancia, para su salud física y mental debido a la supervisión constante a la que son sometidos. Por ello, y teniendo en cuenta la libertad que otorga el art 20.3 del ET al empleador para adoptar “las medidas que estime más oportunas para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales”, hay que tener presente que la utilización de estos medios puede conllevar un riesgo grave para determinados derechos fundamentales de la persona. Con todo y en contraposición a lo anterior, no debemos olvidar que la vigilancia de la prestación laboral también puede suponer para el trabajador, en muchos casos, una ventaja a favor de su propia seguridad y salud. Un buen ejemplo es el contemplado en el artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales¹⁶. En él se recoge el derecho del trabajador a una protección eficaz en materia de seguridad y salud y el correlativo deber del empresario de garantizar la protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales. De esta forma, el empresario debe vigilar y controlar la relación de trabajo con el fin de evitar los

¹³ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Poder de Control Empresarial...* Ob. cit., p. 31.

¹⁴ *Ídem*, pp. 32 y ss.

¹⁵ *Ídem*, p. 149.

¹⁶ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995)

riesgos y los daños que pueden derivarse de los mismos, en beneficio de la seguridad y salud de los empleados.

A continuación, enumeraremos las prácticas más habituales utilizadas por las empresas para ejercer el poder de vigilancia y control sobre sus trabajadores, que posteriormente analizaremos individualmente y en profundidad. Pero antes, debemos distinguir entre dos cuestiones distintas, y es que, el empresario, dentro del ámbito laboral, tiene la capacidad y el poder para controlar, por un lado, el uso realizado por parte de sus empleados de las herramientas de trabajo y, por otro, el poder de controlar a la propia persona del trabajador. Por ello, analizaremos por un lado los medios de control de los trabajadores y por otro los medios mediante los cuales se controlan las herramientas de trabajo. Igualmente, distinguiremos entre el control dentro del centro de trabajo y el que se produce fuera del entorno laboral.

a) Dentro de la empresa

La vigilancia y el control de la prestación laboral en el centro de trabajo es un clásico desde que comienzan las relaciones laborales modernas con la primera revolución industrial. Cabe señalar que el artículo 1.5 del ET define el centro de trabajo como “la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral.” En este ámbito son comunes, como ya hemos referido, tanto el control a la persona del trabajador como el control sobre las herramientas de trabajo utilizadas por estos.

La vigilancia sobre la persona del trabajador puede materializarse, por una parte, en controles rutinarios de trabajo tales como el fichado a la entrada y la salida del centro laboral, el control de las horas de trabajo, la productividad, etc; y por otra parte en registros, bien sobre la persona del trabajador o bien sobre sus efectos personales o lugares destinados a almacenarlos, como pueden ser, por ejemplo, las taquillas.

Además, dentro de este campo del control a las personas trabajadoras encontramos la videovigilancia. La colocación por parte de la organización empresarial de cámaras en el lugar de trabajo suele responder a la necesidad del empresario de asegurar el normal desarrollo de la actividad productiva. Igualmente, mediante esta videovigilancia se puede comprobar la actitud o comportamiento del trabajador, así como su nivel de desempeño o productividad.

Pasamos ahora a hablar sobre las distintas herramientas de trabajo que suelen ser objeto de vigilancia y control por parte del empresario. En este apartado, encontramos fundamentalmente y como no podía ser de otra manera, los dispositivos electrónicos. En la actualidad, los móviles o teléfonos de empresa y sobre todo los ordenadores, son los instrumentos de trabajo más controlados por parte del empresario. Dentro de este campo, las empresas tienden a vigilar más específicamente la navegación por internet, los correos electrónicos o la mensajería instantánea y las llamadas telefónicas.

b) Fuera del entorno laboral

En ocasiones, el ejercicio del poder del control se extiende más allá de los límites de centro de trabajo. Esta práctica es menos frecuente que el control dentro del lugar donde se desarrolla la prestación laboral y suele atender a ciertas sospechas o indicios de fraude, por parte del trabajador, que pueda tener el empresario.¹⁷

Este tipo de vigilancia da lugar, por ejemplo, en empleados cuyo trabajo habitual lleve implícito realizar desplazamientos continuos, en empleados que se encuentren en misión fuera del lugar de trabajo o en trabajadores que se encuentren en situación de suspensión de su contrato laboral y que, en consecuencia, no realicen sus funciones ni acudan al centro de trabajo. Pero sobre todo, en quienes trabajan de forma efectiva pero realizan, fuera del entorno laboral, acciones que pueden resultar perjudiciales para la empresa.

La vigilancia y el control fuera del entorno laboral puede realizarse principalmente de dos formas, mediante la localización vía GPS de los vehículos que utilizan los trabajadores cuando se encuentran, como hemos señalado en el párrafo anterior, en misión o realizando una ruta laboral, o bien mediante la contratación de detectives, más común en los casos de suspensiones fraudulentas del contrato que generan una prestación monetaria.¹⁸

¹⁷ DIAZ RODRIGUEZ, JM., *Detectives y Vigilantes Privados en el Ámbito...* Ob. cit., pp. 58 y ss.

¹⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Poder de Control Empresarial...* Ob. cit., pp. 104 y ss.

Como vemos, también existe fuera del centro de trabajo esta doble vigilancia, por un lado sobre las herramientas de trabajo, como puede ser un vehículo, y por otro lado sobre la figura del trabajador, como puede ser mediante un tercero que lo investigue.

En el próximo apartado estudiaremos de forma específica estos diferentes instrumentos de control empresarial, trataremos algunos casos y ejemplos y analizaremos la forma en que la ley recoge y regula la utilización de cada uno de estos sistemas de vigilancia.

IV. MÉTODOS DE CONTROL EMPRESARIAL

4.1. Controles rutinarios de trabajo

Desde que nació el trabajo por cuenta ajena tal y como lo entendemos en la actualidad, tenemos interiorizada la idea de que dentro de las empresas debe llevarse un control rutinario de las prestaciones laborales. Las leyes laborales siempre han impedido lo que propiciaban las leyes civiles (que el empresario imponga su voluntad) pero a la vez, han aceptado la férrea subordinación laboral.¹⁹ Sin ello, sería imposible realizar tareas tan básicas para el empleador como, por ejemplo, determinar las horas de trabajo que realiza un empleado y con ello retribuirle en función de dichas horas. Por esta razón, en este apartado analizaremos cómo trata el legislador las siguientes formas de vigilancia y control empresarial: registro de la jornada laboral (fichado o control de presencia), registros sobre el trabajador y sobre sus efectos personales y taquillas.

a) Registro de la jornada laboral

Todos conocemos el método de control basado en el registro de las horas que ha dedicado el trabajador a desempeñar sus funciones. Tradicionalmente, este registro se llevaba a cabo mediante tarjetas de fichaje. Cada trabajador fichaba al comenzar y al finalizar su jornada laboral y de esta forma la dirección empresarial podía llevar un registro sobre las horas efectivamente trabajadas por cada empleado. Hoy en día, las organizaciones han modernizado estos medios incorporando los avances proporcionados por las nuevas tecnologías. Son muchas las que han cambiado el ya

¹⁹ Pensamiento que destaca el autor DE LA ROSA, A. en su libro: *La Construcción Jurídica del Contrato de Trabajo*, Comares, Granada, 2011.

anticuado sistema de fichaje mediante tarjeta por otros más modernos y fiables que utilizan la huella dactilar del trabajador, el fichaje vía teléfono móvil o incluso la lectura digital del iris de cada empleado. Pero, ¿hasta qué punto puede el empleador llevar un registro de la jornada de trabajo de sus empleados?

Aunque pueda parecer contradictorio en un primer momento, la tendencia actual es que sean los sindicatos quienes presionen al empresario para que este tenga un mayor control de las horas efectivamente trabajadas. Esto se debe a la sospecha de los mismos de que en ocasiones las jornadas laborales se extienden más allá de lo acordado sin ser esas horas “extra” reconocidas en el cómputo total de horas trabajadas.²⁰

En abril de 2017 el Tribunal Supremo (TS) se pronunció sobre este tema estableciendo que las empresas no están obligadas a llevar un registro de la jornada diaria de la plantilla con el fin de comprobar el cumplimiento de la jornada laboral y de los horarios pactados.²¹ Según la sala cuarta del TS, las empresas sólo están obligadas a llevar un registro de horas extras realizadas por sus empleados, de acuerdo a la interpretación del artículo 35.5 del ET que refiere: “a efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día”.

En contraposición a lo establecido por el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional se posiciona a favor del registro de las horas de trabajo tal y como demandan los sindicatos. A su juicio, la interpretación de los artículos 34 y 35 del Estatuto de los Trabajadores implica “dejar en manos” del empresario el que haya o no control sobre la jornada ordinaria de trabajo. Por ello, esta instancia judicial ha decidido trasladar el problema al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) preguntando si las normas españolas contravienen el derecho europeo, con lo que ahora corresponde a este órgano aclarar la cuestión.²² Hasta que el TJUE se pronuncie, es completamente lícito, tal y

²⁰ *La Audiencia Nacional a favor del registro de las horas de trabajo* en NUEVATRIBUNA.ES. <https://www.nuevatribuna.es/articulo/economia/audiencia-nacional-favor-registro-horas-trabajo/20180129163442147895.html> (17 de mayo de 2018)

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 23 de marzo de 2017 (Recurso número 81/2016)

²² *La Audiencia Nacional pregunta al TUE si el registro de la jornada diaria incumpliría las normas europeas* en IBERLEY, PORTAL DE INFORMACIÓN JURÍDICA. <https://www.iberley.es/noticias/audiencia-nacional-pregunta-tue-registro-jornada-diaria-incumpliria-normas-europeas-28590> (17 de mayo de 2018).

como viene ocurriendo, que el empresario lleve un registro de la jornada de sus trabajadores, sin ser esto obligatorio.

b) Registros sobre el trabajador y sobre sus efectos personales y taquillas

Para explicar el sistema de registros sobre las personas y sus enseres por orden del empresario, debemos apoyarnos en el artículo 18 del Estatuto de los trabajadores:

“Artículo 18. Inviolabilidad de la persona del trabajador.

Solo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible.”

Como vemos, el legislador permite el registro a los trabajadores por parte de la empresa sólo cuando sea necesario para la protección del patrimonio empresarial y siempre que se realice de forma que se garantice la dignidad e intimidad de aquellos. Estos registros serán lícitos siempre que se cumplan tres requisitos: que sea la medida idónea para conseguir el objetivo perseguido, que no pueda llevarse a cabo, según el objetivo, una medida menos lesiva y, por último, que la medida sea proporcional al objetivo que se pretende conseguir. Esto proviene del principio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En cuanto al procedimiento del registro, este debe realizarse en horario de trabajo y en presencia del trabajador afectado.²³ Además, deberá estar presente un representante legal de los trabajadores o, si no fuera posible por estar este ausente, otro trabajador de la empresa, siempre que existiera esa posibilidad (art. 18 ET). De esta forma, se asegura la imparcialidad y la objetividad del registro al haber una tercera persona presente. Aunque, si no es posible, puede hacerse el registro sin nadie más que el trabajador.

²³ Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de septiembre de 2007 (Recurso número 966/2006)

Cabe señalar que, según señaló en el año 1997 el Tribunal Superior de Justicia de Madrid²⁴, no es necesario, para proceder a un registro, que existan indicios o sospechas de que el trabajador haya atentado contra el patrimonio empresarial. Además, la ley sugiere que los registros podrán llevarse a cabo de forma periódica, rutinaria y aleatoriamente cuando las circunstancias así lo exijan. Sin embargo, los tribunales tienden a aceptar o rechazar las pruebas según se haya operado o no conforme a las 3 exigencias del principio de proporcionalidad.

En todo caso, la vulneración del derecho a la dignidad del trabajador, así como el incumplimiento del procedimiento y requisitos exigidos por el artículo 18 del ET traerá como consecuencia la declaración de nulidad de las actuaciones de la empresa, y en su caso, la indemnización pertinente²⁵, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas²⁶ en las que pudiera incidirse.

4.2. Videovigilancia

Este medio de vigilancia es uno de los más utilizados por las empresas ya que constituye una prueba irrefutable en caso de ser admitida por vía judicial, sobre todo en casos de responsabilidad disciplinaria.

De forma tradicional, la doctrina jurisprudencial analizaba la videovigilancia en los centros de trabajo desde la perspectiva de la intimidad. Esta establecía que era posible la vigilancia a los trabajadores por medio de cámaras siempre y cuando se exceptuara la vigilancia de espacios dedicados a finalidades de orden personal — como vestuarios, lavabos, etc — y siempre que se cumpliera el criterio de proporcionalidad.²⁷

Posteriormente, en el año 2013, una sentencia del Tribunal Supremo²⁸ introduce la valoración del derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE) en el análisis de la validez

²⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 2 de abril de 1998 (Recurso número 5878/1997)

²⁵ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Poder de Control Empresarial...* Ob. cit., pp. 40 y ss.

²⁶ Artículos 7.10 y 8.11 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE núm. 189, de 8 de agosto de 2000)

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, de 11 de febrero de 2013 (Recurso de amparo número 10522/2009)

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 13 de mayo de 2014 (Recurso número 1685/2013)

de este tipo de control empresarial. De este modo, la captación de la imagen del trabajador a través de las cámaras de seguridad, considerada esta imagen como un dato personal, y su posterior utilización para controlar el trabajo -mediante el tratamiento de datos- está protegida por el artículo 18.4 de la Constitución. Además, para que las imágenes recogidas por las cámaras puedan ser legalmente utilizadas para controlar el cumplimiento de la prestación laboral, debe haberse informado anteriormente al trabajador de dicha finalidad ya que existe un deber de información, núcleo del derecho a la protección de datos personales.²⁹ Es más, de acuerdo con esta sentencia, la información comunicada al trabajador debía incluir: “las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse, en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósito, explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo.”

En el año 2016, la STC 39/2016 de 3 de marzo³⁰ pretende esclarecer el alcance de la información que se debe proporcionar a los trabajadores sobre la finalidad del uso del control empresarial por medio de cámaras: ¿basta con proporcionar la información general o, por el contrario, debe existir una información específica, tal como se había pronunciado la STC 29/2013, de 11 de febrero³¹?

La Ley de Protección de Datos dice que, aunque el consentimiento del afectado es el “elemento definidor”, salvo que la ley disponga otra cosa (art. 6.1 LOPD), no se precisa el consentimiento en el contrato de trabajo si el dato es necesario para su mantenimiento o cumplimiento (art. 6.2 LOPD). Por lo tanto y basándose en lo anterior, el Tribunal Constitucional entiende que el consentimiento del trabajador se entiende “implícito en la relación negocial”, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes.

Así, se entiende que el procesamiento de datos personales dirigido al control de la prestación laboral debe entenderse amparado por la ley ya que está dirigido al

²⁹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Poder de Control Empresarial...* Ob. cit., pp. 49 y ss.

³⁰ Recurso de amparo número 7222/2013

³¹ Recurso de amparo número 10522/2009, comentada en el libro de GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Tirant Lo Blanch - Manuales de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (2016), p. 154.

“mantenimiento y cumplimiento” de la relación laboral. Por el contrario, en caso de que el tratamiento de datos se utilizase con una finalidad distinta al cumplimiento del contrato de trabajo, sí que sería necesario el consentimiento de los trabajadores afectados.³² Ahora bien, no debemos pasar por alto que, aunque no sea obligatorio el consentimiento por parte del trabajador en los casos señalados, el deber de información previa al que se refiere el artículo 5 de la LOPD sigue existiendo.

De este modo, de la interpretación de la legislación y la jurisprudencia, concluimos que, actualmente, el empresario no necesita el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes obtenidas a través de las cámaras instaladas en la empresa siempre que sea con la finalidad de seguridad o control laboral, ya que se trata de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral y es conforme con el art. 20.3 ET³³. Sin embargo, aunque no se requiere el consentimiento expreso por parte de los trabajadores para adoptar esta medida de vigilancia y control, persiste el deber de información a los mismos, tanto de la instalación de las cámaras como del objetivo de las mismas e indicando, por ejemplo, que las imágenes captadas podrían ser utilizadas para fines disciplinarios.³⁴

4.3. Dispositivos electrónicos

Para conocer la importancia y el alcance que tiene a día de hoy la vigilancia y el control empresarial de los dispositivos o herramientas electrónicas utilizadas por los trabajadores, vamos a analizar la sentencia dictada por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en septiembre del pasado año 2017 en el asunto *Barbulescu vs Rumania*³⁵. Mediante esta sentencia, que tuvo un gran alcance mediático a nivel mundial, el Tribunal de Estrasburgo puso límites a la vigilancia de los correos electrónicos por parte de las empresas.

Como antecedente al caso encontramos que el señor Barbulescu trabajaba en una empresa como ingeniero encargado de compras. A petición de sus jefes se creó una

³² Ídem pp. 154 y ss.

³³ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Ob. cit., p. 156.

³⁴ Sentencia dictada por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 9 de enero de 2018. Caso sobre López Ribalda y otros.

³⁵ Sentencia dictada por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 5 de septiembre de 2017, sobre el control por el empresario del uso del correo electrónico. Caso Barbulescu contra Rumania.

cuenta de correo electrónico para responder las dudas de sus clientes. Después de tres años, se informó al señor Barbulescu de que su cuenta había sido monitorizada y que, a raíz de ello, se habían obtenido evidencias de que estaba utilizando dicha cuenta de correo electrónico para uso privado, además de laboral. En consecuencia le comunicaron su despido.

El señor Barbulescu impugnó el despido ante los tribunales rumanos, alegando que este era nulo por haberse violado su derecho a la privacidad, quienes desestimaron su petición basándose en la Directiva de la UE 95/46/CE³⁶ según la cual los recursos de la empresa no deben ser utilizados para fines personales y alegando que la monitorización de las comunicaciones del trabajador era la única forma para demostrar que se había producido un incumplimiento disciplinario.

Agotando las vías judiciales previas, el señor Barbulescu, basando su recurso en el octavo artículo del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH)³⁷, acudió ante el TEDH, alegando que la decisión de la empresa de rescindir su contrato tras haber monitorizado sus comunicaciones y haber accedido a su contenido constituía una violación de su intimidad y del secreto de correspondencia.

El TEDH consideró entonces que la empresa había vulnerado el derecho del señor Barbulescu al secreto de correspondencia al haber monitorizado y registrado su correo electrónico. Indica este Tribunal, que los órganos jurisdiccionales nacionales no habían tenido en consideración el hecho de que no se le había informado al trabajador de la naturaleza o el alcance de la vigilancia ni del grado de intrusión en su vida privada y en su correspondencia. Tampoco habían determinado si el demandante había recibido una notificación previa de la empresa sobre la posibilidad de que se supervisaran sus comunicaciones. Además, no habían señalado los tribunales rumanos las razones específicas que justificaban la introducción de la medida de control en cuestión, ni tampoco si el empleador podía haber utilizado una medida menos intrusiva.

Por todo ello, el Tribunal Europeo falló a favor del señor Barbulescu determinando que el Estado rumano violó el artículo 8 del CEDH.

³⁶ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

³⁷ Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (BOE núm. 243 de 10 de Octubre de 1979)

De esta sentencia y del resto de la jurisprudencia que ya conocemos, se desprende la idea de que las empresas pueden vigilar las comunicaciones de sus empleados realizadas desde los dispositivos electrónicos facilitados por la empresa, siempre que estos sean conscientes, habiendo recibido comunicación previa, de que sus equipos pueden ser monitorizados y con qué finalidad. Igualmente, el control llevado a cabo por la empresa debe ser necesario, proporcional y lo menos invasivo posible de la intimidad del trabajador.

4.4 Geolocalización vía GPS

Al pensar en el control de la actividad laboral a distancia y fuera del lugar de trabajo lo primero que nos viene a la mente es la geolocalización. Debemos tener en cuenta que la aparición de este sistema es relativamente reciente y que, anteriormente, los empresarios solo podían vigilar la actividad diaria de sus vehículos mediante un tacógrafo.³⁸ La instalación de este dispositivo, que almacenaba información sobre las horas de arranque y parada, sobre la duración de los desplazamientos y sobre la velocidad a la que circulaba el vehículo, vino exigida legislativamente en el año 2007.³⁹

Este aparato carece de capacidad para mostrar la posición constante del vehículo o las rutas seguidas por quien lo conduce. Además, según la ley vigente⁴⁰, el empresario debe conservar las hojas de registro durante un año y facilitar copia a los trabajadores que lo soliciten. De este modo, no se considera que el uso del tacógrafo como método de control vulnere el derecho a la intimidad de los trabajadores.

Sin embargo, la tendencia actual para el control de los vehículos empresariales se ha decantado por la utilización de dispositivos GPS. El Global Positioning System o Sistema de Posicionamiento Global, comúnmente conocido como GPS, es un sistema que permite determinar la posición de un vehículo con una precisión de hasta centímetros.⁴¹

³⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Poder de Control Empresarial...* Ob. cit., p. 105.

³⁹ Real Decreto 640/2007, de 18 de mayo, por el que se establecen excepciones a la obligatoriedad de las normas sobre tiempos de conducción y descanso y el uso del tacógrafo en el transporte por carretera (BOE núm. 126, 26 de mayo de 2007).

⁴⁰ Ídem.

⁴¹ GARCÍA COCA, O., *Nuevas tecnologías y sistemas de control de acceso al centro de trabajo: confrontación con el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, Comunicación presentada al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona, 2014, p. 6.

A raíz de la aparición de este nuevo método de vigilancia y control, la Agencia de Protección de Datos estableció que los datos obtenidos a través del sistema de geolocalización, como pueden ser rutas seguidas, tiempos de parada, velocidad o consumo de combustible del vehículo, están asociados a información concerniente a una persona identificable, por lo que según la letra “c” del tercer artículo de la LOPD estos se consideran datos de carácter personal, mereciendo consecuentemente todo el sistema garantista previsto para los mismos en dicha Ley.⁴² Precisamente por tal motivo, la vigilancia empresarial mediante GPS cuando este se coloque “totalmente camuflado”, “con difícil acceso” y “sin advertencia a los trabajadores de su instalación” ha sido calificada como una infracción de la buena fe empresarial.⁴³

La doctrina considera, sin embargo, lícito el control de movimientos mediante GPS cuando no exista otro mecanismo eficaz para constatar el cumplimiento de la prestación laboral.⁴⁴ Por lo tanto, deberá quedar acreditada la existencia de una necesidad específica de la empresa para que sea legítimo el establecimiento de este tipo de sistemas y, además, se deberá informar a los trabajadores de los datos que se van a recoger mediante el GPS y los fines de esta acción.⁴⁵

4.5 Detectives

En estas últimas décadas, ha aumentado la contratación de detectives en el ámbito laboral y es cada vez más habitual que las empresas recurran a los servicios profesionales que estos ofrecen.⁴⁶

Como regla general, la facultad de control que atribuye el art. 20.3 ET al empresario se limita a verificar el cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones y

⁴² Informe jurídico 2008-0193 de la Agencia de Protección de Datos - Tratamiento de datos de GPS en vehículos.

⁴³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Madrid, de 13 octubre de 2009 (Tol 1766243).

⁴⁴ Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia: Madrid de 28 diciembre de 2004 (Tol 557850), La Rioja 26 de septiembre de 2006, Andalucía 20 de junio de 2007 (Tol 1261479), Castilla-La Mancha 28 de mayo de 2009 (Tol 1548593) y Cataluña 5 de marzo de 2012 (Tol 2531002). Para más información: PÉREZ DEL PRADO, D.: *¿Puede el empresario controlar a sus trabajadores mediante dispositivos GPS? Algunas notas sobre el cómo, el dónde y el por qué*, Información Laboral. Jurisprudencia, núm. 10, 2009, págs. 2 y ss.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, de Madrid de 21 de marzo de 2014 (Recurso número 1952-2013) y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, de Madrid de 29 de septiembre de 2014 (Recurso número 1993/2013)

⁴⁶ DIAZ RODRIGUEZ, JM., *Detectives y Vigilantes Privados en el Ámbito...* Ob. cit., p. 61.

deberes laborales, lo que excluye su vida privada. De hecho, estas facultades del empresario no justifican, lógicamente, una lesión del derecho a la intimidad del trabajador. Sin embargo, existen ocasiones en las que la vida privada del trabajador tiene trascendencia laboral, es decir, ocasiones en las que la conducta privada del empleado puede causar efectos negativos para la corporación, como por ejemplo la pérdida de prestigio. Si así fuera, podría estar justificada la intromisión empresarial ya que la conducta extralaboral podría repercutir en los beneficios de la organización.⁴⁷ En cualquier caso, jamás podrán ser objeto de control empresarial ni el estado civil del trabajador, ni la orientación o conducta sexual, ni los embarazos o abortos, ni las creencias o actuaciones políticas, religiosas o sindicales ya que esto supondría atentar, además de contra la intimidad del trabajador, contra el principio de no discriminación.

Por lo general, las empresas no contratan a detectives “de forma preventiva” para investigar la vida de los trabajadores en busca de acciones ilícitas cometidas al término de su jornada laboral. La práctica más habitual es que el empresario tenga una sospecha de que algún trabajador está actuando de forma ilegal contra la empresa o actuando de forma que suponga un incumplimiento grave de los deberes laborales y pretenda confirmar o desmentir esta suposición.⁴⁸ De este modo, la causa más frecuente para la contratación de detectives es la necesidad de comprobar si la situación de incapacidad temporal en la que se encuentran algunos trabajadores, el uso de permisos retribuidos o la utilización por los representantes de los trabajadores del crédito de horas laborales retribuidas, es lícito o, por el contrario, fraudulento y perjudicial para la empresa. En este trabajo nos centraremos en la incapacidad temporal fraudulenta como causa de contratación de detectives, por ser la más común.

La incapacidad temporal constituye causa de suspensión del contrato con derecho a reserva del puesto de trabajo (art. 45.1 c ET). Durante esta suspensión quedan interrumpidas las obligaciones recíprocas de prestar servicios y de remuneración, salvo mejoras que puedan establecerse por convenio colectivo y sin perjuicio del abono por parte de la empresa del porcentaje de la base reguladora que corresponda por incapacidad temporal entre el cuarto y el decimosexto día de baja médica (LGSS cap.

⁴⁷ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Poder de Control Empresarial...* Ob. cit., p. 107.

⁴⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Poder de Control Empresarial...* Ob. cit., pp. 29 y ss.

V)⁴⁹. Sin embargo, sí que se conserva el deber de la empresa de mantener de alta al trabajador en la Seguridad Social y de cotizar por él (art. 13.2 RD 2064/95)⁵⁰. Así, durante la situación de incapacidad temporal desaparece la rentabilidad que el empresario obtiene del trabajador además de alterarse el funcionamiento normal de la empresa e, igualmente, se incrementan los costes laborales siendo normalmente necesario suplir al trabajador ausente. Por ello, el empresario puede plantearse la necesidad de verificar si el estado de enfermedad o accidente del trabajador es realmente cierto, optando por contratar a un detective para que este constate la capacidad del trabajador para desarrollar la prestación laboral y confirmar que realmente se ha producido una pérdida de su aptitud para el trabajo.⁵¹ En todo caso, querrá el empresario combatir un fraude a la Seguridad Social del que él mismo es también víctima.

Hemos visto las razones que pueden llevar a un empresario a querer controlar y vigilar a los trabajadores fuera de la relación laboral pero, ¿hasta qué punto es lícita la contratación empresarial de detectives?

Partimos de que no existe una sola norma específica sobre la contratación de detectives por parte de empresas para controlar a sus trabajadores. Sin embargo, según la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada⁵² (LSP), existe para cualquier sujeto, incluyendo las empresas, la posibilidad de contratar los servicios de un detective. De este modo, estas pueden contratar detectives para investigar a sus trabajadores e, incluso, las vidas privadas de estos, siendo ello legal siempre que la labor de investigación se desarrolle respetando los requisitos exigidos por la LSP y las normas que la desarrollan y velando en todo momento por el respeto al derecho de intimidad de los trabajadores.

En cuanto a la pronunciación de los tribunales, estos no aprecian demasiados inconvenientes en aceptar las pruebas conseguidas por un detective que controle la actividad extralaboral de un trabajador siempre que exista por parte del empresario una sospecha fundada de que la conducta del trabajador atenta contra el interés empresarial,

⁴⁹ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 261, 31 de octubre de 2015)

⁵⁰ Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social (BOE núm. 22, 25 de enero de 1996).

⁵¹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Poder de Control Empresarial...* Ob. cit., p. 197.

⁵² BOE núm. 83, 5 de abril de 2014

que ello suponga un potencial riesgo para la empresa y que se respete el principio de proporcionalidad.⁵³ Si esto no fuera así, la actuación empresarial no será ilícita, pero las pruebas podrían no ser admitidas en juicio.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El empresario, en el ejercicio de su poder de control, tiene la facultad de vigilar y controlar el cumplimiento por parte de los trabajadores de sus obligaciones laborales, sin perjuicio del derecho que posee el trabajador a preservar sus derechos fundamentales.

SEGUNDA.- La aparición de las nuevas tecnologías en la relación laboral ha comportado el paso del control periférico, intermitente y parcial que presenta la supervisión humana, al control centralizado y objetivo que permite una máquina. Esto conlleva una intensificación del poder de vigilancia y control ejercido sobre el trabajador entrando, en ocasiones, en colisión con sus derechos fundamentales. 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.

TERCERA.- 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. Además, el control llevado a cabo por la empresa debe ser necesario, proporcional y lo menos invasivo posible para la intimidad del trabajador.

CUARTA.- Las empresas son libres de contratar detectives para investigar a sus trabajadores e, incluso, las vidas privadas de estos, siendo ello legal siempre que la labor de investigación se desarrolle respetando los requisitos exigidos por la LSP y las

⁵³ Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia: Cataluña 13 de octubre de 2008 (Tol 1435373) y Madrid 7 de noviembre de 2011 (Tol 2301599)

normas que la desarrollan y velando en todo momento por el respeto al derecho de intimidad de los trabajadores.

QUINTA.- 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. Esta renovación colmaría la laguna existente y unificaría doctrina estableciendo las condiciones que debe cumplir el empleador en el ejercicio del poder de control a través de medios técnicos. Además, esta reforma legislativa, debería ir acompañada de una política de aplicación coherente y una estrategia de ejecución proporcionada por parte de los empresarios que deberá afianzarse mediante la negociación colectiva. Es, por tanto, cada vez más necesaria una ley reguladora del control empresarial sobre los trabajadores y equipos de trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

CARCELÉN GARCÍA, J., *Faltas y sanciones: el expediente disciplinario en la empresa*, Fundación Confemetal (Madrid, 2001)

DE LA ROSA, A., *La Construcción Jurídica del Contrato de Trabajo*, Comares (Granada, 2011)

DIAZ RODRIGUEZ, JM., *Detectives y Vigilantes Privados en el Ámbito Laboral: Poder Empresarial y Prueba Judicial*, Tirant Lo Blanch - Laboral (Valencia, 2013)

GARCÍA COCA, O., *Nuevas tecnologías y sistemas de control de acceso al centro de trabajo: confrontación con el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, Comunicación presentada al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Pamplona, 2014)

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *La prueba en el proceso de trabajo*, Civitas (Madrid, 1994)

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del Trabajo*, Tirant Lo Blanch - Manuales de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (Valencia, 2016)

La Audiencia Nacional a favor del registro de las horas de trabajo en NUEVATRIBUNA.ES. <https://www.nuevatribuna.es/articulo/economia/audiencia-nacional-favor-registro-horas-trabajo/20180129163442147895.html> (17 de mayo de 2018)

La Audiencia Nacional pregunta al TUE si el registro de la jornada diaria incumpliría las normas europeas en IBERLEY, PORTAL DE INFORMACIÓN JURÍDICA. <https://www.iberley.es/noticias/audiencia-nacional-pregunta-tue-registro-jornada-diaria-incumpliria-normas-europeas-28590> (17 de mayo de 2018)

PÉREZ DEL PRADO, D.: *¿Puede el empresario controlar a sus trabajadores mediante dispositivos GPS? Algunas notas sobre el cómo, el dónde y el por qué*, Información Laboral (2009)

RASCÓN LÓPEZ, RODRIGO, *Reflexiones sobre los límites del poder de control empresarial ejercido sobre los trabajadores por medios tecnológicos* en FORO JURÍDICO IBEROAMERICANO, LA REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO

PRÁCTICO. <http://www.forjib.org/reflexiones-sobre-los-limites-del-poder-de-control-empresarial-ejercido-sobre-los-trabajadores-por-medios-tecnologicos/> (16 de mayo de 2018)

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Poder de Control Empresarial, Sistemas Tecnológicos y Derechos Fundamentales de los Trabajadores*, Tirant Lo Blanch (Valencia, 2015)