

El derecho a la intimidad del trabajador y el poder de control empresarial

Universidad de La Laguna. Facultad de Derecho – ICATF

Máster Universitario en Abogacía 2017/2019. Enero

Área de conocimiento: Derecho Laboral

Alumno: Rafael Alonso de León

Tutora: Gloria P. Rojas Rivero

VISTO BUENO DE LA TUTORA

- Firma de la tutora

A handwritten signature in blue ink, consisting of a stylized, cursive script that is difficult to decipher but appears to be a name.

- Propuesta de calificación numérica: 9

- Breve justificación de la calificación: El trabajo realizado por D. Rafael Alonso de León está bien escrito, es riguroso en el uso de las fuentes bibliográficas y jurisprudenciales, tiene orden sistemático coherente, y trata un tema de actualidad con aristas diversas que entroncan con derechos fundamentales del trabajador y que lo hacen, por tanto, de análisis complejo. El autor mostró desde el principio un interés especial por afrontar la cuestión y por tratar de descubrir cómo abordar la solución de los problemas que puede plantear el conflicto de los derechos del trabajador con el ejercicio de los poderes empresariales. El resultado ha quedado muy digno y el estudiante demuestra manejarse con soltura en la investigación de temas jurídicos.

Abstract*

La evolución de la sociedad ha traído consigo, como consecuencia inevitable, la evolución de las relaciones que se dan en el ámbito del trabajo entre empresarios y trabajadores. Partiendo de una situación de desequilibrio -todavía latente en la actualidad- en la que el empresario dominaba la relación laboral, progresivamente se ha ido dotando a los sujetos intervinientes en la misma de derechos y deberes que tienen como fin equilibrar la balanza. Este trabajo girará en torno a la dualidad de posiciones existente en la relación laboral y, en concreto, a la relación que existe entre el derecho fundamental a la intimidad del trabajador y el poder de control empresarial.

The evolution of society has brought with it, as an inevitable consequence, the evolution of labor relationship between employers and workers. Starting from a situation of imbalance –still latent nowadays- situation in which the employer dominated the labor relationship, progressively have been recognizing rights and duties in order to balance the balance. The present work will revolve around the duality of positions in the labor relationship and, in particular, the relationship between the worker’s fundamental right to privacy and the employers’ control power.

Índice

Introducción.....	6
1 – La relación laboral.....	8
1.1 – La relación laboral y el contrato de trabajo: elementos y características.....	8
1.2 – Las partes en la relación laboral: derechos y deberes.....	11
1.2.1 – El trabajador.....	11
A) Posición de crédito del trabajador: derechos fundamentales principales.....	12
a) El derecho a la dignidad.....	13
b) El derecho a la igualdad y a la no discriminación.....	14
c) El derecho a la intimidad.....	15
B) Posición de débito del trabajador: deberes principales.....	15
a) El deber de diligencia.....	16
b) El deber de buena fe.....	16
c) El deber de obediencia.....	18
1.2.2 – El empresario.....	19
A) Posición de crédito del empresario: derechos y poderes.....	20
a) El poder de dirección.....	20
b) El poder disciplinario.....	21
B) Posición de débito del empresario: deberes principales.....	22
a) La obligación retributiva.....	22
b) Otros deberes del empresario.....	23
2 – El poder de control empresarial.....	23
2.1 – Concepto y extensión.....	23
2.2 – Principios que rigen la adopción de medidas de control.....	27
2.3 – Límites al poder de control.....	28
3 – El derecho fundamental a la intimidad del trabajador.....	29
3.1 – Regulación y concepto.....	30
3.2 – La intimidad del trabajador en el ámbito laboral.....	32

4 – Colisión entre el poder de control empresarial y el derecho fundamental a la intimidad del trabajador.....	34
4.1 – Control empresarial de aspectos físicos y psicológicos del trabajador.....	34
4.1.1 – La apariencia externa del trabajador.....	34
4.1.2 – El control de la salud de los trabajadores.....	37
4.2 – Control empresarial de la persona del trabajador y de sus efectos y espacios reservados.....	40
4.2.1 – Concepto y tipos de registros.....	40
4.2.2 – Garantías en la realización de los registros.....	41
4.3 – Control empresarial a través de medios audiovisuales, electrónicos e informáticos.....	45
4.3.1 – Vigilancia a través de medios audiovisuales.....	45
4.3.2 – Vigilancia de los sistemas de comunicación en la empresa: ordenador y teléfono.....	51
4.3.3 – Vigilancia mediante sistemas análogos.....	54
Conclusiones.....	55
Bibliografía.....	58

Introducción

En el presente trabajo tomaremos como objeto de estudio la relación que existe entre el derecho fundamental a la intimidad del trabajador y el poder de control del empresario. Antes, es conveniente saber cómo han evolucionado en el tiempo las relaciones laborales, a grandes rasgos, para comprender así como han evolucionado las posiciones de quien trabaja y de quien recibe los frutos del trabajo.

Partiendo de la base de que desde que se regulan las relaciones de trabajo el poder del empresario no ha encontrado equilibrio con los derechos de los trabajadores, tal situación podría ser considerada una utopía. Respecto a este equilibrio, pueden destacarse dos ideas; que éste se manifiesta en la progresiva limitación del poder empresarial a consecuencia del reconocimiento de derechos para el trabajador, y que tal situación cercana al equilibrio es relativamente reciente, pues como veremos a continuación, a lo largo de la historia en la relación de prestación de trabajo sólo ha prevalecido una de las dos posiciones.

La prestación de trabajo, entendida esta como la realización de trabajo por cuenta ajena, podría encontrar su inicio en el régimen de esclavitud, apareciendo con posterioridad a formaciones primitivas como las sociedades nómadas, gentilicias o las comunidades agrarias.

Dejando a un lado aquellas formaciones primitivas, predominaban las sociedades esclavistas, como Grecia o Roma, las cuales fueron atenuándose progresivamente hasta llegar la Revolución Industrial. Esta revolución supuso un punto de inflexión para el ideal generalizado que consideraba el trabajo como una actividad soez y desprovista de nobleza y destinada a seres considerados inferiores, reconociendo además la dignidad del trabajador y favoreciendo la ampliación del trabajo voluntario.

Así, en estas sociedades esclavistas, aquellos que no tenían su ocupación en actividades “prestigiosas” como la milicia, el pensamiento, la religión o la política, o que ejercían actividades por cuenta propia como los artesanos, y por ende, trabajaban por cuenta ajena, en su mayoría eran esclavos o siervos. El trabajo en régimen de esclavitud o servidumbre era principalmente productivo, dirigido a prestar servicios u obtener

bienes, y por cuenta ajena, pues quien se beneficiaba y apropiaba de sus frutos era el amo o dueño. Se trataba de trabajos forzosos, siendo lo único que percibían los trabajadores como “contraprestación” lo necesario para seguir trabajando, es decir, protección y sostenimiento de sus amos o del señor feudal.

Otro gran hito respecto a la prestación laboral por cuenta ajena es el trabajo en los gremios de la sociedad medieval. Mientras el gremio era una especie de corporación que agrupaba a los artesanos que realizaban el mismo oficio dentro de una ciudad, la relación laboral que aparecía se forjaba entre los maestros, empresarios y titulares del taller perteneciente al gremio que constituían el eslabón más alto del régimen gremial, y los oficiales y aprendices, los cuales eran trabajadores por cuenta ajena, y por tanto, ajenos al control y dirección del taller.

Progresivamente el régimen de trabajo forzoso sufre un decrecimiento considerable durante la Edad Moderna. No obstante, tal decrecimiento no supuso la desaparición del trabajo forzoso ni las situaciones de libertad disminuida o esclavitud.

Tras producirse la decadencia del sistema gremial, aparece la antesala de la Revolución Industrial con el nacimiento de un nuevo modelo productivo, caracterizado por la fabricación a gran escala y la generalización del trabajo libre.

La aparición de este nuevo régimen económico-jurídico de producción y trabajo, denominado manufactura, produce a su vez el aumento de las fábricas (aparecidas en el siglo XVI), las cuales suponen una feroz competencia para el medio gremial. Este fenómeno tuvo lugar en dos momentos diferenciados; en primer lugar los comerciantes adquirían la producción elaborada por maestros empobrecidos y sus correspondientes oficiales y aprendices a través de encargos, y en segundo lugar, con la conversión de los comerciantes en empresarios, lo que tuvo como consecuencia que estos adquirieran el control del proceso productivo y que el trabajo se centralizase en las factorías.

Así pues, debido a ciertos acontecimientos como el aumento de la población, el crecimiento del ahorro, los avances tecnológicos y la aparición de nuevos ideales inscritos en la filosofía liberal, empirista y utilitarista de la época, a mediados del siglo XVIII tiene lugar la Revolución Industrial, que supuso el tránsito del Antiguo Régimen

a la sociedad contemporánea, caracterizada por la generalización del trabajo voluntario, dependiente y por cuenta ajena, y que desplazó las relaciones laborales forzosas que sirvieron de base a la economía antigua.

Asentándonos en el origen de la generalización del trabajo voluntario, dependiente y por cuenta ajena, hallaríamos aquí las características básicas que definen la relación laboral en la actualidad, pese a las grandes diferencias que podríamos encontrar entre ambos tiempos.

Aunque con anterioridad a este momento el control empresarial sobre el trabajador podía considerarse absoluto, la aparición del trabajo voluntario supuso un cambio en las relaciones laborales, pues se abrió la puerta al reconocimiento de derechos para los trabajadores debido a la fuerza, cada vez mayor, que representaban. Así es que, desde entonces, el otorgamiento de mejoras y derechos al trabajador ha ido equilibrando la balanza respecto al poder de control originario del empresario.

Así pues, como se adelantó en el primer párrafo, y con base en estos antecedentes cronológicos que nos ayudan a comprender, someramente, el origen y evolución de la relación laboral, entraremos de lleno en el objeto de estudio del presente trabajo: cómo se presentan las posiciones contrapuestas de la relación laboral en la actualidad, y más concretamente, fruto de esta dualidad, cómo funciona el poder de control empresarial y qué papel juega el derecho fundamental a la intimidad de los trabajadores respecto a su limitación.

1. La relación laboral

1.1. La relación laboral y el contrato de trabajo: elementos y características

La relación laboral podría definirse, a grandes rasgos, y de forma simple, como aquella relación jurídica en la que dos personas, trabajador y empresario, intercambian trabajo por salario.

En principio, el nacimiento de la relación laboral tiene lugar con el contrato de trabajo,

el cual podría definirse, en una primera aproximación, como una estructura jurídica que se encarga de dar nacimiento y forma a esta relación de intercambio de trabajo por salario, siendo además del origen, el permanente fundamento de las obligaciones recíprocas entre trabajador y empresario.¹ De otra manera, puede conceptuarse como un negocio jurídico bilateral que tiene como finalidad la creación de una relación jurídico-laboral, por la que una persona (trabajador) presta voluntariamente sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica (empresario).

En cuanto a los principales caracteres de la relación laboral, de la definición de contrato de trabajo resulta fácil desprender los cuatro rasgos que resultan más importantes: el carácter personal y voluntario del trabajo prestado, la dependencia, la ajenidad y la remuneración.

En cuanto al carácter personal y voluntario del trabajo prestado, el primero hace referencia al hecho de que el trabajador se obliga personalmente a la realización del trabajo, siendo imposible que este pueda ser sustituido por otra persona en su realización. Respecto al carácter voluntario del trabajo, el trabajador lo hace porque quiere, por lo tanto, esta voluntariedad obedece a que la decisión de trabajar debe ser adoptada por el trabajador de forma libre.

La dependencia supone que el trabajador deberá realizar su trabajo dentro del ámbito de dirección y organización del empresario. Así pues, quien trabaja en dependencia no organiza su trabajo, sino que trabaja bajo las órdenes de otro, el empresario. Realmente el trabajador se encuentra en una posición de subordinación, ya que es el empresario quien tiene el poder de especificar el contenido y las cualidades del trabajo, así como de orientar hacia un resultado la actividad.

Partiendo de la base de que el trabajador presta sus servicios para otro (el empresario), a quien pertenecen los frutos del trabajo, la ajenidad puede traducirse como la transmisión a un tercero de los frutos o del resultado del trabajo. Por lo tanto, si el empresario es el titular de los frutos del trabajo, es evidente que será quien corra con los riesgos del

¹ Palomeque López, M.C. y Álvarez de la Rosa, M. (2017). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Aceres, págs. 525-526.

resultado de ponerlos en el mercado, siendo el trabajador ajeno al resultado de la explotación del negocio.

Respecto a la nota de remuneración, esto supone que el empresario ostenta la obligación o el deber de retribuir el trabajo realizado por el trabajador mediante el salario.

Otro análisis del contrato de trabajo nos llevaría a resaltar las siguientes puntualizaciones: se trata de un contrato típico y nominado, y regido por el principio de reciprocidad, de tal manera que las posiciones jurídicas de las partes se corresponden de forma sinalagmática, existiendo equivalencia entre las prestaciones de ambas partes. Es un contrato oneroso, en cuanto que genera obligaciones de contenido patrimonial y además consensual, pues se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, según la regla normal en la formación de los contratos.²

Para que un contrato de trabajo sea válido es necesaria la concurrencia de tres requisitos esenciales: el consentimiento de los contratantes, que el objeto sea cierto, y que haya una causa.

El consentimiento es el acuerdo entre las partes, las declaraciones de voluntad de los dos sujetos (trabajador y empresario) deben coincidir en celebrar contrato de trabajo. Es inequívoco el carácter consensual del contrato de trabajo, el cual se perfecciona por el mero consentimiento. El acuerdo de voluntades es insustituible, porque es lo único que crea el vínculo obligacional bilateral entre empresario y trabajador. Este acuerdo entre las partes sólo es posible si, inicialmente, ambos cuentan con capacidad para contratar.

En principio, el trabajador podrá contratar cuando tenga plena capacidad de obrar, es decir, cuando alcance los dieciocho años. También los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo, y si se trata de una persona con capacidad limitada, se requerirá la autorización expresa o tácita de su representante legal.³

² Montoya Melgar, A. (2017). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Tecnos, pág. 268.

³ Palomeque López, M.C. y Álvarez de la Rosa, M. (2017). *Derecho del Trabajo...op.cit.*, págs. 531-533.

En cuanto al empresario, cuando sea persona natural, estará sometida a las reglas generales de la capacidad jurídica y capacidad de obrar, adquirida con la mayoría de edad o con la emancipación. Cuando el empresario sea persona jurídica, vendrá sometido a las normas generales sobre adquisición de personalidad. La manifestación del consentimiento puede ser expresa, cuando se declare la voluntad de contratar, o tácita, mediante actos concluyentes e inequívocos.

El objeto del contrato es la prestación que una parte se obliga a ejecutar en favor de la otra (el trabajador, su trabajo; el empresario, el pago del salario), lo que interesa a cada uno de los sujetos del contrato. Es decir, la relación de intercambio de trabajo por salario es el objeto que han convenido las partes, lo cual es el fundamento material del contrato. Este objeto ha de ser posible, lícito y determinado.

La causa del contrato será, para el trabajador, obtener un salario, y para el empresario, obtener los correspondientes servicios. La causa es, de este modo, la razón. Explica este requisito esencial la función económico-social del contrato de trabajo, por lo que si no hay esta función económico-social querida por las partes, el contrato será nulo por no tener causa. Esta causa ha de existir, ser lícita y verdadera.⁴

1.2. Las partes en la relación laboral: derechos y deberes

Siendo el contrato de trabajo fuente de una relación jurídica sinalagmática y onerosa, las posiciones de crédito y débito de las partes se corresponden bilateralmente: el crédito del trabajador coincide con el débito del empresario y viceversa.

1.2.1. El trabajador

“El trabajador es, sin duda, la figura central del Derecho del Trabajo; su básico destinatario, en cuanto que el ordenamiento laboral surgió, precisamente, con el fin de mejorar las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores dependientes o <<asalariados>>”⁵.

⁴ Palomeque López, M.C. y Álvarez de la Rosa, M. (2017). *Derecho del Trabajo...op.cit.*, págs. 535-536.

⁵ Montoya Melgar, A. (2017). *Derecho del Trabajo...op.cit.*, pág. 279.

Un concepto legal de trabajador es el que ofrece el artículo 1.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET)⁶, que configura al trabajador como sujeto del contrato de trabajo, y establece que lo será quien “voluntariamente preste sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”.

Conviene puntualizar que “trabajador, sólo podrá serlo la persona física, a diferencia de lo que ocurre con el empresario, pues una persona jurídica carece de la corporeidad física necesaria para realizar una prestación y para ostentar los derechos y deberes atribuidos al trabajador”⁷.

Aquí podemos traer a colación las características principales de la relación laboral antes señaladas, ya que es el trabajador quien debe realizar una prestación de forma personal y libre, por cuenta ajena, dependiente y de manera remunerada. Como ya habíamos adelantado, es el trabajador quien debe prestar su trabajo con sometimiento real y expreso al empresario, el cual indica la conducta laboral a desplegar, y de forma libre, ya que firma libremente el contrato de trabajo, sometiéndose a las órdenes del empresario. El trabajador debe estar perfectamente identificado, siendo la vinculación personal del trabajador directa consecuencia de la dependencia. Debe prestar su trabajo por cuenta ajena, es decir sin titularidad sobre los medios de producción, y por último, recibir la correspondiente remuneración a modo de contraprestación.

El trabajador, como parte de la relación laboral, al igual que es titular de derechos, también lo es de deberes. A continuación trataremos los principales.

A. Posición de crédito del trabajador: derechos fundamentales principales

El trabajador, como persona, es titular de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en instrumentos supranacionales como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, basados en el valor de la dignidad de la persona, el derecho a la igualdad y a la no discriminación, el derecho a la vida

⁶ 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.

⁷ Montoya Melgar, A. (2017). *Derecho del Trabajo...op.cit.*, pág. 280.

y a la integridad física, el derecho a la libertad ideológica y religiosa, el derecho al honor y la intimidad y el derecho a la libertad de expresión e información, entre otros.⁸

Tales derechos se mantienen en el ámbito de la relación laboral, sin perjuicio de determinadas adaptaciones que tratan de equilibrar los intereses del trabajador con los del empresario, pues como confirma reiterada jurisprudencia⁹, la existencia de una relación laboral condiciona el ejercicio de los derechos fundamentales.

Junto a estos derechos fundamentales generales aplicables al ámbito laboral, existen dos derechos fundamentales específicamente laborales, el derecho a la libertad sindical y el derecho de huelga, los cuales pasaremos por alto, pues a pesar de tener especial importancia, únicamente atenderemos a aquellos que interesan al objeto de este trabajo.

a. El derecho a la dignidad

En la relación laboral, el trabajador tiene reconocido –frente a la otra parte del contrato, el empresario – el derecho a la debida consideración de su dignidad, la cual comprende “la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo”¹⁰.

Cuando el empresario no respete tal dignidad, y su conducta suponga una actitud vejatoria o denigrante para el trabajador, este tendrá derecho a optar entre solicitar la extinción del contrato de trabajo, percibiendo una indemnización igual a la que correspondería en caso de despido improcedente, o solicitar del Juzgado de lo Social que anule de la decisión lesiva del derecho fundamental y ordene al empresario abstenerse de realizar tales actos. Todo lo anterior sin perjuicio de la correspondiente indemnización por daños morales, de la responsabilidad administrativa del empresario por infracción muy grave, y de la posibilidad de ejercitar acciones penales.¹¹

⁸ Montoya Melgar, A. (2017). *Derecho del Trabajo...op.cit.*, pág. 309.

⁹ STC 120/1983 de 15 de diciembre (RTC 1983\120), STC 6/1995, de 10 de enero (RTC 1995\6), STC 170/2013 de 7 de octubre (2013\170).

¹⁰ Artículo 4.2 d) LET.

¹¹ Palomeque López, M.C. y Álvarez de la Rosa, M. (2017). *Derecho del Trabajo...op.cit.*, págs. 467-468.

b. El derecho a la igualdad y a la no discriminación

En conexión con el derecho de trato digno, el trabajador tiene el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, reconocido en el punto c) del artículo 4.1 LET¹².

El derecho a la igualdad viene a significar básicamente que el trabajador tiene derecho a un trato igual respecto a sus compañeros. No obstante, hay que tener en cuenta que este principio de igualdad no es absoluto, ya que no impone entre los trabajadores un trato absolutamente igual o uniforme, como si todos ellos fuesen idénticos entre sí, pues la desigualdad razonable no se opone al artículo 14 de la Constitución Española según jurisprudencia¹³.

“Así pues, la concesión de ventajas dirigidas a un grupo de trabajadores, no infringe el principio de igualdad, siempre y cuando a los demás se les respeten los mínimos legales y pactados. En otras palabras, sólo procede aplicar consecuencias iguales a supuestos de hecho iguales”¹⁴.

Una cualificación del derecho a la igualdad es el principio de no discriminación por motivos típicos, históricamente arraigados y contrarios a la dignidad de la persona, tales como el sexo, estado civil, origen racial o étnico, lengua, edad, origen, condición social, ideas políticas, religión o convicciones, afiliación sindical, discapacidad, así como cualquier otra circunstancia o condición personal o social.

El trabajador víctima de discriminación puede solicitar el cese de la misma, e incluso una indemnización complementaria por los daños causados, así como la resolución del contrato con derecho a indemnización. Si las decisiones discriminatorias del empresario constituyesen infracciones muy graves, este podría ser sancionado administrativa, e

¹² “A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”

¹³ STC 131/2008 de 27 de octubre (RTC 2008\131) y STS/SOC de 22 de septiembre de 2008 (RJ 2008\5533).

¹⁴ Montoya Melgar, A. (2017). *Derecho del Trabajo...op.cit.*, pág. 311.

incluso penalmente.

c. El derecho a la intimidad

En conexión con el principio de dignidad de la persona se encuentra el derecho a la intimidad, la cual se caracteriza como “el espacio reservado a los asuntos del sujeto frente a interferencias ajenas”¹⁵.

La principal problemática que presenta el respeto absoluto del derecho a la intimidad en la relación laboral, es el equilibrio, a veces difícil, que debe presidir en las relaciones entre el derecho a la intimidad del trabajador y los intereses de la empresa.

Respecto a este equilibrio que debe estar presente entre el derecho a la intimidad y los intereses de la empresa, aparecen ciertos supuestos, -los cuales serán objeto de estudio en este trabajo-, que en principio podrían ser considerados intromisiones ilegítimas en la esfera de este derecho, pero que no obstante, tienen un tratamiento especial. Ejemplos de estos supuestos podrían ser los registros sobre la persona y pertenencias del trabajador, el tratamiento de los datos de carácter personal del trabajador, la grabación de conversaciones telefónicas, la videovigilancia del trabajador, etc.

B. Posición de débito del trabajador: deberes principales

En virtud de la celebración del contrato de trabajo, el trabajador se constituye como deudor. En este momento habrá de determinarse cuál es el contenido de su deuda o débito.

Una respuesta primaria sería que el trabajador se compromete a trabajar. El trabajador se obliga a prestar un servicio o a realizar una obra, por cuenta y bajo la dependencia organizativa de un empresario, cumpliendo con diligencia y buena fe las obligaciones concretas de su puesto de trabajo que le han sido asignadas.

Por lo tanto, además del deber primario de realizar una obra o servicio, el trabajador

¹⁵ Montoya Melgar, A. (2017). *Derecho del Trabajo...op.cit.*, pág. 313.

asume otras obligaciones inherentes a su condición de dependencia. Estas obligaciones son los deberes de diligencia, buena fe y obediencia.

Pueden diferenciarse dos momentos respecto a la posición de débito: primero el genérico deber de trabajar, que surge con la celebración del contrato, y segundo, las obligaciones surgidas a consecuencia de las instrucciones y órdenes del empresario.¹⁶

a. El deber de diligencia

El trabajador debe cumplir con sus obligaciones “de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia”, reza el artículo 5 letra a) LET. En primer lugar, podríamos apuntar que la diligencia hace referencia al modo en el que debe actuar el trabajador a la hora de realizar su trabajo. Por lo tanto, podría concebirse la diligencia como “la aplicación de la voluntad a la realización del trabajo para obtener el rendimiento debido”¹⁷.

En tal sentido, la diligencia consta de un elemento interno y subjetivo, el grado de voluntad y cuidado, y de un elemento objetivo, el resultado u obtención del rendimiento deseado. Igualmente posee un aspecto cualitativo, calidad en la prestación del trabajo, y cuantitativo, cantidad del trabajo realizado. Un presupuesto imprescindible de la diligencia sería la aptitud, pericia o idoneidad del trabajador para realizar el trabajo convenido.

El deber de diligencia va unido a la prestación principal de realizar el trabajo convenido, es decir, no puede haber por un lado un deber de trabajar, y por otro, un deber de ser diligente. Así, el trabajo prestado sin la debida diligencia hace que el trabajador incurra en el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación laboral. La diligencia, en resumen, es un requisito esencial de la prestación principal, de la que no puede dissociarse.

b. El deber de buena fe

¹⁶ Montoya Melgar, A. (2017). *Derecho del Trabajo...op.cit.*, pág. 316.

¹⁷ Montoya Melgar, A. (2017). *Derecho del Trabajo...op.cit.*, pág. 320.

Como dice el artículo 5 letra a) del ET, entre los deberes básicos de los trabajadores se encuentra el de cumplir con sus obligaciones “de conformidad a las reglas de la buena fe. Este deber de buena fe del trabajador guarda relación con la actitud de fidelidad y lealtad al empresario”¹⁸.

La primera impresión que proyectan los términos de fidelidad y lealtad sería la de encontrarnos ante conceptos que no se ajustan a la realidad actual, pues, respecto al primero, “se habla de un deber del súbito frente al soberano, correlativo a la protección recibida e inseparable de la idea feudal de sujeción y entrega devota y obediencia al superior”, y respecto al segundo, “como el absoluto respeto a la posición del director, así como la ausencia total de opiniones críticas sobre las funciones por éste desarrolladas”. Reinterpretando estos términos y dándoles un enfoque actualizado, podríamos entender el primero de ellos como el deber que va “desde la exigencia de una fervorosa entrega de sí mismo con las mejores energías al interés del empleador, hasta su consideración como criterio de valoración jurídica de la conducta debida del trabajador. La fidelidad se convierte en el sólido soporte en que se asienta la relación jurídica de trabajo junto a otras modalidades de conducta tales como la diligencia, la obediencia o el rendimiento”. La lealtad, por su parte, encajaría más con la relación de confianza que debería existir entre empleado y empleador, y que conforma el elemento espiritual del contrato.¹⁹

Además, no se debe llegar a la confusión de pensar que se está ante un deber ético, ya que a través de la exigencia del deber de buena fe, se protege el interés económico del empresario.

Por lo tanto, el trabajador, junto al cumplimiento fiel de su prestación laboral, es deudor de específicas obligaciones de buena fe como pueden ser el deber de guardar secreto inherente a la actividad empresarial, la prohibición de percibir gratificaciones de terceros en perjuicio del empresario, así como la prohibición de concurrencia desleal del trabajador con su empresario (tal ilicitud se produce cuando hay competencia económica con el empresario, ya sea cuando el trabajador realiza actividades iguales o

¹⁸ Montoya Melgar, A. (2017). *Derecho del Trabajo...op.cit.*, pág. 325.

¹⁹ Rojas Rivero, G.P. (1991). *La libertad de expresión del trabajador*. Madrid: Editorial Trotta, S.A., págs. 59-61.

análogas a las del empresario, o cuando el trabajador presta sus servicios para uno o más empresarios adicionales al suyo inicial)

“En aras de una mayor claridad, la buena fe debió haberse regulado sólo como principio inspirador de la relación jurídico-laboral y sólo recogerse como causas de despido aquellas manifestaciones concretas que suponen una transgresión del mismo. Es precisamente la abstracción del apartado d) del artículo 54 LET la que coloca al empresario en una situación de prepotencia sobre sus trabajadores, al tener a su disposición la sanción de despido con base en toda conducta que pueda incardinarse en los contornos de ese principio”²⁰.

c. El deber de obediencia

El deber de obediencia es una característica manifestación de la dependencia del trabajador respecto del empresario, y al mismo tiempo prueba fehaciente de que sus relaciones son jerárquicas y no paritarias o de igualdad.

Se trata pues, de uno de los deberes básicos de los trabajadores, consistente en “cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas”, según el artículo 5 c) LET.

En cuanto al límite de este deber de obediencia, este sólo se hace exigible cuando el empresario ejercita regularmente su poder de dirección. Por lo tanto, la obligatoriedad de la orden empresarial se ve condicionada a su licitud o regularidad, pudiendo desobedecer el trabajador cuando aquella rebase el ejercicio regular de las funciones de mando.

Así es que, no sólo existe un derecho a desobedecer, sino que existe el deber de hacerlo cuando el empresario emita una orden que imponga al trabajador la realización de una conducta manifiestamente ilegal, pues podría incurrir este en responsabilidad penal. No está obligado tampoco el trabajador a obedecer órdenes que lesionen derechos irrenunciables, o cuyo cumplimiento pueda producir un daño o perjuicio para el propio

²⁰ Rojas Rivero, G.P. (1991). *La libertad de expresión del...op.cit.*, pág. 64.

trabajador o para terceros. Y por último, está la llamada desobediencia técnica, la cual ampara el incumplimiento de órdenes infundadas desde un punto de vista técnico, pues su ejecución tendría un resultado dañoso, e incluso podría afectar al prestigio del profesional trabajador.²¹

1.2.2. El empresario

En una primera aproximación, el empresario puede, así, ser definido –a los efectos del Derecho del Trabajo-, atendiendo a su condición de sujeto del contrato de trabajo, como aquel sujeto acreedor de trabajo y deudor de salario. El artículo 1.2 del ET establece una definición más precisa “serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de los trabajadores”.

A esta definición cabe añadir que, además, los empresarios pueden ser, tanto individuos y entidades de derecho privado (como comerciantes, profesionales, sociedades civiles o mercantiles, cooperativas, sociedades laborales, etc.), como de derecho público (El Estado, las Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales, Universidades, etc.).

Respecto a la denominación que puede recibir el sujeto del contrato de trabajo que ofrece y recibe trabajo, empresario o empleador, cabe señalar lo siguiente: pese a la utilización de estos dos últimos términos como sinónimos, la realidad es que el de empresario, además de ser un término mucho más amplio, hace referencia a la capacidad para organizar un sistema productivo determinado.²²

Conforme a la definición de empresario, y a diferencia de lo que ocurre con la figura del trabajador, la cual se limita a personas físicas, el empresario podrá ser persona física, jurídica, e incluso sujeto de derecho desprovisto de personalidad (agrupación sin personalidad). Además, la figura del empresario no tiene, en el contrato de trabajo, carácter personalísimo, pues además de poder ejercer la actividad del contrato por representación, la posición de empresario es intercambiable por mecanismos sucesorios legales.

²¹ Montoya Melgar, A. (2017). *Derecho del Trabajo...op.cit.*, pág. 329.

²² Palomeque López, M.C. y Álvarez de la Rosa, M. (2017). *Derecho del Trabajo...op.cit.*, págs. 505.

La actividad del empresario, a salvo de su licitud, no importa, y la existencia o no de ánimo de lucro, tampoco. Su posición jurídica se resume en recibir trabajo asalariado fundado en el título del contrato de trabajo.

El empresario, como parte de una relación sinalagmática, ostenta una posición doble, de crédito y débito, que se corresponde respectivamente con las posiciones de deuda y de crédito del trabajador.

A. Posición de crédito del empresario: derechos y poderes

“Como acreedor de trabajo, el empresario tiene derecho a que el trabajador cumpla la prestación laboral convenida, esto es, derecho a que el trabajador preste el servicio o realice la obra pactados, entendiéndose satisfecho el interés del empresario con la efectiva realización de la prestación laboral (obtención de la utilidad de un trabajo ajeno)”²³.

La satisfacción de esta posición de crédito del empresario se materializa con el reconocimiento a este de un haz de poderes destinados a posibilitar la organización de la empresa, mediante la ordenación de las prestaciones laborales (poder de dirección) y la represión de ciertas conductas laboralmente indebidas o ilícitas del personal de la empresa (poder disciplinario). La atribución de dichos poderes es una consecuencia inmediata de la celebración del contrato.²⁴

a. El poder de dirección

A través del poder de dirección el empresario dispone del trabajo prestado por su cuenta, organizando el trabajo en la empresa y ordenando las prestaciones laborales.

El poder de dirección, además de estar consagrado en el artículo 38 de la Constitución, bajo la libertad de empresa, encuentra su reconocimiento legal en los siguientes artículos del estatuto de los trabajadores: artículo 5 letra c) “el trabajador deberá cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades

²³ Montoya Melgar, A. (2017). *Derecho del Trabajo...op.cit.*, pág. 363.

²⁴ Montoya Melgar, A. (2017). *Derecho del Trabajo...op.cit.*, pág. 365.

directivas”, y artículo 20.1 “el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue”.

Especial mención merece el *ius variandi*²⁵ del empresario, que con vistas a una mejor organización o dirección de la empresa puede cambiar el puesto de trabajo o funciones del trabajador.

En cuanto a su contenido, este poder es muy amplio, pues abarca tanto funciones de control y vigilancia sobre el trabajo o sus trabajadores, como funciones ordenadoras de los anteriores, así como funciones de decisión respecto a la propia organización de la empresa.

Respecto al ejercicio de este poder, en el artículo 20 LET, punto 3 y 4, se contemplan otras dos manifestaciones además de la típica de dictar órdenes e instrucciones, estas son: por un lado, la facultad para adoptar “las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control” para comprobar así que los trabajadores cumplen con sus obligaciones, y por otro lado, la potestad para investigar el estado de salud alegado por el trabajador para evitar ausencias al trabajo o absentismo, ordenando el oportuno “reconocimiento a cargo de personal médico”.

Hay que tener en cuenta que el poder de dirección del empresario no es un poder absoluto, o ilimitado, por lo que ha de someterse a determinados límites. En primer lugar, límites externos, impuestos por los derechos reconocidos a los trabajadores en la Constitución, leyes, convenios y contratos. En segundo lugar, límites internos, en cuanto que este poder de dirección debe ejercerse conforme a las reglas de la buena fe y de forma regular.

b. El poder disciplinario

Según la STC 206/1987 de 21 de diciembre (RTC 1987\206) “a través del ejercicio del poder disciplinario, el empresario puede sancionar las faltas laborales cometidas por los trabajadores a su servicio. El poder disciplinario permite al empresario <<adoptar

²⁵ Se trata de la potestad que tiene el empresario para alterar, unilateralmente, los límites de la prestación laboral, siempre y cuando no se trate de modificaciones sustanciales.

decisiones sancionadoras de eficacia inmediata, sin necesidad de acudir a las instancias judiciales para su imposición y efectividad>>”.

La normativa sectorial establece tradicionalmente tablas de faltas y sanciones laborales: en cuanto a la faltas, podemos clasificarlas como leves, graves y muy graves, y en cuanto a las sanciones correspondientes a las mismas, éstas pueden ir desde la simple amonestación verbal al despido disciplinario, pasando por las suspensiones de empleo y sueldo, los traslados forzosos, las inhabilitaciones para el ascenso, las postergaciones en el escalafón, las pérdidas de antigüedad y de categoría, etc.

Especial mención merece, como reverso del poder disciplinario, la potestad premial del empresario. Esta potestad es la facultad que tiene el empresario para conceder premios o recompensas a los trabajadores que se distingan del resto por sus actuaciones o cualidades. Por lo general, son incentivos salariales que premian el mayor o mejor trabajo o incluso, la lealtad a la empresa, ya sea por buen comportamiento, antigüedad, constancia, etc.

B. Posición de débito del empresario: deberes principales

a. La obligación retributiva

La posición de débito del empresario se sustenta principalmente en la obligación retributiva. Esta obligación retributiva, asumida por el empresario como contraprestación al trabajo realizado por el trabajador, se concreta en la prestación retributiva o retribución.

La obligación retributiva constituye al empresario en deudor obligado a dar; es una obligación patrimonial, en virtud de la cual el empresario obtiene el deber jurídico de cumplir con la prestación retributiva. La prestación retributiva consiste en el pago de la retribución, esto es, en la transferencia de la propiedad de dinero o bienes distintos de él.

La retribución es el salario. Según el artículo 26.1 LET, el salario es la totalidad de las percepciones económicas recibidas por los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el

trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo.

b. Otros deberes del empresario

b.1. El deber de ocupación efectiva.

El trabajador está obligado al cumplimiento de su prestación; pero también tiene derecho a que el empresario no obstaculice ni impida tal cumplimiento. El empresario está obligado a cuidar de que el trabajo pueda prestarse de modo efectivo.²⁶

b.2. El deber de promoción y formación profesional de los trabajadores.

Al empresario le corresponde facilitar al trabajador la adquisición de esa formación profesional que, a su vez, propicie su progreso o promoción laborales. El empresario está obligado frente a sus trabajadores a conceder permisos necesarios para exámenes a los trabajadores que cursen con regularidad estudios, reconocer a dichos trabajadores el derecho preferente a elegir turno, reconocer a los trabajadores el derecho de asistir a cursos de formación profesional, permisos de formación o perfeccionamiento profesional y proporcionarles la formación necesaria, etc.²⁷

b.3. Deberes en materia de seguridad y salud en el trabajo.

El deber de prevención del empresario se concreta en determinados deberes básicos como valorar la capacidad y aptitudes de los trabajadores, evaluar los riesgos, paralizar aquellos trabajos muy peligrosos o sustituir factores peligrosos por otros que empañen menor o ningún riesgo, proporcionar equipos de protección adecuados, llevar a cabo determinadas medidas en caso de riesgo grave e inminente, formar a los trabajadores, realizar reconocimientos médicos, etc.²⁸

2. El poder de control empresarial

2.1. Concepto y extensión

²⁶ Artículo 30 LET.

²⁷ Artículo 23 LET.

²⁸ Artículo 19 LET.

El artículo 20.3 LET, relativo a la “Dirección y control de la actividad laboral” 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, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso.

Partiendo de lo dispuesto en el artículo anterior, en una primera aproximación a la noción de control, podríamos referirnos a ella como la tarea de verificación ejercitada sobre la actividad desarrollada previamente por otro sujeto, subordinado al titular de la facultad de verificación, y cuya finalidad es comprobar que los actos que han sido controlados se realizan conforme a los principios que disciplinan la actividad. De otro modo, podríamos decir que se trata de la facultad de emplear medios necesarios para comprobar que el trabajador ha cumplido con sus obligaciones, mediante una actividad de observación del comportamiento destinada a obtener material informativo que permita la evaluación del mismo.²⁹ Con base en esto, podemos decir que el control efectuado por el empleador sobre la actividad del trabajador se presenta como una manifestación de la relación de subordinación.

El poder de control aparece como un apéndice natural de otro poder empresarial, el poder de dirección. “De este modo, al tratarse de un <<necesario complemento de la potestad ordenadora del empresario>>, debe ser considerado un elemento inescindible del poder directivo empresarial. De conformidad con ello, la facultad del empleador de evaluar a los trabajadores es discrecional, como correlato a su poder directivo, igualmente discrecional. Consiguientemente, deberá considerarse que la discrecionalidad propia del poder de dirección no encontrará otras limitaciones que las destinadas a la interdicción de la arbitrariedad: los derechos fundamentales y el respeto al principio de buena fe. Por tanto, quedarán a la discrecionalidad empresarial la individualización de los intereses, su ponderación, así como su graduación en la adopción y aplicación del control empresarial”³⁰.

²⁹ Martínez Fons, D. (2002). *El Poder de Control del Empresario en la Relación Laboral*. Madrid: Consejo Económico y Social, pág. 21.

³⁰ Martínez Fons, D. (2002). *El Poder de Control del Empresario en...op.cit.*, pág. 28.

El poder de control del empresario es la herramienta que permite valorar la realización de la prestación contratada con el trabajador, así como de las instrucciones que ofrece el empresario para especificar cómo debe realizarse. Esta verificación que realiza el empresario no tiene como fin único determinar si se ha cumplido o no lo pactado, sino que se ha realizado de cierta forma, puesto que lo que realmente satisface el interés del empleador es el desarrollo continuado de la prestación de acuerdo con las instrucciones o directrices recibidas.

“No resulta extraño afirmar que la actividad de verificación desarrollada por el empleador no presenta como único objeto la verificación del cumplimiento de lo ordenado, sino que además, se realiza con cierta intensidad y de forma constante al conjunto de la prestación, pues sólo el desarrollo continuado de ésta conforme a las directrices recibidas satisface el interés del empresario”³¹.

Siendo el objeto del poder control la ejecución de la prestación laboral, ésta no es su única manifestación. Podríamos distinguir así, una facultad de control integrada en el poder de dirección, para controlar el cumplimiento del trabajo, y otro control separado de aquel, que respondería a intereses organizativos ajenos a la prestación laboral, concretamente a la defensa del patrimonio empresarial. Estos serían los llamados controles defensivos, que son aquellos dirigidos a prevenir o descubrir conductas que puedan lesionar bienes constitucionales como la propiedad o la salud.

Es necesario conocer cuáles son los elementos esenciales de la actividad de control. Son dos estos elementos esenciales: por un lado, la presencia de parámetros previamente establecidos y conocidos, tanto por el empleador que ejerce el control como por el sujeto que realiza la actividad controlada; y, por otro, el juicio respecto a la adecuación del objeto controlado a los parámetros sobre los que se realiza la verificación.

Respecto a las medidas de control y vigilancia que pueden ser adoptadas por el empleador, y que se explicarán más adelante, podemos clasificarlas brevemente en tres grupos: el primero, referido al control a través de medios audiovisuales, electrónicos e

³¹ Martínez Fons, D. (2002). *El Poder de Control del Empresario en...op.cit.*, pág. 30.

informáticos, el segundo, referido al control sobre la persona del trabajador y de sus espacios reservados, y el tercero, referido al control de los aspectos físicos y psicológicos del trabajador.

Teniendo en cuenta que el principal límite del poder de control del empresario son los derechos fundamentales del trabajador, tomaremos como base y punto de partida un principio general reiterado por la doctrina constitucional, el cual sostiene que todos los derechos fundamentales no son absolutos, pues están sujetos a limitaciones en su ejercicio “pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte de aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho”³².

“La jurisprudencia de nuestros Tribunales ha señalado en numerosas ocasiones que, el poder de dirección del empresario es imprescindible para la buena marcha de la organización productiva y se trata de una facultad reconocida expresamente en el artículo 20 del ET, que atribuye al empresario, entre otras facultades, la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento de los trabajadores de sus obligaciones laborales, si bien, dicha facultad ha de producirse en todo caso, dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador”³³.

En este mismo sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 292/1993 de 18 de octubre (RTC 1993\292), la cual establece que los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen, por lo que ahora interesa, que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos.

Otra sentencia del Tribunal Constitucional, la STC 186/2000 de 10 de julio (RTC 2000\186), expone que “el empresario no queda apoderado para llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que el confiere el art. 20.3 LET,

³² STC 57/1994, FJ 6 (EDJ 1994/1755) y STC 143/1994, FJ 6 (EDJ 1994/4114).

³³ Marzo Portera, A. y Marzo Portera, I. (2009). *Vigilancia y control de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo*. Barcelona: Ediciones Experiencia, S.L., pág. 37.

intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo”. Así es que cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales debe observar estrictamente el principio de proporcionalidad.

Las nociones básicas que podemos extraer de la jurisprudencia son, en primer lugar, que en el estatuto de los trabajadores no se excluye expresamente ningún mecanismo de control, encontrándose las medidas limitadas por el respeto de los derechos fundamentales del trabajador (teniendo en cuenta que estos no son absolutos y puedan verse limitados), y que, en ningún caso, serán aceptadas las intromisiones ilegítimas, es decir, aquellas que no cumplen con el principio de proporcionalidad.

Partiendo de estos pronunciamientos, más adelante veremos otras sentencias que han ido sentando jurisprudencia respecto a las medidas concretas que puede utilizar el empleador para llevar a cabo su función de control.

2.2. Principios que rigen la adopción de medidas de control

La adopción de medidas de control por parte del empresario deberán siempre regirse por los siguientes principios básicos:

Legitimidad: como ya habíamos mencionado anteriormente, el artículo 20 LET faculta al empresario para adoptar aquellas medidas que estime más oportunas para controlar y vigilar el cumplimiento de los deberes y obligaciones del trabajador. Por lo tanto, este artículo otorga legitimidad a la facultad de control y legitimación al empleador. Es conveniente precisar que esta legitimidad está limitada principalmente por derechos fundamentales y por el principio de buena fe.

Proporcionalidad: La proporcionalidad exige que las medidas de control y vigilancia adoptadas por el empleador deben ser adecuadas, pertinentes, y no excesivas, en relación con la finalidad perseguida. La proporcionalidad exige, además, que el empleador utilice los mecanismos y herramientas más idóneas, entrometiéndose lo menos posible en los derechos y libertades de los trabajadores, siempre que sea necesario para conseguir la finalidad pretendida, y no pueda ser evitada tal injerencia.

Como sintetizan las sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC) 66/1995, de 8 de mayo (RTC 1995\66); 55/1996, de 28 de marzo (RTC 1996\55); 207/1996, de 16 de diciembre (RTC 1996\207); y 37/1998, de 17 de febrero (RTC 1998\37), para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otro bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).³⁴

Finalidad: Debe existir una finalidad concreta. Así, las medidas de control y vigilancia no podrán utilizarse por el empleador para otras finalidades distintas a las indicadas. No obstante, si tras el control o vigilancia el empleador decide utilizar dichas medidas para otros fines distintos al indicado, podrá hacerlo siempre y cuando, previamente, el empleador informe a los trabajadores sobre las nuevas finalidades.

2.3. Límites al poder de control

A la actividad laboral el trabajador no sólo trae consigo la fuerza de trabajo, sino también su propia individualidad como persona, y consecuentemente, todos aquellos que son inherentes a la misma.³⁵

Los principales derechos fundamentales que aquí nos interesan son el derecho a la intimidad, que podría entenderse como la capacidad de control del individuo sobre la información que solamente a él pertenece, y aquellos derechos ontológicamente relacionados con aquél, los cuales se corresponderían con el ámbito más personal del individuo, como por ejemplo el derecho al secreto de las comunicaciones, el derecho a la propia imagen, el derecho a la protección de datos personales, etc.

Este derecho fundamental a la intimidad constituye la base del límite al poder de control

³⁴ Marzo Portera, A. y Marzo Portera, I. (2009). *Vigilancia y control de las comunica...op.cit.* págs. 54-55.

³⁵ Martínez Fons, D. (2002). *El Poder de Control del Empresario en...op.cit.*, pág. 53.

del empresario, no obstante, hay que tener en cuenta que no es el único, pues como ya dijimos, hay multitud de derechos relacionados con este que, igualmente, entran en colisión con el poder de control.

A pesar de saber que los derechos fundamentales constituyen el límite del poder de control del empresario, no hay que olvidar que, como se ha mencionado anteriormente, los derechos fundamentales no son absolutos, y por lo tanto, a la hora de adoptar medidas de control hay que tener presente el principio de proporcionalidad.

Así, la adopción de ciertos medios de control exige una revalorización de las exigencias derivadas de los derechos fundamentales en las que la medida de control adoptada se sitúe directamente en el terreno de la imprescindibilidad, carácter que se obtiene a partir de la consideración de tres criterios básicos: la relevancia del interés empresarial satisfecho a través de la información que pretende conseguirse, la relevancia de la información que puede obtenerse a través de los medios empleados, y la efectividad de otros medios para alcanzar resultados similares.³⁶

3. El derecho fundamental a la intimidad del trabajador

Podríamos definir los derechos fundamentales como todos aquellos derechos inherentes al ser humano, pertenecientes a la persona por el simple hecho de serlo, en razón a su dignidad.

Estos derechos deben reunir ciertas notas características: deben estar enunciados en el texto constitucional, deben ser derechos subjetivos exigibles ante los tribunales ordinarios, y por último, deben poseer una especial resistencia frente al legislador respecto a su contenido esencial. Respecto a nuestra legislación, los encontramos recogidos en la Sección I del Capítulo II del Título I de la Constitución Española.

Una vez dejada constancia de que estamos ante derechos de especial relevancia, que gozan de un máximo estatus, haremos especial hincapié en el que aquí interesa, el

³⁶ Martínez Fons, D. (2002). *El Poder de Control del Empresario en...op.cit.*, pág. 58.

derecho fundamental a la intimidad, derecho sobre el que se sustentan otros derechos – en su mayoría fundamentales – que igualmente condicionan o limitan el poder de control empresarial, pero que, salvo una mención acerca de ellos más adelante, no serán objeto de estudio en el presente trabajo.

Por lo tanto, sería conveniente partir de la idea de que el derecho a la intimidad también puede exteriorizarse con relación a otros derechos de contenido fundamental, como el honor, la libertad ideológica, religiosa o de culto, la propia imagen, o el secreto de las comunicaciones entre otros, configurándose así como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y derivado de la dignidad de la persona.

3.1. Regulación y concepto

Habiendo ya hecho constancia de la relevancia de este derecho, cabe mencionar que además de estar reconocido al más alto nivel jurídico en nuestro derecho interno, artículo 18.1 de la Constitución Española, también se encuentra reconocido a nivel externo, en varios acuerdos internacionales ratificados por el Estado español como, por ejemplo, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

A pesar de no existir un concepto legal en relación con el término de intimidad, nuestro Tribunal Constitucional, conforme a su doctrina, ha establecido algunos conceptos vinculados con dicho término, y que nos sirven para hacernos una idea de lo que significa:

Las STC 73/1982 de 2 de diciembre (RTC 1982\73) estableció que “La intimidad es un ámbito reducto en el que se veda que otros penetren, de ahí la protección constitucional que se le otorga a fin de evitar las injerencias arbitrarias en las vidas privadas”.

“El concepto de intimidad personal no puede enmarcarse en una definición que precise detalladamente su alcance, (...) pero necesariamente ha de tenerse en cuenta que conforma patrimonio personal y hace necesario relacionar la cuestión con lo que constituye el espacio vital de cada uno, y que se proyecta sobre el concepto impreciso

de lo que constituye el círculo reservado e íntimo, compuesto por datos y actividades que conforman la particular vida existencial de cada persona y autoriza a preservarla de las injerencias extrañas”, establecía la STC de 112/2004 de 12 de julio (RTC 2004\112).

Según la STC de 255/1993 de 20 de julio (RTC 1993\255) “la intimidad se concibe como una libertad positiva para ejercer un derecho de control sobre los datos referidos a la propia persona”.

Por lo tanto, podría considerarse el derecho a la intimidad como “el derecho a aislarse, de ser desconocido, de que los demás no sepan ni indaguen lo que somos o lo que hacemos, o incluso, lo que pensamos y creemos”, y cuyo contenido se concreta en “la facultad de excluir del conocimiento ajeno cualquier hecho comprendido dentro del propio ámbito que reserve el ciudadano para sí mismo, y para su familia”³⁷.

La STC 142/1993 de 22 de abril (RTC 1993\142) afirma que “el atributo más importante de la intimidad (...) es la facultad de exclusión de los demás de abstenerse de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos”.

Teniendo entonces un concepto más claro acerca de la intimidad, el problema que se nos presenta ahora es determinar qué abarca lo íntimo, ya que ni la Constitución Española ni la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen –ley que desarrolla este derecho– responden a esta cuestión. Acudiendo de nuevo a la jurisprudencia, las SSTC 89/2006 de 27 de marzo (RTC 2006\89) y 176/2013 de 21 de octubre (RTC 2013\176) señalan que esta se refiere a “un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana”. Es el ámbito donde el individuo desarrolla su vida sin estar sujeto a las convenciones sociales y donde ejerce su libertad más íntima.

No obstante, cabe señalar que este término, del cual hemos tratado de plasmar una idea

³⁷ Arias Domínguez, A. y Rubio Sánchez, F. (2006). *El Derecho de los Trabajadores a la Intimidad*. Navarra: Aranzadi, S.A., págs. 45-46.

conforme a la jurisprudencia, no es inmutable o inalterable, y por lo tanto, puede verse modificado según las convicciones de la sociedad a lo largo del tiempo.

En cuanto a sus límites, hay que atender a la Constitución Española, a la Ley Orgánica que lo configura y desarrolla y a la jurisprudencia. La primera establece el contenido esencial como primer límite, dirigido concretamente al legislador. La segunda establece en su preámbulo el interés general, no pudiendo invocarse este derecho cuando haya peligro o se atente contra la seguridad nacional, el orden público, la salud y las buenas costumbres, así como cuando su ejercicio pueda violentar los derechos y libertades de los demás. La tercera establece límites que se han ido desarrollando a lo largo del tiempo –debido a los límites difusos de los derechos fundamentales–, los cuales se encargan de delimitar la colisión con otros derechos, como por ejemplo la libertad de información y el interés público, la intimidad y los controles fiscales de la Hacienda Pública, o como es nuestro caso, la intimidad y el poder de control de la actividad laboral.

3.2. La intimidad del trabajador en el ámbito laboral

Como introducción del derecho a la intimidad en el ámbito laboral, mencionaremos el artículo 4.2 LET, el cual dispone que “en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo”. Se trata, por lo tanto, de “un derecho que acompaña a la persona en todo momento, y que no abandona al trabajador en las puertas del centro de trabajo”³⁸.

El avance de la tecnología, tanto de los sistemas de grabación de imágenes y sonidos, y más concretamente aún, de los ordenadores y de todo aquello relacionado con ellos, como por ejemplo el correo electrónico, las redes sociales, o el acceso en general a internet, ha tenido como consecuencia la aparición de una legislación garantista que intenta proteger la imagen de la persona y su intimidad frente a estos nuevos escenarios.

³⁸ Goñi Sein, J.L. (1988). *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder central empresarial*. Madrid: Editorial Cívitas. págs. 147-148.

Esto no deja indiferente al entorno laboral, en donde los trabajadores también pueden ver vulnerados sus derechos, pues en ocasiones, para asegurar el correcto desarrollo de determinadas actividades es necesaria la introducción de nuevos sistemas de control.

En particular, el desarrollo informático ha supuesto una amenaza para el derecho a la intimidad, tanto en el ámbito personal como en el laboral, pues ha permitido el almacenamiento, conocimiento y tratamiento de datos personales, como por ejemplo: aficiones, comportamientos, ideales, creencias religiosas, orígenes, orientación sexual, etc. Así pues, este desarrollo cibernético, en continuo avance, ha tenido como consecuencia que se hayan visto desbordadas las formas clásicas de protección de la intimidad.

Respecto a esto, la problemática que surge del uso de internet y del correo electrónico en el trabajo se concreta, por un lado, en la legalidad de su uso para fines distintos a los laborales, y por otro lado, en la legalidad de los medios utilizados por el empresario para controlar y vigilar aquellos. Es aquí donde colisiona el derecho a la intimidad del trabajador y uno de los poderes de control del empresario, el cual veremos más adelante, y que surge del derecho del empresario a controlar tanto el trabajo realizado como los medios a través de los que se realiza ese trabajo.

Saliendo del ámbito de las tecnologías –en donde se efectúa el control a través de medios audiovisuales y electrónicos–, el derecho a la intimidad también puede verse violentado por otras formas de control, como pueden ser los registros sobre la persona del trabajador o sobre sus efectos personales y reservados, así como el cuidado de los aspectos físicos del trabajador. Estas formas de control serán estudiadas más adelante en relación al derecho a la intimidad.

Quedaría en manos de los órganos jurisdiccionales la labor de ponderar, en aquellos casos en los que surja un conflicto entre derechos fundamentales y poder de control empresarial, las circunstancias en las que se puede considerar legítima la limitación del derecho fundamental y si concurre o no un interés legítimo que los justifique.³⁹

³⁹ Goñi Sein, J.L. (1988). *El respeto a la esfera privada del...op.cit.*, pág. 51.

Por último, a pesar de que no vamos a profundizar en este asunto, cabe añadir que además de la intimidad, existen otros derechos fundamentales, vinculados estrechamente con este, y que pueden resultar violentados a consecuencia del ejercicio del poder de control empresarial. Algunos ejemplos de estos podrían ser: el derecho al secreto de las comunicaciones, el derecho a la propia imagen, el derecho a la protección de datos, el derecho a la libertad ideológica o de expresión, etc.

4. Colisión entre el poder de control empresarial y el derecho fundamental a la intimidad del trabajador

Como ya habíamos mencionado, ni el poder de control empresarial ni los derechos fundamentales son absolutos. Por un lado, el poder de control empresarial tiene límites, ciertas fronteras que no puede traspasar, y por otro, los derechos fundamentales no son ilimitados.

En ciertas ocasiones, cuando el empresario ejerce su poder de control, puede ocurrir que se transgredan los derechos fundamentales del trabajador para poder llevar a cabo esta tarea de control eficientemente, es aquí cuando surge la problemática de la colisión.

Matizando que esto no ocurre con todas las medidas o formas de control, a continuación veremos las que colisionan especialmente con el derecho fundamental a la intimidad.

4.1. Control empresarial de aspectos físicos y psicológicos del trabajador

4.1.1. La apariencia externa del trabajador

La apariencia externa del trabajador se encuentra ligada al concepto de intimidad, pues este último también se identifica con el ámbito personal en que cada persona desarrolla y fomenta su personalidad, la cual, voluntariamente o no, se acaba proyectando al exterior. Así es como la apariencia externa encuentra relevancia constitucional en el mismo artículo que el derecho a la intimidad, artículo 18.1 de la Constitución Española (CE), y por lo tanto, se integra en el derecho a la intimidad el derecho a moldear la individualidad que cada uno presenta al exterior.

Es lógico cuestionarse si este ámbito de decisión personal sobre la propia imagen exterior se encuentra protegido por el derecho a la intimidad o por el derecho a la propia imagen. La Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 6 de noviembre de 2000 (RJ 2000\9910) determinó que lo más adecuado sería entender que la apariencia externa que un trabajador desea proyectar de sí mismo a través de la libre elección del vestuario y sus complementos (pendientes, piercings, etc.), así como otro tipo de cuestiones relacionadas con su imagen exterior (barba, tamaño del cabello, etc.) se protegen desde el derecho a la intimidad, reservando el derecho a la propia imagen para aquellos casos en los que lo que se desea empresarialmente es proyectar la imagen del trabajador gráficamente mediante procedimientos mecánicos o técnicos de reproducción. Es así como la doctrina acaba entendiendo que el aspecto exterior se encuentra relacionado más directamente con el derecho a la intimidad que con el derecho a la propia imagen.⁴⁰

“El aspecto físico externo de una persona constituye el primer elemento configurador de la intimidad, aunque no se niega la conexión con el derecho a la propia imagen, también sería legítimo conectar tal circunstancia con el derecho al libre desarrollo de la personalidad”⁴¹.

La libertad personal en este campo queda condicionada únicamente por dos tipos de exigencias empresariales: la primera, acorde con el deber del empresario de proveer medios de seguridad e higiene a sus trabajadores, es la obligación de vestir ropas de trabajo y equipos de protección personal que son suministrados a los trabajadores para cumplir con las exigencias establecidas en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, y la segunda, la pretensión del empresario de que sus empleados vistan un determinado uniforme a la hora de ejercer sus funciones, con el fin de que se identifique fácilmente al trabajador con la empresa, proyectando una determinada imagen corporativa y consiguiendo homogeneidad en el vestir de todos. Igualmente se puede prohibir, en interés del empresario, que los trabajadores vistan el uniforme fuera del horario laboral o fuera del lugar de trabajo.

Fuera del ámbito laboral esta restricción de libertad personal debe estar justificada de

⁴⁰ Arias Domínguez, A. y Rubio Sánchez, F. (2006). *El Derecho de los Trabajadores...op.cit.*, pág. 61-66.

⁴¹ STC 99/1994, de 11 de abril (RTC 1994\99).

una forma mucho más efectiva, jugando el juicio de ponderación de intereses que supone el juicio de proporcionalidad en sentido estricto de forma mucho más abierta. Por lo tanto, no estaríamos hablando de la obligación de vestir de cierta forma, sino de la prohibición de vestir o de mostrar una apariencia externa que no sea acorde con las exigencias de la actividad que representa la persona, aun estando fuera del trabajo.

La STC 170/1987 de 30 de octubre (RTC 1987\170) observa la adecuación de la orden empresarial al sistema regular de fuentes, incluyendo la costumbre laboral local y profesional: “el problema es que trasciende de la esfera estrictamente personal para pasar al ámbito de las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla su actividad” añadiendo seguidamente que “no pueden considerarse violados los derechos a la intimidad personal cuando se impongan limitaciones a los mismos como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula”.

Otra cuestión controvertida son las cláusulas de “buena imagen” establecidas por la empresa, ya que, generalmente, son indeterminadas. Estas cláusulas se amparan bajo el poder que tiene el empresario para determinar cuándo, por qué y cómo debe actuar el trabajador para cumplir con el inespecífico objetivo de acomodar su vestimenta a la buena imagen que pretende transmitir la empresa.

Como ejemplo podemos tomar la Sentencia 457/2002 de 9 de septiembre del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Baleares (AS 2003\2), la cual no entendió justificada la imposición de una sanción disciplinaria a un trabajador judío que llevaba puesta una Kipá mientras prestaba sus servicios. La sentencia se fundamentó en lo siguiente: “no consta que la conducta del actor haya causado algún tipo de daño o menoscabo a la imagen de la empresa, incidente o trastorno cualquiera durante la ejecución del servicio o, más allá en general, ninguna clase de perjuicio”.

Lo que se quiere indicar es que el juicio de proporcionalidad con el que usualmente se enjuician estas cuestiones debe tener en cuenta los parámetros ponderadores que por lo general emplea la sociedad en su conjunto para categorizar o valorar una vestimenta.

Lo que realmente ocurre en la práctica es que en casi ningún caso se contraponen el poder de dirección y control del empresario con el derecho a la intimidad del trabajador

en relación con el uso de una determinada vestimenta. Lo que toma especial relevancia es si la orden empresarial ha sido dada de forma correcta, o si el empresario ha advertido con suficiente antelación el cambio de criterio respecto a la vestimenta de los trabajadores.

Por lo tanto, los tribunales no suelen analizar la confrontación de los derechos de empresario y trabajador, sino que cuestionan los aspectos formales de la orden empresarial, observando si es correcta conforme al sistema regular de fuentes (incluida la costumbre laboral local y profesional), para una vez asegurado que la orden ha sido dada correctamente, entender que la restricción es adecuada a derecho, y que por lo tanto, el derecho del trabajador debe ceder ante el interés del empresario.

Y para concluir, no hay que olvidar el criterio de adecuación de las normas al momento en el que han de ser interpretadas, pues lo que ayer nos parecía una vestimenta poco acorde con el ejercicio de una determinada actividad laboral, puede considerarse superado por el devenir de los tiempos.

4.1.2. El control de la salud de los trabajadores

En la sentencia 218/2002 de 25 de noviembre (RTC 2002\218), el Tribunal Constitucional afirmó que el derecho a la intimidad comprende también la llamada “intimidad corporal”, de lo que se deduce el derecho propio a reservar información relativa a la salud y a las vicisitudes médico-sanitarias hacia tercero.

Esto supone que el ámbito del derecho a la intimidad personal que garantiza el artículo 18 CE tiene un contenido más amplio que el relativo a la estricta intimidad corporal, pues éste “...no es coextenso con la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural, y determinada por el criterio dominante en nuestra cultura por el recato personal”⁴².

Desde este punto de vista, el trabajador posee derechos relacionados con la salud. Así pues, tiene un derecho a su integridad física y derecho a una política adecuada, a una

⁴² STC 207/1996, de 16 de diciembre (RTC 1996\207).

protección eficaz y a una formación práctica y adecuada en materia de seguridad e higiene, entre otros. Derechos cuya efectiva protección empresarial puede, en ciertas ocasiones, chocar con el derecho a la intimidad del empleado en la relación laboral.

Procederemos únicamente al análisis de dos particularidades, por un lado, el deber empresarial genérico de vigilancia de la salud, y por otro, el eventual control empresarial sobre el absentismo justificado en una baja laboral por accidente o enfermedad.

A. El deber empresarial genérico de vigilancia de la salud

La vigilancia genérica de la salud de los trabajadores constituye una obligación empresarial, que correlativamente se corresponde con el derecho del trabajador a someterse a exámenes médicos periódicos con la finalidad de comprobar las incidencias del trabajo sobre su estado de salud.

Para que esta obligación empresarial se cumpla efectivamente se deberán llevar a cabo reconocimientos médicos que permitan constatar cuál es el estado de salud de los trabajadores. Esto puede conllevar que el empresario conozca ciertos datos pertenecientes a la esfera privada del trabajador, lo cual se relaciona con el derecho a la intimidad, en dos aspectos: primero, que el estado de salud del trabajador sólo concierna a este último y al empresario, que deberá guardar secreto respecto a las circunstancias médicas del trabajador, y segundo, que el empresario no debe conocer más datos médicos del trabajador que aquellos estrictamente necesarios para la correcta realización del trabajo.⁴³

Esta obligación está limitada por la proporcionalidad, la cual se encuentra: primero, con la justificación empresarial de la necesidad de someterse a examen médico, y su alcance, y segundo, con la idoneidad del examen médico, es decir, que el objetivo del examen esté relacionado seriamente con el tipo de trabajo realizado por el empleado.

B. El eventual control empresarial sobre el absentismo justificado en una baja

⁴³ Arias Domínguez, A. y Rubio Sánchez, F. (2006). *El Derecho de los Trabajadores...op.cit.*, págs. 117-119.

laboral por accidente o enfermedad

Como ya habíamos mencionado anteriormente, el artículo 20.4 LET dispone que “El empresario podrá verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimientos a cargo del personal médico”.

Esta manifestación del poder de dirección empresarial que posibilita el control del estado de salud de los trabajadores tiene como objetivo principal paliar el absentismo de aquellos. Para ello, se posibilita que el trabajador se someta a un examen médico, a cargo del empresario, para comprobar su estado de salud. En el caso de que el trabajador rehuse a someterse a dicho control, la consecuencia sería la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario pues, como establece la STSJ del País Vasco de 6 de julio de 2004 (AS 2004\2059), “la resistencia del empleado a ser reconocido establecerá la presunción de que la enfermedad es simulada”.

En este sentido, puede considerarse la norma como una medida tendente a evitar el absentismo laboral, fundamentándose en el artículo 5, c) LET que recoge, entre los deberes del trabajador, el de contribuir a la mejora de la productividad. Cabe añadir que, en todo caso, los gastos económicos ocasionados por las pruebas médicas, serán por cuenta exclusiva del empresario

Las STS de 18 de noviembre de 1997 (RJ 1997\7956) entiende que a pesar de que el precepto (artículo 20.4 ET) se refiera a los supuestos de vigencia del contrato de trabajo, debe seguir aplicándose cuando, una vez extinguido el mismo, continúen también a cargo de la empresa determinadas obligaciones en materia de Seguridad Social. Por lo tanto, estas facultades de control no se limitan a la vigencia del contrato, sino al periodo de vigencia de las obligaciones de Seguridad Social.

Cuando el criterio del facultativo que acordó la baja y el de quien fue designado por el empresario no coincidan, no se restringirá el abono de la prestación. En este caso, quien se encargará de resolver la controversia será la inspección médica, cuyo dictamen será decisorio. Mediante este cauce de control lo que se pretende es comprobar si el

trabajador es apto para desarrollar su labor, y no revisar el diagnóstico del facultativo principal.⁴⁴

“En definitiva, el control de la realidad de la enfermedad o accidente por parte del empleador es garantía de la tutela de los intereses del empleador en cuanto acreedor de la prestación objeto del contrato. En este sentido, la facultad del empleador de comprobar la subsistencia de la enfermedad o del accidente del trabajador, representa una manifestación de vigilar el cumplimiento de la prestación. Teniendo en cuenta que el trabajador afirma que el cumplimiento es imposible, debe admitirse la posibilidad del empleador de comprobar si la existencia de la causa alegada para justificar la imposibilidad del cumplimiento es cierta”⁴⁵.

4.2. Control empresarial de la persona del trabajador y de sus efectos y espacios reservados

4.2.1. Concepto y tipos de registros

El artículo 18 LET establece que “sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos personales, cuando sea necesario para la protección del patrimonio empresarial y 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”.

En una primera aproximación, podría identificarse el registro con la actividad de examinar o reconocer minuciosamente un objeto para encontrar algo que pueda estar oculto. De una forma más concreta al caso que nos ocupa, podría identificarse con el miramiento cuidadoso, o examen fiscalizador y detenido de la persona, del espacio físico reservado a su propia intimidad y de las cosas que en él se guardan.

⁴⁴ Arias Domínguez, A. y Rubio Sánchez, F. (2006). *El Derecho de los Trabajadores...op.cit.*, págs. 123.

⁴⁵ Martínez, D. (2002). *El Poder de Control del Empresario en la Relación Laboral*. Madrid: Consejo Económico y Social, pág. 350.

En principio podríamos diferenciar dos tipos de registros, el que se realiza sobre la persona del trabajador y el registro sobre las pertenencias del trabajador. No obstante, respecto a este último supuesto, podríamos dividirlo en dos, el registro sobre los efectos personales o particulares del trabajador y el registro sobre sus taquillas.

Dentro del registro de la persona del trabajador, además del cacheo, cabe incluir la exigencia al trabajador de someterse a detectores de metales, escáneres u otros aparatos similares, ya sea a la entrada o salida del trabajo, realizados por el empresario o por el personal de seguridad de la empresa.

En cuanto al concepto de taquilla, este podría asimilarse tanto al uso de un armario por parte de un trabajador, como a los cajones propios de la mesa de trabajo, o a cualquier otro espacio reservado exclusivamente para el trabajador en el que pueda guardar sus pertenencias u objetos.

Respecto al concepto de efectos personales o particulares, se incluyen en el mismo todas aquellas pertenencias de los trabajadores con las que se entra en el centro físico de trabajo, como pueden ser las carteras de mano, bolsos, paquetes, bultos, bolsas, chaquetas, la ropa de trabajo que se lleva a casa, el vehículo del trabajador cuando se haya introducido en el recinto empresarial, etc. Es decir, todos aquellos efectos que previamente haya introducido en el centro de trabajo el trabajador.⁴⁶

4.2.2. Garantías en la realización de los registros

Comenzaremos indicando que para proceder al registro de un trabajador, su taquilla o efectos personales es imprescindible que esta decisión empresarial esté motivada por la necesidad de proteger el patrimonio empresarial o el de los demás trabajadores de la empresa.

Cuando hablamos de patrimonio empresarial, debemos entender este concepto de forma amplia y genérica. Por lo tanto, además de incluir en la facultad de registro aquellos supuestos en los que hayan desaparecido bienes materiales pertenecientes a la empresa,

⁴⁶ Arias Domínguez, A. y Rubio Sánchez, F. (2006). *El Derecho de los Trabajadores...op.cit.*, pág. 67-83.

también se deberán incluir aquellos en los que el trabajador realiza conductas lesivas para la empresa, como por ejemplo podrían ser la introducción de bebidas alcohólicas o estupefacientes, u otra sustancia, así como cualquier tipo de objeto o instrumento no permitido y susceptible de causar algún daño tanto a las personas como a los bienes. Esta protección patrimonial no es extrapolable sólo al resto de trabajadores, como establece el artículo 18, sino a los clientes o terceros presentes en la empresa, ya que la posible conducta lesiva no sólo podría tener consecuencias sobre la empresa, sino sobre cualquier persona u objeto que se encuentre dentro del ámbito espacial de la misma.

La norma dice que “sólo podrán realizarse (...) cuando sea necesario”, lo que viene a determinar que el registro es de carácter excepcional, y que sólo encontraría justificación en razones muy poderosas. Por lo tanto, podríamos establecer que, en principio, no bastarían las mersas sospechas respecto a una posible conducta irregular o inidónea del trabajador, sino que la norma exige que haya un fuerte indicio respecto a esta conducta, y que, en consecuencia, no serviría como causa de justificación que se tratase de un registro de carácter preventivo.

No obstante, sentencias como las del TSJ de Madrid, de 2 de abril de 1998 y del TSJ de Cataluña, de 18 de febrero de 2005 han admitido la legitimidad de los registros o controles periódicos de carácter rutinario en aquellos supuestos “difíciles”, dadas las características y circunstancias de la empresa, como pueden ser la entrada y salida constante de personas, dificultad para controlar el stocks debido a la dimensión de la empresa, etc. Este control preventivo también podría tener lugar cuando se trate de ejercer medidas de seguridad de carácter general, exigiéndose en este caso razones muy fundadas, como por ejemplo, la entrada totalmente negada de bienes en la empresa por el carácter del proceso productivo, como podría ser la introducción de mecheros en una fábrica de pirotecnia, o de cualquier material explosivo en una central nuclear.

En cuanto a los límites empresariales para realizar el registro, debe atenderse a las siguientes garantías: que el registro se efectúe en horario de trabajo y dentro del lugar de trabajo, que se realice en presencia de otros trabajadores, y que en la práctica del registro se respeten al máximo la dignidad e intimidad del trabajador.

“Respecto al parámetro espacial, cuando se habla de <<centro de trabajo>> se entiende

que el registro se puede efectuar en la totalidad del mismo, incluyendo aquí los parkings, almacenes, jardines y servicios comunes de la empresa: calles y plazas interiores, así como el recinto exterior del propio centro que usualmente se identifica como propiedad de la empresa”⁴⁷. Es decir, podría ponerse como límite aquel territorio que no sea propiedad de la empresa.

En lo que respecta al parámetro temporal, cuando se habla de “horas de trabajo” se entiende que el registro debe efectuarse dentro de la jornada laboral, incluyendo aquí los momentos de entrar y salir del trabajo, a pesar de que, técnicamente, no son considerados tiempo de trabajo. Aun así, siendo lo más razonable que estos registros se efectúen en la entrada y en la salida, nada prohíbe que puedan realizarse en cualquier momento, incluso interrumpiendo la actividad laboral, siendo este último supuesto excepcional y debiendo existir una sospecha seria e individualizada.

Los registros se realizarán como la última de las opciones posibles para la consecución del fin perseguido por el empresario, lo cual quiere decir que sólo podrá emplearse cuando no existan otros mecanismos o medidas menos agresivas para los derechos a la intimidad y a la dignidad del trabajador que puedan satisfacer el interés empresarial perseguido. La mención aquí realizada a la dignidad de la persona viene a significar la ausencia de cualquier tipo de agresión sobre el trabajador durante el registro, ya sea física o verbal, así que, aunque el trabajador se niegue totalmente a ser sometido al registro, este no puede efectuarse coactivamente por voluntad del empresario (el empresario no tendrá nunca legitimidad para realizar el registro por la fuerza).

El registro se podrá llevar a cabo acompañado de tocamientos o del despojo de prendas, pero únicamente en casos muy excepcionales, y siempre que sea necesario. En estos casos, sin olvidar que nadie puede ser obligado a someterse al registro, se exige que este se practique ante personas del mismo sexo que el trabajador afectado, y si fuera posible, también realizado por alguien del mismo sexo. Sabiendo que estas medidas constituyen un atentado contra el pudor natural de la persona y que son siempre lesivas de la dignidad e intimidad del trabajador, habrán de realizarse con la debida intensidad, y por tanto, habrá de estarse a las circunstancias que motivaron el registro, sin olvidar, que la

⁴⁷ Arias Domínguez, A. y Rubio Sánchez, F. (2006). *El Derecho de los Trabajadores...op.cit.*, pág. 80.

desnudez de la persona o el contacto sobre determinadas zonas de su cuerpo pueda constituir un supuesto de trato degradante.⁴⁸

Comparando el registro sobre la persona con el registro sobre taquillas y efectos particulares, es lógico pensar que el primero precisará de mayores garantías que los segundos, y así es, ya que no sólo necesitará una mayor justificación los registros sobre la persona, cercana a la imprescindibilidad, sino que en los espacios reservados no entrará en juego la dignidad personal. Esto no significa que se admita cualquier forma de registro sobre los espacios reservados de forma indiscriminada, pues además de exigirse la presencia del trabajador interesado, se debe rechazar cualquier uso de la fuerza. Quiere decir esto que, al igual de lo que ocurre con el registro sobre la persona, no podrán aprehenderse efectos personales o violentar espacios reservados en contra de la voluntad del trabajador o su negativa. Teniendo en cuenta que es indispensable una “necesidad” que justifique la adopción de la medida, no se admitirán registros generales sobre todos los efectos y lugares reservados del trabajador.

Además, es conveniente que los registros se realicen con la mayor discreción y la menor publicidad posible, por lo que se aconseja que sean realizados en el momento en el que haya menor concurrencia de personal en el centro de trabajo. Podrá exigirse que la presencia de terceros mientras se realiza el registro se limite a los sujetos que constituyen garantía del mismo, pudiendo el trabajador sobre el que recaerá el registro oponerse a que se practique en presencia de otros trabajadores, aun cuando también fuesen afectados por la medida.⁴⁹

En cuanto al criterio de selección de los trabajadores que deben ser registrados, este debe abarcar a varios trabajadores, no utilizando una medida selectiva, sino bajo un ritual que asegure la aleatoriedad del registro, y tratando de evitar que se proceda de forma discriminatoria o contraria al principio de igualdad y de no discriminación.

El último inciso del artículo 18 de la LET dispone que se contará, en la realización de los registros, con la asistencia de un representante de los trabajadores o, en su defecto, de otro trabajador, siempre y cuando ello fuera posible.

⁴⁸ Martínez Fons, D. (2002). *El Poder de Control del Empresario en...op.cit.*, pág. 335.

⁴⁹ Arias Domínguez, A. y Rubio Sánchez, F. (2006). *El Derecho de los Trabajadores...op.cit.*, pág. 81.

Por lo tanto, si hay un representante de los trabajadores, este deberá estar presente. En su defecto, cuando no se encuentre o no exista representante de los trabajadores, se deberá hacer frente a un trabajador ordinario. Esta alternativa de contar con la asistencia de un trabajador que no sea representante de los trabajadores queda supeditada a “que ello sea posible”, por lo que se abren otros dos supuestos: que no haya ningún trabajador presente en el momento de realizar el registro, o que los presentes se nieguen a participar en el registro. En cualquier caso, el precepto exige la presencia de estos sujetos “siempre que ello fuera posible”, por lo que no se niega la posibilidad de que pueda practicarse el registro sin la presencia de nadie, aunque lo razonable y deseable fuese contar con un tercero presente.

Otro supuesto en el que parece razonable prescindir de la presencia de un trabajador es cuando la práctica del registro es necesaria en ese preciso momento para proteger el bien jurídico protegido, es decir, cuando la dilación del registro perdería su entidad, razón de ser y eficacia.

4.3. Control empresarial a través de medios audiovisuales, electrónicos e informáticos

Tomaremos como introducción a estas medidas de control la última modificación sufrida por el estatuto de los trabajadores, en la que se añadió el artículo 20 bis - Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión, el cual dispone que “Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”.

4.3.1. Vigilancia a través de medios audiovisuales

El artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en relación con el derecho a la intimidad, que aquí interesa, dispone que tendrá la consideración de

intromisión ilegítima en el ámbito de tal derecho “el emplazamiento 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”, además de “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”.

Ambos preceptos establecen los ámbitos de prohibición en los que no es legítima la intromisión, no obstante, no hacen mención expresa a la instalación de aparatos que capturen la imagen o el sonido en aquellos lugares en donde se trabaja.

Como ya habíamos mencionado anteriormente, el artículo 20.3 ET establece que “el empresario podrá adoptar las medidas que estime oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana”. De esto podemos extraer dos ideas claras: la primera, con cierta voluntad de imprecisión, que el artículo no determina que medidas pueden adoptarse para tal fin, lo cual supone que en principio podrán adoptarse cualquier tipo de medidas, y la segunda, que se establece como único límite la debida consideración a la dignidad humana.

Especial importancia tiene aquí el nuevo artículo 20 bis del ET, el cual reconoce el derecho de los trabajadores a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia. Esta ley nos remite a la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), en concreto a su artículo 89, que establece lo siguiente: los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de videocámaras para el ejercicio de las funciones de control a los trabajadores, siempre que estas funciones de ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. Los empleados tendrán que informar previamente y de forma expresa y clara a los trabajadores acerca de esta medida. En ningún caso se admitirá la instalación de estos sistemas de grabación de la imagen y sonido en los lugares destinados al descanso, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos. Los sistemas de grabación de sonidos únicamente se admitirán cuando sean relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas, respetando siempre el principio de proporcionalidad, el de

intervención mínima y las garantías de la ley.

Por lo tanto, con base en los artículos mencionados, y avalados por reiterada y abundante jurisprudencia, la cual admite multitud de medidas variopintas, se entenderá aceptada la videovigilancia y otros sistemas análogos como medidas lícitas de control de los trabajadores.

En primer lugar, como principal límite respecto a la colocación de estas medidas de control encontraríamos “el lugar de trabajo”, es decir, el espacio físico donde se realiza el trabajo, además del “horario de trabajo” o jornada laboral. Por ello, claramente podría determinarse que el objeto del control debe estar circunscrito a la prestación laboral en relación a su determinación espacio-temporal.

Consecuencia de esta afirmación es que “parece quedar proscrita la instalación de este tipo de mecanismos en lugares de la empresa no destinados a ser <<lugar de trabajo>> como acontece en los lugares reservados para el ocio de los trabajadores, o dependencias privadas para los mismos, como podrían ser los aseos o baños”⁵⁰.

Esto se apoya en dos razones. La primera es que estos espacios de descanso, ocio, aseo, o análogos, no guardan relación con la prestación de servicios a los que los trabajadores se obligan, y la segunda, es que se considera que estos espacios constituyen una prolongación de la privacidad o intimidad que a toda persona corresponde.

Respecto a la limitación temporal, únicamente se podrá ejercer el control durante el tiempo de la prestación laboral, lo cual significa que se pretende dejar fuera del control empresarial todo el tiempo o momento temporal en el que el trabajador no esté desarrollando su labor profesional. Además de encontrar fundamento en “el horario de trabajo”, este tipo de control debe estar limitado también en el tiempo, siendo poco acorde a los designios de la norma su mantenimiento de forma indefinida, circunstancia que encuentra sólo una excepción: que el control mediante este tipo de instrumentos y dispositivos se utilice como una medida general de seguridad.⁵¹

⁵⁰ Arias Domínguez, A. y Rubio Sánchez, F. (2006). *El Derecho de los Trabajadores...op.cit.*, pág. 147.

⁵¹ STSJ de Galicia, de 30 de noviembre de 2001 (JUR 2002\23274).

Es conveniente realizar aquí una división, a rasgos generales, de los supuestos en los que es posible instalar estas medidas de vigilancia; por un lado, la finalidad de control para verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales del trabajador, y por otro lado, la seguridad, constituyendo su objeto la prevención de situaciones de riesgo consideradas prevalentes en atención a los bienes jurídicos comprometidos. Así pues, respecto a la instalación de estos dispositivos de control como medidas de seguridad, en ciertas ocasiones, lejos de constituir una decisión libre adoptada por el empresario, constituye el cumplimiento de un deber inexcusable ligado con el legítimo y correcto desarrollo de la actividad o servicio, como por ejemplo puede ser la instalación de cámaras de vigilancia en cajeros automáticos.

Otro límite es la prohibición de difundir todas aquellas imágenes o grabaciones tomadas en el centro de trabajo. No obstante, pese a permitirse ser conservadas para su visualización, dentro de un tiempo razonable y en las instalaciones de la empresa por el personal encargado, supone una excepción a su conservación en el tiempo y difusión el haber apreciado una infracción sancionable, en cuyo caso podrán ser conservadas a efectos de prueba.⁵²

Antes de introducirnos en una cuestión tan relevante en este supuesto como es el conocimiento por parte de los trabajadores de que están siendo grabados, veremos en qué sentido se han pronunciado los Tribunales en estos últimos años.

La STC 39/2016 de 3 de marzo (RTC 2016\39) dio un paso atrás respecto a la doctrina establecida en la STC 29/2013 de 11 de febrero (RTC 2013\29)⁵³, estableciendo un nuevo criterio acerca del deber de información previa, flexibilizándolo en base a la no necesidad de que el trabajador prestase su consentimiento cuando el empresario adoptase la medida de instalar cámaras de vigilancia. Esta sentencia entendía que “basta con que los trabajadores tengan conocimiento genérico de la existencia de las cámaras de vídeo a través del distintivo informativo”, es decir, equiparaba un cartel anunciador al lado de la cámara al deber de información a los trabajadores acerca de la instalación de estos medios.

⁵² STSJ de Galicia, de 28 de septiembre de 1999 (AS 1999\2952).

⁵³ Deber de informar a los trabajadores sobre cuándo puede ser examinadas las grabaciones, durante cuánto tiempo, con qué propósitos, si pueden ser utilizadas para imponer sanciones disciplinarias, etc.

Las siguientes ideas⁵⁴ aparecen como crítica a esa nueva doctrina: que los derechos fundamentales del trabajador no siempre quedarán sometidos al interés del empresario, que este interés no puede justificarse en la mera utilidad o conveniencia para la empresa (SSTC 98/2000 de 10 de abril [RTC 2000\98] y 186/2000 de 10 de julio [RTC 2000\186]), y que, como regla general, no debe permitirse la videovigilancia para el control de los trabajadores (Artículo 29 del Dictamen 4/2004 de la UE). “Puede entenderse que sea suficiente colocar un cartel bajo la cámara cuando su finalidad sea la filmación de un colectivo desconocido, el público en general, pero no cuando se utilicen estos medios en una relación laboral, pues el empresario además de contar con amplios poderes, también cuenta con amplios deberes, como el de información, considerando innecesario el recorte a la doctrina de la STC 29/2013”. No obstante, pese a defender la regla general del deber de informar, es consciente de que no tendría sentido cuando la finalidad del medio fuese corroborar un ilícito laboral de un trabajador sobre el que existen sospechas, siempre y cuando no haya otra forma de obtener pruebas. Por lo tanto, la medida de control devendría inútil con el preaviso. Concluye en que “no se debe descartar por completo la posibilidad de instalación de cámaras ocultas”⁵⁵, pero sólo cuando se trate de infracciones graves o actividades delictivas, y siempre y cuando hayan sospechas suficientes.

Lo establecido en esta doctrina quedó atrás con la introducción del nuevo artículo 20 bis LET y el artículo 89 de la LOPDGDD, quedando lo relativo al deber de informar como veremos a continuación.

En principio, es necesario que el trabajador tenga conocimiento de que está siendo filmado o grabado. Desde otra perspectiva, podríamos hablar de una obligación por parte del empresario de advertir a los trabajadores de la existencia de estas medidas de vigilancia y control. La exigencia de conocer las restricciones de los derechos fundamentales por parte del trabajador es necesaria, ya que es el conocimiento de la medida la única vía para determinar si la misma, en su adopción y aplicación, se

⁵⁴ J.L. Goñi Sein como autor de las mismas.

⁵⁵ Goñi Sein, J.L. (2016). *Instalación de cámaras de videovigilancia para la obtención de pruebas y deber de información previa*. Reseñas de Jurisprudencia, Vol. 4, págs. 288-291. Ediciones Universidad de Salamanca. Dialnet.

ajusta a la finalidad propuesta y es adecuada conforme al sacrificio que implica.⁵⁶

A su vez, respecto a lo dispuesto en la LO 1/1982 ya mencionada con anterioridad, el eventual conocimiento de que se están utilizando dispositivos de captación de imágenes permite presumir que no concurre la finalidad prohibida en la norma, evitándose la tipicidad de la conducta.

Desde una perspectiva contractual, el desconocimiento por parte del trabajador de la existencia de sistemas de grabación o filmación de imágenes significaría la transgresión del principio de buena fe por parte del empresario en el ejercicio de sus poderes.

A pesar de lo dispuesto anteriormente, hay que tener en cuenta circunstancias excepcionales que permiten, de acuerdo con la jurisprudencia, excepcionar lo anterior. Nos referimos aquí a aquellos supuestos en los que la vigilancia del trabajador, llevada a cabo de forma oculta, tiene lugar en relación a un proceso de investigación de actividades fraudulentas, debiendo existir una sospecha razonable de que se ha cometido una ilicitud contractual grave o de que se encuentra realizando actividades incompatibles con su situación de incapacidad temporal. Esta excepción debe ser interpretada de forma restrictiva, teniendo en cuenta el carácter potencialmente lesivo del derecho a la intimidad, por lo que se entiende que todo control oculto de la actividad del trabajador debe ser la *extrema ratio*⁵⁷. El control oculto únicamente debe tener la consideración de legítimo cuando exista una sospecha cierta acerca de un incumplimiento grave que afecte a bienes de relevancia constitucional.

“Por lo tanto, en sede de legalidad ordinaria, parece razonable que se informe a los representantes de los trabajadores sobre algunos aspectos concretos: las características definitorias del mecanismo de control empleado, criterio de instalación, finalidad, grabación o no de imágenes, acceso a las mismas, conservación, etc., aunque, parece razonable, que esta información no contenga la concreta ubicación de las cámaras, siempre que se garantice el respeto a los espacios de la empresa o centro vinculados con

⁵⁶ Martínez Fons, D. (2002). *El Poder de Control del Empresario en...op.cit.*, pág. 101.

⁵⁷ Última razón o, respecto a este contexto, última opción.

el derecho de intimidad”⁵⁸.

Por otra parte, dejando a un lado los medios de control únicamente de grabación o filmación de la imagen (videovigilancia con cámaras), la utilización de medios de control auditivo presenta mayores dificultades respecto con el derecho a la intimidad, pues su empleo se considera, en general, desproporcionado con el fin perseguido, estando exclusivamente permitidos por razones de seguridad.

El problema que presentan este tipo de medidas de control es que no sólo entra en juego la intimidad del trabajador, sino también la del interlocutor que, desconociendo la existencia de la medida de grabación, podría estar facilitando datos de su esfera personal, los cuales además de ser innecesarios para el empresario, no deben ser conocidos por este.

Así es que la grabación de la voz supone una mayor injerencia sobre la intimidad o ámbito privado del trabajador que la sola filmación de la figura, ya que dentro de las conversaciones que mantienen los trabajadores entre sí o con los clientes pueden deslizarse datos o hechos que afecten al ámbito particular de aquellos, y que no existe ninguna razón que autorice a la empresa conocer dichos datos.⁵⁹

Así pues, para proceder a la grabación magnetofónica de la voz, se exigirán los mismos indicios de incumplimiento laboral que se exigen en el caso de las videograbaciones, teniendo en cuenta los principios de proporcionalidad e intervención mínima que rigen la modulación del derecho fundamental a la intimidad, principios que ya han sido mencionados con anterioridad.

4.3.2. Vigilancia de los sistemas de comunicación en la empresa: ordenador y teléfono

El control realizado por el empresario sobre los sistemas de comunicación utilizados por sus empleados en el trabajo trae consigo un conflicto de derechos. Por un lado, el

⁵⁸ Arias Domínguez, A. y Rubio Sánchez, F. (2006). *El Derecho de los Trabajadores...op.cit.*, págs. 153-154.

⁵⁹ STC 117/1994 de 25 de abril (RTC 1994\117).

derecho a la intimidad de los trabajadores y el secreto de las comunicaciones (estrechamente ligado con el anterior), y por otro, el derecho del empresario a controlar y vigilar a aquellos respecto a la realización de su trabajo.

Tanto el ordenador como el teléfono constituyen, en la mayoría de los casos, un material de trabajo o herramienta puesta a disposición del trabajador, por parte del empresario, con el fin de que a través de los mismos puedan desarrollar el ejercicio de su actividad laboral, por lo que, en una primera aproximación, parece lógico entender que estos sistemas de comunicación deben estar sometidos al control empresarial para evitar un uso indebido de los mismos que obstaculice el buen desempeño de la actividad profesional.⁶⁰

No obstante, al realizarse este control empresarial con el fin de controlar la actividad laboral de los trabajadores, podrían ser intervenidas comunicaciones personales del trabajador, y por lo tanto producir una injerencia en el derecho a la intimidad de aquel, sin olvidar que este derecho guarda un estrecho parentesco con el secreto de las comunicaciones.

Por lo tanto, a pesar de que al empresario se le permite vigilar a los trabajadores y averiguar qué uso están haciendo de las herramientas puestas a su disposición, amparo otorgado por los artículos 18 y 20 LET, debe afirmarse que el empleador no se encuentra legitimado para levantar indiscriminadamente, y sin razón alguna, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, a pesar de contar con la propiedad del sistema de comunicaciones, pues como ocurre en el supuesto del registro de las taquillas, podrían considerarse estos sistemas de comunicación una extensión del espacio personal o intimidad del trabajador. Así pues, debe encontrarse justificación en la protección del patrimonio empresarial o en el de los demás trabajadores, pues de lo contrario se produciría la vulneración de la intimidad.

Es así como, con el fin de evitar que los trabajadores utilicen estos sistemas para fines distintos a los estrictamente laborales, el empresario puede establecer legítimamente limitaciones al uso del ordenador y del teléfono puesto a disposición de sus empleados,

⁶⁰ Arias Domínguez, A. y Rubio Sánchez, F. (2006). *El Derecho de los Trabajadores...op.cit.*, págs. 67-83.

estableciendo sistemas de control del uso de los mismos, debiendo ser los trabajadores conocedores de la implantación de estas medidas y advertidos sobre la imposibilidad de emplear aquellos sistemas para fines personales o particulares.

Así es como el nuevo artículo 20 bis LET reconoce a los trabajadores el derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador. Remitiéndonos este artículo a la LOPDGDD, su artículo 87 dispone que el empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores solo para controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos. Además, los empleadores deberán establecer los criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente. Los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización.

Por lo tanto, podríamos establecer como uno de los principales requisitos exigidos para la vigilancia de estos sistemas, el preaviso al trabajador de la existencia de medidas de control de los mismos a fin de tener conocimiento de la forma en la que realiza su trabajo, además de comunicar las necesidades del empleador que motivan la adopción de estas medidas, los límites en cuanto al uso de estos medios digitales o teléfonos, la clase de control y las consecuencias del incumplimiento, todo ello para garantizar la regla de buena fe.

No obstante, eventualmente, podría prescindirse de esta garantía de aviso al trabajador cuando de la utilización de estos sistemas pudieran derivarse lesiones graves para la empresa, como pudieran ser su seguridad interior o la existencia de indicios racionales de la comisión de delitos, siempre que se hayan agotado otras posibles vías de investigación.

Como ejemplo podemos tomar la STS de 5 de diciembre de 2003 (RJ 2004\313), la cual entiende que existe legitimidad en la vigilancia y grabación de las conversaciones telefónicas de trabajadores que prestaban sus servicios mediante el teléfono (comerciales telefónicos), siempre y cuando esté avisado el trabajador de que sus conversaciones pueden ser escuchadas y grabadas, por un superior, con el fin de

comprobar la técnica de venta de los empleados. Esta medida se consideró adecuada y proporcional, pues el objetivo era corregir defectos en la técnica comercial. También la STS de 6 de octubre de 2011 (RJ 2011\7699), que considera que no hay vulneración del derecho a la intimidad cuando la información se haya obtenido a través de la utilización de un programa espía instalado en los ordenadores para controlar la actividad de los trabajadores, pues habiéndose prohibido rotundamente el uso del ordenador para cuestiones personales o indebidas, no puede creerse que existe una expectativa razonable de intimidad. Por último, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 5 de septiembre de 2017, que dijo que si el trabajador no era previamente informado sobre la posibilidad de la empresa de vigilar y acceder al contenido las comunicaciones personales realizadas por el trabajador mediante los medios propios de la empresa (incluso si existían normas de la empresa que lo prohibían), constituiría una vulneración de la intimidad y el secreto de las comunicaciones.

Entre las medidas que pueden ser adoptadas por el empleador respecto a estas tecnologías, podríamos destacar la escucha y grabación de las llamadas telefónicas para vigilar el contenido de las comunicaciones, así como el control de los ordenadores mediante programas espías u otros análogos que permitan conocer toda la actividad que en ellos se ha llevado a cabo, como por ejemplo: el control del uso del correo electrónico (para vigilar buen o mal uso del correo electrónico), el control de acceso a la red (para vigilar a los usuarios de la entidad que acceden a la red de comunicaciones con el fin de utilizar los recursos y sistemas de información de la entidad), el control de acceso y uso de internet (para vigilar el buen uso de la red por los empleados y controlar la descarga de contenidos legítimos), o el control de uso de aplicaciones (para vigilar el acceso y uso de las aplicaciones de la entidad que precisan los empleados para desarrollar sus funciones).⁶¹

Especial mención merece aquí, también del artículo 20 bis, el derecho a la desconexión digital que reconoce a los trabajadores. En remisión otra vez a la LOPDGDD, esta vez a su artículo 88, se establece que los trabajadores tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo, el respecto de su tiempo

⁶¹ Marzo Portera, A. y Marzo Portera, I. (2009). *Vigilancia y control de las comunica...op.cit.*, págs. 29-30.

de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar. El ejercicio de este derecho atenderá a la naturaleza y objeto de la relación laboral.

4.3.3. Vigilancia mediante sistemas análogos

Por último, el artículo 20 bis LET también reconoce al trabajador el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de geolocalización. Remitiéndonos de nuevo a la LOPDGDD, el artículo 90 dice que los empleadores podrán tratar los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. Previamente los trabajadores deben ser informados de forma expresa, clara e inequívoca sobre la existencia y características de estos dispositivos.

Conclusiones

PRIMERA:

Como ya hemos visto, una de las características de la relación laboral es la dualidad de posiciones, en la que ambas partes cuentan con derechos y deberes respecto a la otra, no obstante, la parte empresarial siempre va a ostentar una posición de superioridad frente a los trabajadores.

Esta situación de superioridad en ningún caso amparará el abuso, ya que, a pesar de que se permite cierta intromisión respecto a derechos fundamentales del trabajador, en supuestos excepcionales y con el cumplimiento de minuciosas garantías, el trabajador nunca deberá soportar intromisiones que no se ajusten a lo determinado por las leyes y la jurisprudencia.

SEGUNDA:

El deber del empresario de velar por el correcto funcionamiento de la empresa viene avalado por ciertos poderes otorgados por la ley, los cuales se concretan en la dirección y el control de la actividad empresarial. Este poder, en la actualidad –ya que en tiempos pasados no fue así–, se encuentra limitado por los derechos fundamentales

de los trabajadores. Se exige que a la hora de adoptar medidas de control y vigilancia haya proporcionalidad; esto se traduce en que aquellas deben ser adecuadas, pertinentes y no excesivas en relación con la finalidad perseguida.

Además, la medida limitativa de derechos fundamentales debe ser la última de las opciones para alcanzar el fin, lo cual quiere decir que si existen medidas menos gravosas para el trabajador que permitan alcanzar dicho fin, deben ser empleadas.

En definitiva, la medida de control adoptada debe ser considerada imprescindible, en base a la relevancia del interés empresarial satisfecho a través de la información que pretende conseguirse, la relevancia de la información que puede obtenerse a través de los medios empleados, y la efectividad de otros medios para alcanzar resultados similares.

TERCERA:

Los derechos fundamentales, a pesar de contar con una especial posición y protección reconocida por la Constitución, no poseen una amplia regulación en el ámbito de las relaciones laborales. Por ello, el desarrollo de su ámbito y alcance queda subordinado a lo que el legislador y la jurisprudencia establezcan.

En cuanto a las notas características del derecho a la intimidad, podemos destacar que es un derecho inherente al ser humano por el mero hecho de serlo y que acompaña al ciudadano en todos sus ámbitos, tanto el personal como el laboral, y que, además, se encuentra íntimamente ligado con otros derechos de relevancia constitucional como el secreto de las comunicaciones, la libertad ideológica, la propia imagen o incluso el honor.

Dentro del plano laboral, el derecho a la intimidad del trabajador puede verse vulnerado por los sistemas de control empleados por el empresario, entre los que podemos destacar el uso de programas espías en los ordenadores o la grabación y escucha de las llamadas telefónicas, la vigilancia del aspecto físico y de la salud, o la instalación de cámaras de videovigilancia u otros aparatos de grabación del sonido que permitan captar conversaciones.

Respecto a los medios de control empleados por el empresario, no se requiere la tolerancia o el consentimiento por parte del trabajadores para su utilización, no obstante, su existencia debe ser conocida por aquellos, pues de lo contrario, si no tuviesen conocimiento de los mismos, no podrían ser denunciados en caso de ser ilícitos.

CUARTA:

Cuando el derecho a la intimidad colisiona con el poder de control empresarial, deja de tener la protección de la que goza fuera del ámbito laboral: primero, porque el estatuto de los trabajadores da pie al empresario a servirse de las medidas que estime oportunas para la vigilar y verificar el cumplimiento por el trabajador de sus tareas, y segundo, porque la misma ley no prohíbe expresamente la utilización de ninguna medida en concreto para efectuar el control sobre los trabajadores.

Por ello, ante controversias surgidas por la colisión, son los órganos jurisdiccionales quienes ponderan, en cada caso, si la intromisión sobre los derechos fundamentales son legítimas o no, siguiendo, en primer lugar, los criterios establecidos por el ET para cada caso en concreto y, en segundo lugar, un juicio de proporcionalidad, debiendo cumplir la medida los requisitos de idoneidad, necesidad y equilibrio.

QUINTA:

Es lógico que dentro de la relación laboral, al mismo tiempo que se otorga un poder de control al empresario para velar por el correcto comportamiento de los trabajadores y por el cumplimiento de las tareas que tienen encomendadas, se establezcan unas limitaciones al ejercicio de dicho poder. Estas limitaciones revisten la forma de derechos, reconocidos al trabajador, los cuales no pueden ser transgredidos sin que se cumplan una serie de requisitos. A su vez, que se pueda limitar un derecho fundamental es una idea que a priori podría parecer inconstitucional, pero que es necesaria si se quiere establecer un equilibrio entre las posiciones que conforman la relación laboral, pues, de lo contrario, el empresario quedaría desprotegido

No hay que olvidar que la existencia de dos partes supone que ambas tienen intereses propios, y por ello son titulares de derechos y deberes; derechos para proteger y velar por sus intereses, y deberes que tienen que cumplir con la otra parte para que también puedan ver satisfechos los suyos. Es decir, es una relación recíproca, y como tal,

ninguno puede imponerse absolutamente frente al otro, debiendo haber un equilibrio en la balanza de los intereses.

Bibliografía

- Arias Domínguez, A. y Rubio Sánchez, F. (2006). *El Derecho de los Trabajadores a la Intimidación*. Navarra: Aranzadi, S.A.
- Goñi Sein, J.L. (1988). *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder central empresarial*. Madrid: Editorial Cívitas.
- Goñi Sein, J.L. (2016). *Instalación de cámaras de videovigilancia para la obtención de pruebas y deber de información previa*. *Reseñas de Jurisprudencia*, Vol. 4, págs. 288-291. Ediciones Universidad de Salamanca. Dialnet.
- Martínez Fons, D. (2002). *El Poder de Control del Empresario en la Relación Laboral*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- Marzo Portera, A. y Marzo Portera, I. (2009). *Vigilancia y control de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo*. Barcelona: Ediciones Experiencia, S.L.
- Montoya Melgar, A. (2017). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Palomeque López, M.C. y Álvarez de la Rosa, M. (2017). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Aceres.
- Rojas Rivero, G.P. (1991). *La libertad de expresión del trabajador*. Madrid: Editorial Trotta, S.A.
- Sáenz-Torre de Torre, Irene (2015), *El derecho a la intimidad personal en el ámbito laboral*. *Revista electrónica de derecho Universidad de la Rioja*. Dialnet.

- Legislación:

Constitución Española, 1978

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y garantía de Derechos Digitales.

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.