



UNIVERSIDAD DE OVIEDO

Facultad de Derecho

GRADO EN DERECHO

TRABAJO FIN DE MÁSTER

**LA APLICACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL
ÁMBITO LABORAL**

Realizado por: Rodrigo Cabo Tuñón

Convocatoria: 1

RESUMEN.

Este trabajo trata sobre el estudio de la aplicación de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral, en concreto lo que respecta a los derechos de los trabajadores en su relación laboral y en el desempeño de su trabajo. Se analizarán y explicarán la interpretación doctrinal y jurisprudencial que hay respecto al ejercicio de los citados derechos, teniendo en cuenta sobre todo las sentencias emitidas por el Alto Tribunal y algún voto particular que también resulta interesante. Explicando además de forma detallada alguna de ellos y considerados de los más importantes, como por ejemplo el derecho de huelga, el cual es el derecho por excelencia de los trabajadores y el cual tienen a disposición para hacer valer sus derechos.

This paper is about the study of the application of new technologies in the workplace, in particular with regard to the rights of workers in their employment relationship and in the performance of their work. The doctrinal and jurisprudential interpretation of the exercise of the aforementioned rights will be analyzed and explained, taking into account above all the sentences issued by the High Court and a particular vote that is also interesting. Also explaining in detail some of them and considered the most important, such as the right to strike, which is the right par excellence of workers and which are available to enforce their rights.

ÍNDICE.

ÍNDICE. Página 1.

INTRODUCCIÓN. Página 2.

CONTENIDO Páginas 3 a 46:

1. LA FACULTAD EMPRESARIAL DEL USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL ÁMBITO LABORAL. Páginas 3 a 10.

1.1 EJEMPLO DE CONTROL POR LA EMPRESA DEL USO DE LOS MATERIALES. Páginas 10 a 14.

2. EL VALOR PROBATORIO DE LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS. Páginas 14 a 20.

3. INFLUENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO LABORAL. Páginas 20 a 42.

3.1 EL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO Páginas 21 a 27.

3.1.1 ESPECIAL REFERENCIA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL 2 DE FEBRERO DE 2017 Páginas 27 a 30.

3.2 LA VIDEOVIGILANCIA Páginas 30 a 37.

3.3 LA GEOLOCALIZACIÓN Páginas 37 a 40.

3.4 CONTROLES BIOMÉTRICOS Páginas 40 a 41.

3.5 CONTROLES MICROFÓNICOS Páginas 41 a 42.

CONCLUSIONES. Páginas 43 a 44.

BIBLIOGRAFÍA. Páginas 44 a 46.

INTRODUCCIÓN.

En los últimos tiempos nos encontramos inmersos en una nueva revolución industrial que ha cambiado por completo la metodología de trabajo, concretamente este apartado hace referencia a la revolución tecnológica, a la automatización de los procesos productivos y a la digitalización de las empresas.

En el nuevo contexto marcado por la innovación y la consolidación de nuevas herramientas que cambian por completo la forma de efectuar la prestación del trabajo, se producen numerosas situaciones que no encuentran respuesta alguna en el ordenamiento jurídico, sin duda alguna por la peculiaridad que entrañan y por la falta de adaptación del ordenamiento a un contexto tan dinámico y cambiante. Por ese motivo la doctrina Jurisprudencial ha integrado las lagunas legales existentes ante las situaciones que se generan como consecuencia de la transformación digital de las empresas.

Las nuevas tecnologías son el detonante de múltiples conflictos en el ámbito laboral que ya han comenzado a cuestionarse y debatirse en los Tribunales, pues no cabe duda que el avance de las nuevas tecnologías ha alcanzado tal punto, que ha cambiado la realidad social por completo. En el presente apartado se pretende ofrecer una visión generalista sobre los conflictos más frecuentes relacionados con las nuevas tecnologías que se manifiestan en el ámbito laboral.

En el contexto de que cada día surgen nuevas fórmulas de comunicación e incluso de realizar las tareas productivas se generan una multitud de conflictos que no encuentran respuesta alguna en el ordenamiento jurídico, tales como por ejemplo el efecto que pueden producir las opiniones o manifestaciones realizadas a través de las redes sociales, la utilización indebida de los nuevos dispositivos electrónicos y digitales en el ámbito laboral, la difusión de material confidencial obtenido aprovechando la especial posición de superioridad y accesibilidad por motivos de la prestación del servicio.

La facultad de control que ostenta el empresario alcanza la de verificar la adecuada utilización por parte de los trabajadores de los instrumentos electrónicos y digitales que ponga a su disposición para la llevanza a cabo de la prestación del servicio, pero no sin límites ni condicionantes, sino que existen formas predeterminadas para llevar a cabo el seguimiento de la correcta utilización de los instrumentos tecnológicos por parte de los trabajadores.

Por último, se abordará la incidencia de las nuevas tecnologías en el ejercicio de los Derechos fundamentales proclamados por la Constitución Española, en el ámbito específico del derecho constitucional a la huelga, comentando un concepto jurídico de reciente creación Jurisprudencial conocido como el “esquirolaje tecnológico”.

1. LA FACULTAD EMPRESARIAL DEL USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL ÁMBITO LABORAL.

Una de las múltiples situaciones potencialmente problemáticas que surgen con la digitalización de los procesos productivos, se origina con ocasión de la puesta a disposición del trabajador de equipos informáticos, software, canales de intercomunicación telemática, smartphones y herramientas diseñadas para la interacción en las relaciones sociales. Herramientas que por su funcionalidad son susceptibles de ser utilizados para el uso personal o para fines ajenos al trabajo, generando pérdidas económicas para el empresariado por el derroche de recursos productivos.

Generalmente, en el ámbito laboral existen usos permitidos y no permitidos de las herramientas tecnológicas que el empleador pone a disposición del trabajador. Todo ello es debido a que el empleador, en su condición de titular de la organización productiva, cuenta con una facultad de vigilancia y control en relación con la utilización del material que pone a disposición de los empleados para el desempeño del trabajo, así como verificar el adecuado cumplimiento por parte del trabajador de las obligaciones que le incumben.

Tal y como ocurre en otras materias conexas (ejemplo, el registro de taquillas y efectos particulares del trabajador), en materia telemática el trabajador ostenta un derecho a la protección de la intimidad y el secreto de las comunicaciones. No obstante, esto no implica que el empleador no tenga la posibilidad de verificar el contenido al que acceden los trabajadores en la web, pues en ese caso el poder de dirección quedaría limitado y perdería toda su entidad, al menos en lo que al control del uso de las nuevas tecnologías en las empresas se refiere.

Continuando con el argumento anterior, el vigente artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores ofrece una serie de garantías al trabajador contra la intromisión del empleador en su esfera íntima personal, pero, no obstante, esto no significa que el empleador no pueda realizar labores de control inherentes al poder de dirección que ostenta, sino que simplemente se menciona que tales facultades de vigilancia y control deben ser ejercitadas de la forma menos atentatoria contra la dignidad del trabajador afectado.

Existen ámbitos en el centro de trabajo que no pueden ser controlados y verificados por el empleador, como por ejemplo la taquilla que tenga a su disposición en el centro de trabajo para depositar sus efectos personales. El argumento legal y doctrinal de tal facultad de exclusión del empleador se fundamenta en que las taquillas forman parte de la esfera privada del trabajador y por ende quedan fuera del ámbito de la ejecución del contrato de trabajo al que se extienden los poderes empresariales de dirección y control, tal y como se regula en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 18 del mismo texto legal.

Cuestión bien distinta es el control sobre los equipos informáticos que utilizan los trabajadores para la prestación del servicio, pues no se puede obviar que tanto los equipos informáticos como los smartphones, así como los demás elementos de hardware y software son instrumentos de producción titularidad del empresario y a través de los cuáles se efectúa la prestación del servicio. Dos motivos con entidad suficiente para justificar la facultad de control de la utilización de los instrumentos tecnológicos, por parte del empresario, que podrá examinar y verificar los dispositivos a fin de comprobar que el trabajador cumple con sus obligaciones laborales de forma adecuada.

Por tanto, el argumento de peso que autoriza al empleador para controlar y verificar el contenido al que acceden los trabajadores con los dispositivos electrónicos, se debe a que mediante los equipos informáticos se ejecuta la prestación del servicio y, en consecuencia, el empresario no tiene otra forma de verificar el correcto y adecuado cumplimiento de la prestación laboral, sino es mediante el examen de los equipos informáticos y demás instrumental tecnológico.

Se deben diferenciar dos tipos de bienes (ya sea muebles o inmuebles) puestos a disposición del trabajador, en atención a su funcionalidad en relación con la prestación laboral, por un lado aquellos a través de los cuáles se efectúa la prestación del servicio, como por ejemplo un equipo informático o una máquina excavadora y por otra parte aquellos que tienen la función de otorgar un espacio íntimo y personal al trabajador dentro del propio centro de trabajo, como pueden ser las taquillas o los vestuarios.

Con respecto a las taquillas o los vestuarios, normalmente contienen efectos personales del trabajador que ninguna sinergia albergan con la relación laboral, a pesar de que la taquilla es un bien mueble cuya titularidad corresponde al empresario, su uso personal se encuentra cedido a favor del trabajador aunque vinculado causalmente al contrato de trabajo. Lo relevante para vedarlo del ámbito de control del

empleador es que queda al margen de la ejecución del trabajo y, por tanto, de los poderes empresariales de control y dirección.

En consecuencia, el empleador ostenta la facultad de control sobre la correcta utilización de los medios que pone a disposición de los trabajadores, facultad que incluye el control del correcto uso de la cuenta de correo electrónico, equipos informáticos, teléfonos móviles y demás herramientas y artilugios electrónicos que el empleador pueda poner a disposición de los trabajadores para la prestación del servicio.

La facultad de control de los dispositivos electrónicos es dimanante de los artículos 5. c) y 20.3 del vigente Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 13 de octubre), debido a que el trabajador en la prestación del servicio debe acatar las instrucciones del empleador en cuanto a la organización y forma de realización del trabajo. Por tal motivo resulta una facultad para el empleador y una correlativa obligación para el trabajador, derivada de las exigencias de buena fe imperantes en toda relación laboral.

Para verificar el adecuado cumplimiento por parte del trabajador de las obligaciones laborales derivadas del contrato de trabajo, el empleador puede adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control salvaguardando en las formas la dignidad del trabajador afectado.

La doctrina del Tribunal Constitucional afirma que el empleador goza de legitimidad para adoptar medidas restrictivas de los derechos fundamentales del trabajador, siempre y cuando la medida adoptada supere el juicio de proporcionalidad, entendido esto como la concurrencia de tres postulados básicos y fundamentales, tales como:

- Si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad).
- Si la medida 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).

Finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Por tales razones, según el Alto Tribunal, “el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que 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" (Véase SSTC nº 57/1994, FJ 6, y nº 143/1994, FJ 6.).

El control de los equipos informáticos se justifica también por la necesidad de coordinar y garantizar la continuidad de la actividad laboral en los supuestos de ausencias de los trabajadores (pedidos, relaciones con clientes), por la protección del sistema informático de la empresa, que puede verse afectado negativamente por determinados usos y también, por la prevención de responsabilidades en las que la empresa pudiere incurrir por algunas formas ilícitas de uso frente a terceros. En realidad el control empresarial de un medio de trabajo no necesita, a diferencia de lo que sucede con el registro de taquillas de los trabajadores, de una causa de fuerza mayor, (ejemplo sospechas fundadas de que el trabajador guarda material peligroso en su taquilla).

El ejercicio de la facultad de control del uso de los dispositivos electrónicos en el marco de las relaciones laborales no constituye un derecho absoluto para el empleador, sino que su ejercicio, además del respeto de una exquisita objetividad, se encuentra sometido a unas reglas tácitas de forma. De tal modo la vigilancia del uso de los equipos informáticos exige una metodología y una forma predeterminada, en caso contrario el empresario podría incurrir en lo que la doctrina Jurisprudencial denomina como la tolerancia del uso de los dispositivos electrónicos para fines ajenos al trabajo.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 26 de septiembre de 2007, delimita los presupuestos para que el ejercicio de la facultad de control del uso de los equipos informáticos no sea excesivo. En este punto es necesario traer a colación la existencia de un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores.

Esa tolerancia crea una expectativa que no puede ser desconocida por el empleador, aunque tampoco puede convertirse en un impedimento permanente del control empresarial porque aunque el trabajador tiene derecho al respeto de su intimidad, no puede imponer ese respeto cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en contra de las instrucciones establecidas para su uso y al margen de los controles previstos para garantizar la permanencia y la calidad del servicio.

No obstante, en todo control del uso de los equipos informáticos y demás instrumental digital puesto a disposición del trabajador por el empresario, deben imperar las reglas elementales de la buena fe, por tal motivo la empresa, con carácter previo a los

controles, debe establecer reglas de uso de los medios que pone a disposición de los trabajadores. Esto se traduce, en informar con carácter previo a los trabajadores de los usos que se encuentran permitidos y cuáles no, estableciendo prohibiciones absolutas o parciales, (por ejemplo de utilización del equipo informático para fines personales o particulares).

Asimismo el empleador debe informar a los trabajadores de que se realizarán los pertinentes controles con la finalidad de comprobar la corrección de los usos dados por estos a los medios que la empresa pone a su disposición, como también de las medidas efectivas aplicables para el caso de que los trabajadores incurran en usos indebidos del instrumental tecnológico puesto a su disposición. Actuando de esta manera el trabajador no podrá alegar contra las medidas de control efectuadas, como tampoco contra las sanciones disciplinarias o correctivas impuestas la existencia de una expectativa razonable de intimidad en los términos establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus Sentencias de 25 de junio de 1977 y de 3 de abril de 2007.

En la citada Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 de abril de 2007, se consideraron incluidos dentro de la esfera íntima del trabajador, la información derivada del seguimiento del uso personal de Internet, toda vez que esos archivos pueden contener datos sensibles en orden a la intimidad, en la medida que pueden incorporar informaciones reveladoras sobre determinados aspectos de la vida privada, (ideología, orientación sexual, aficiones personales etc.).

De modo que la práctica correcta sería informar previamente al trabajador sobre los usos particulares de los equipos informáticos vedados y comunicarle que se realizarán periódicamente las oportunas auditorías informáticas en aras de verificar el adecuado uso de los medios electrónicos puestos a su disposición. Con ello se pretende que el trabajador tenga la expectativa acerca de que el contenido al que accede en la red podría ser objeto de verificación por parte del empleador y, por tanto, la expectativa de intimidad del trabajador se encontraría debilitada desde el momento en que ha sido informado de cuáles son los usos vedados, y de los eventuales controles a que pudiera verse sometido.

La Sentencia de 6 de octubre de 2011, dictada en Sala General por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictamina que en el caso de uso personal de los medios informáticos de la empresa, no puede existir un conflicto de derechos cuando hay una prohibición válida (la prohibición absoluta podría no ser válida si, por ejemplo, el convenio colectivo reconoce el derecho a un uso personal de ese uso). La prohibición

determina que ya no exista una situación de tolerancia con el uso personal del ordenador y que tampoco exista lógicamente una expectativa razonable de confidencialidad.

En estas condiciones el trabajador afectado es consciente de que su actuación de utilizar para fines personales los dispositivos electrónicos no es correcta y también que está utilizando un medio que, al estar lícitamente sometido a la vigilancia de otro, ya no constituye un ámbito protegido por su expectativa de intimidad.

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011, resuelve un asunto en que la empresa, ante indicios de uso indebido para fines personales de los equipos informáticos y del correo electrónico por varios trabajadores de plantilla, procedió a realizar la pertinente advertencia de la prohibición de los usos personales en el horario de trabajo de los útiles que el empleador pone a disposición de plantilla. Simultáneamente la empresa procede a instalar un software específico en el equipo informático de dos trabajadoras de la empresa cuyo rendimiento laboral induce a considerar que el tiempo de trabajo lo dedican a fines personales.

El software instalado permitía acceder a las pantallas visualizadas por las que el usuario navegaba, pero sin acceso a su contenido, debido a que se hallaba protegido por la contraseña establecida por la trabajadora. Unos días después se procedió a visualizar el contenido de las páginas web visitadas en presencia de un delegado sindical de la empresa, y se constató que la trabajadora en horario laboral accedía a numerosas páginas web no relacionadas con la actividad de la empresa, tales como páginas de venta de segunda mano, agencias de viajes, páginas web de comercio electrónico, páginas de búsqueda de empleo etc.

El Alto Tribunal declara que el despido producido no ha lesionado el derecho a la intimidad de la trabajadora puesto que existía una prohibición específica de utilizar los medios de la empresa (teléfono, correo electrónico e internet) para uso personal por parte de los trabajadores. Es por ello que existiendo una prohibición de este tenor, la utilización con esa finalidad no puede quedar protegida y amparada por el ejercicio del derecho a la intimidad.

Ante tales evidencias la empresa comunicó a la trabajadora el despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual, traducido en un incumplimiento flagrante de las instrucciones empresariales. El objeto de debate durante la sustanciación del procedimiento versó sobre la falta de comunicación a la trabajadora afectada de la instalación del software de control del contenido al cual accede el usuario.

Sobre tal cuestión, razona el Tribunal, cuando existe una prohibición absoluta que válidamente impone el empresario sobre el uso de medios de la empresa (equipos informáticos, hardware, software, móviles, internet, etc.) para fines propios, tanto dentro como fuera del horario de trabajo, y no caprichosamente sino ante las sospechas fundadas de que se están desobedeciendo las órdenes impartidas al respecto, debe entenderse que lleva implícita la advertencia sobre la posible instalación de sistemas de control del uso del ordenador. No resulta admisible que surja un derecho del trabajador a que se respete su intimidad en el uso del medio informático puesto a su disposición, ya que tal entendimiento equivaldría a admitir que el trabajador podría crear, a su voluntad y libre albedrío, un reducto de intimidad, utilizando un medio cuya propiedad no le pertenece y en cuyo uso está sujeto a las instrucciones del empresario de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 ET.

Si hay prohibición de uso personal deja de haber tolerancia y ya no existirá esa expectativa de confidencialidad, con independencia de la información que la empresa haya podido proporcionar sobre el control y su alcance, control que por otra parte es inherente a la propia prestación de trabajo y a los medios que para ello se utilicen, tal y como está previsto legalmente.

No cabe duda que el Derecho a la intimidad personal consagrado en el artículo 18 de la Constitución Española ampara la legítima expectativa de exclusión de otras personas del ámbito o esfera íntima de un determinado individuo, como todos los Derechos Fundamentales declarados por la Carta Magna, la protección de tales situaciones en ciertas ocasiones se dispersa en beneficio de otros intereses legítimos contrapuestos. En el ámbito laboral, el uso de las tecnologías de la información y de la comunicación para fines distintos de los integrantes del contrato de trabajo ocasiona un coste económico para las empresas, tanto por el tiempo que el trabajador dedica a fines personales durante la jornada laboral, como por el desperdicio de recursos para fines que no albergan relación alguna con la actividad productiva.

En el ámbito administrativo, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal establece un régimen sancionador sumamente gravoso ante los incumplimientos en materia de protección de datos. Normalmente el fichero de tratamiento de datos autorizado por la Agencia Nacional de Protección de Datos es titularidad de la empresa, y en consecuencia cualesquiera conductas infractoras en que incurran los trabajadores repercutirán gravemente sobre el empleador, lo cual constituye un argumento de gran calado a favor del control del uso de las herramientas tecnológicas, no solo a modo de contención de eventuales responsabilidades en el plano civil y administrativo, sino también por imperativo legal.

Para evitar el incalculable perjuicio que puede ocasionar el uso personal de los útiles de trabajo, en especial los instrumentos relacionados con las TIC, la prevención es crucial, por tales razones sería recomendable que la propia empresa elaborase un mapa de riesgos derivados de la utilización indebida por los trabajadores de los instrumentos tecnológicos, con referencia expresa a las medidas preventivas que se adopten. Especial relevancia adquiere la anterior afirmación para el caso de empresas que por su propia actividad manejen información o datos especialmente sensibles sobre clientes o proveedores.¹

1.1 EJEMPLO DE CONTROL POR LA EMPRESA DEL USO DE LOS MATERIALES.

Con carácter preventivo, en aras de verter luz y determinación sobre un asunto ambiguo, un modelo de cláusula útil y eficaz para incluir en los contratos de trabajo, sobre la determinación de usos vedados y el control de la utilización de los dispositivos electrónicos por parte de los trabajadores sería la siguiente:

“La Empresa facilitará al empleado las herramientas tecnológicas y los sistemas de información necesarios para desarrollar su actividad: teléfono móvil, ordenador portátil, correo electrónico corporativo y acceso a información, base de datos y sistemas. Dichas herramientas son propiedad de la Empresa.

El empleado se abstendrá de todo uso de carácter personal o particular de todas las herramientas electrónicas y sistemas de información que la empresa ponga a su disposición, entiendo como uso personal, toda actividad que no albergue relación con el desempeño de los trabajos que le sean encomendados en virtud de la relación laboral con la empresa

El empleado deberá hacer un uso responsable y adecuado de las herramientas y sistemas que se le faciliten. A estos efectos, el empleado autoriza expresamente a la Empresa a controlar la utilización de dichas herramientas, pudiendo llegar a sancionar el uso inapropiado o abusivo del mismo.

¹ De las Heras García Aránzau, “Capítulo 1. Definición y características del teletrabajo”, Autor: De las Heras García Aránzau, El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas, ediciones CEF.-, páginas 70 a 79

Álvarez Alonso Diego, “Capítulo 10. Derecho a la intimidad y vigilancia audiovisual en el medio de trabajo: sentencia TC 98/2000, de 10 de abril”, Director: García Murcia Joaquín, Derechos del trabajador y libertad de empresa”, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, páginas 337 a 372.

La dirección de correo electrónico del usuario contiene el nombre de la Empresa y, por tanto, todas las comunicaciones a través del e-mail deberán tratarse como si fueran enviadas en papel con membrete o como correspondencia interna”

En conclusión, tal y como se adelantaba con anterioridad, la fórmula más simple y eficiente para evitar el uso indebido de los dispositivos electrónicos que el empleador pone a disposición del trabajador es la prevención de tales actuaciones atentatorias contra las reglas de la buena fe. Para lograr una prevención eficaz, la cláusula anteriormente transcrita sería una buena iniciativa, al menos en principio que los trabajadores firmantes no podrían oponer la falta de conocimiento de los usos prohibidos del instrumental tecnológico, así como tampoco podrán oponerse a las medidas de control adoptadas por el empresario, siempre y cuando, estas resulten proporcionales al fin que pretenden.

En cuanto a los métodos de control aplicables, dentro de cada organización empresarial podrán adoptar una forma concreta, lo realmente relevante es no utilizar medios de control excesivamente agresivos o gravosos para la persona del trabajador, a tal fin la instalación de un software que permita conocer las páginas a que accede el trabajador pero sin mostrar el contenido, parece una medida proporcionada, justa y equitativa entre los intereses empresariales y los derechos del trabajador.²

A tenor de lo expuesto anteriormente cabe mencionar la sentencia del tribunal constitucional 241/2012 en la cual deniega un recurso de amparo al considerar que no se perjudica el derecho a la intimidad ni de las comunicaciones al realizarse un acceso a la carpeta por la responsable del servicio, en compañía de las supervisoras y en presencia de ambas trabajadoras. El ordenador utilizado por las empleadas era de acceso público y sin clave. La empresa previamente había expresamente prohibido la instalación de otros programas informáticos distintos a los existentes en el sistema, este descubrimiento se debe a que se dio cuenta otro de los empleados. Primero, el TC, aborda el análisis del derecho a la intimidad y su posible vulneración por el acceso a las conversaciones privadas realizadas en el software que había instalado:

“el derecho a la intimidad contenido en el art. 18.1 CE, no sólo preserva al individuo de la obtención ilegítima de datos de su esfera íntima por parte de terceros, sino también

² Mercader Uguina Jesús R., “Disrupción tecnológica, robótica y nuevas formas de trabajo”, Director: Roca Martínez José María, *Diálogos jurídicos 2017*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, páginas 91 a 95.

Mercader Uguina Jesús R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, páginas 140 a 150.

de la revelación, divulgación o publicidad no consentida de esos datos, y del uso o explotación de los mismos sin autorización de su titular, garantizando, por tanto, el secreto sobre la propia esfera de vida personal y, consiguientemente, veda a los terceros, particulares o poderes públicos, decidir sobre los contornos de la vida privada.”

Según el tribunal constitucional no hay vulneración alguna ya que son ellas mismas las que instalan este programa en un ordenador público.

En lo que respecta al otro derecho, el secreto de las comunicaciones el tribunal se pronuncia de la siguiente manera:

“destacan dos elementos fácticos que son relevantes para determinar si la pretensión de secreto alegada por la demandante forma o no parte del ámbito de protección del derecho fundamental garantizado en el art. 18.3 CE, frente a la intervención empresarial aquí examinada como son: 1) el ordenador era de uso común para todos los trabajadores de la empresa; y 2) la empresa había prohibido expresamente a los trabajadores instalar programas en el ordenador, prohibición ésta que en modo alguno aparece como arbitraria en tanto que se enmarca en el ámbito de las facultades organizativas del propio empresario ... Así, por una parte, la posibilidad de uso común del ordenador por todos los empleados permite considerar que la información archivada en el disco duro era accesible a todos los trabajadores, sin necesidad de clave de acceso alguna. Esta disposición organizativa de uso común permite afirmar su incompatibilidad con los usos personales y reconocer que, en este caso, la pretensión de secreto carece de cobertura constitucional, al faltar las condiciones necesarias de su preservación.

Por otra parte, la prohibición expresa de instalar programas en el ordenador de uso común se conculca por la recurrente y otra trabajadora, quienes instalaron el programa de mensajería instantánea denominado «Trillian». Por tanto, no existiendo una situación de tolerancia a la instalación de programas y, por ende, al uso personal del ordenador, no podía existir una expectativa razonable de confidencialidad derivada de la utilización del programa instalado, que era de acceso totalmente abierto y además incurría en contravención de la orden empresarial. Estamos ante comunicaciones entre dos trabajadoras que se produjeron al introducirse el programa en un soporte de uso común para todos los trabajadores de la empresa sin ningún tipo de cautela. En este sentido, quedan fuera de la protección constitucional por tratarse de formas de envío que se configuran legalmente como comunicación abierta, esto es, no secreta.”

Por lo tanto cabe entender según el tribunal que de nuevo al ser público y en un

sistema abierto donde se producen estas comunicaciones, incumpliendo además la prohibición expresa de la empresa, no están amparadas por el derecho de secreto de comunicaciones.

Pese a que en el caso analizado se puede extraer como conclusión que la empresa actuó de una forma bastante razonable y por un descubrimiento casual, sin debe ser a un control exhaustivo y desproporcionado a sus trabajadores nos encontramos con un voto particular.

El del Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré pues según el mismo debe tenerse en consideración en todo momento, y teniendo en cuenta la propia jurisprudencia del tribunal constitucional, que se ha vulnerado e secreto de las comunicaciones. Puesto que no era necesario el acceso a las conversaciones tenidas por las empeladas, que son conversaciones privadas, para comprobar el incumplimiento del mandato de la empresa de no establecer otros programas informáticos. Realizando además dicha intervención sin autorización judicial ni de las trabajadoras.

Por último debo mencionar respecto a esta apartado también, una sentencia muy reciente e importante respecto a este tema del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El caso comienza debido al despido del Sr. Barbulescu por parte de su empresa, este se produce debido a que según el parecer de la misma se había informado al trabajador que no se podía utilizar internet y otros medios de la empresa para asuntos que no sean relacionados con el trabajo.

Para la realización del mismo se valían de la utilización del yahoo messenger, la empresa le monitorizo durante 8 días y descubrió que lo utilizaba para comunicarse con su mujer, como resultado esto dio lugar al despido disciplinario del trabajador aunque las conversaciones con su mujer fuesen normales y sin desvelar ninguna información de la empresa.

El Sr. Barbulescu impugnó el despido ante los tribunales rumanos alegando que el mismo violaba el artículo 8 de la Convención Europea de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Los tribunales rumanos declararon que la decisión era conforme a la legalidad rumana y europea. Asi que recurrió al TEDH y este si le estimo el recurso reconociendo la violación del artículo mencionado anteriormente y estableciendo que se ha producido un desequilibrio en perjuicio del trabajador, entre los derechos de control de la empresa y los de privacidad del mismo. Ya que la empresa ni si quiero sugirió la posible existencia de indicios en cuanto a que debido la actuación del trabajador

podiese derivarse un control tan intrusivo de las comunicaciones privadas del trabajador, en vez de utilizar otros medios menos invasivos. Dicha actuación va en contra por tanto del principio de proporcionalidad. Se explica de nuevo que hay que dejar claro al trabajador que se le va a controlar los medios informáticos que va a utilizar el trabajador pero a su vez introduce una nueva exigencia y es que en dicha advertencia se le debe especificar al trabajador hasta qué grado de intensidad de control se puede llegar y especificar que la empresa puede tener acceso al contenido literal de las comunicaciones del trabajador, sin que el trabajador tenga conocimiento del mismo.

Tiene relevancia esta sentencia respecto a nuestro ordenamiento puesto que el criterio de proporcionalidad que tenían el Tribunal Supremo y Constitucional se ve superado por un mayor grado de exigencia, pero el cambio más relevante en realidad es respecto a la descripción que ha de contener la advertencia de la empresa al trabajador, sobre el grado de intensidad de control respecto de la facultad de ésta para monitorizar sus comunicaciones, para que dicha advertencia sea jurídicamente válida.

2 EL VALOR PROBATORIO DE LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.

Las nuevas tecnologías han originado un nuevo escenario en el que la comunicación interpersonal puede realizarse mediante nuevos canales de transmisión de la información gozando las manifestaciones que se realicen de plenos efectos.

De forma genérica, el artículo 299 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, hace referencia a los medios de prueba que cabe utilizar en sede Judicial para hacer prueba de un hecho o una situación con efectos o consecuencias jurídicas, en relación con el tema que no ocupa, el apartado segundo del referido precepto admite como prueba, “los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase”. Este punto describe un medio de prueba que coincide con la información objeto de tratamiento a través de los instrumentos tecnológicos.

En el ámbito específico de la Jurisdicción social, el artículo 90.1 de la Ley 33/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, admite el contenido extraído del archivo electrónico de los equipos e instrumentos tecnológicos de tratamiento y procesamiento de datos. A tal efecto, la Ley determina que “las partes, previa justificación de su utilidad y pertinencia pueden servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba,

incluidos los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos, que deberán ser aportados por medio de soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos”.

A pesar de que el contenido del texto legal puede parecer obvio en la actualidad a tenor de la digitalización y la transformación social que está aconteciendo, la previsión legal sobre la validez como prueba en juicio de la información obrante en los dispositivos tecnológicos goza de especial relevancia, puesto que prevé una práctica que cada día adquiere mayor relevancia, debido a que los hechos jurídicamente relevantes a menudo se desarrollan o constan en soporte digital, y por tal motivo es necesario que la Ley no sea ajena a tal realidad.

En este punto se realizará un somero comentario de ejemplos Jurisprudenciales sobre la información contenida en los instrumentos tecnológicos como medio de prueba, de sus efectos y de la forma de su práctica.

En consonancia con lo anterior, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 16 de diciembre de 2016, confirma la resolución denegatoria de la prestación por desempleo en su modalidad no contributiva al demandante por resultar acreditado que contaba con rentas familiares superiores al umbral para causar derecho a obtener la prestación. Para ello el Juzgador de instancia basa su posición en un único medio de prueba, una captura de pantalla o pantallazo informático mediante el cual se visualiza la pantalla de la computadora de la Administración en donde constan las rentas de la unidad familiar del demandante. El demandante se posiciona sumamente crítico con la posición del Juzgador de instancia de resolver en su contra con el simple aval de una imagen obtenida del soporte informático del Servicio Público de Empleo, también alega la falta de eficacia probatoria de la captura de pantalla por no haber sido objeto de certificación por un funcionario público.

Ante tales alegatos del solicitante de la prestación, la Sala diferencia por una parte la prueba documental que contiene documentos propiamente dichos en la acepción legal, (públicos o privados) en atención a si ha intervenido en su confección un fedatario público o las propias partes directamente, y por otra parte las capturas de pantalla o “pantallazo informático” que se califica no como prueba documental, sino como prueba autónoma en atención a la diferencia de tratamiento que le otorga la legislación procesal civil. En conclusión resulta un medio de prueba admisible y

prevista en la Ley y que será valorado por el Órgano Jurisdiccional conforme a las reglas de la sana crítica.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en Sentencia de 18 de junio de 2014, considera conforme a Derecho el despido disciplinario de un trabajador con la categoría profesional de conductor de autobús, motivado por la utilización por su parte del teléfono móvil, en concreto de la mensajería Whatsapp en repetidas ocasiones mientras conducía un vehículo de transporte de pasajeros.

En el supuesto concreto, la empresa había proporcionado a la plantilla directrices muy concretas sobre los usos prohibidos y permitidos del teléfono móvil, quedando terminantemente prohibidos la utilización del teléfono móvil o cualesquiera otros dispositivos electrónicos similares durante el tiempo de conducción. La prueba de cargo estaba constituida por una serie de imágenes tomadas por una pasajera con su teléfono móvil en las cuales figura el trabajador utilizando su teléfono móvil mientras conduce con la otra mano el vehículo, la Sala considera las fotos remitidas por la pasajera como prueba plena y suficiente y avala el despido disciplinario del trabajador por transgresión de la buena fe contractual.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Palmas de Gran Canaria, en Sentencia de 30 de septiembre de 2013, resuelve un supuesto similar al expuesto en el párrafo anterior, en relación con la valoración de la prueba en soporte digital, en el asunto concreto la dirección de la empresa recibió una foto vía Whatsapp en la que figuraba una trabajadora durmiendo en horas de trabajo. Ante tales circunstancias, la empresa tramita el oportuno expediente disciplinario a la trabajadora que concluye con el despido disciplinario de la misma. En el seno del proceso Judicial, la trabajadora postula que la fotografía en que figuraba durmiendo en horas de trabajo fue enviada por un trabajador a la empresa, cercenaba su derecho fundamental a la intimidad constituyendo una prueba ilegítimamente obtenida y por tanto debía reputarse nula de pleno derecho.

Definitivamente la Sala desestima las pretensiones de la trabajadora al considerar que “la captación de la imagen de la trabajadora en el centro de trabajo durante su jornada laboral, no ha sido empleada para fin alguno de difusión de su imagen en contra de su voluntad sino que únicamente constituyó el medio a través del cual la empresa demandada tuvo conocimiento de una concreta situación producida en el centro de trabajo y en tiempo de trabajo, lo que derivó en la oportuna investigación que concluyó con el despido disciplinario de la trabajadora”.

Resulta relevante tener en cuenta también, el carácter sancionable en el ámbito disciplinario-laboral de las conductas llevadas a cabo por trabajadores sirviéndose de instrumentos tecnológicos, a tal efecto la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en Sentencia de 11 de julio de 2014, declara justificado el despido disciplinario impuesto por la empresa a una trabajadora con la categoría de maestra-directora de guardería, por una foto tomada a un bebé desnudo que fue difundida en el grupo de la aplicación de mensajería Whatsapp donde interactuaban el resto de trabajadores de la empresa. La Sala considera probados los comentarios de índole sexual vertidos por la trabajadora a través de la aplicación de mensajería, así como que en su condición de Directora de guardería le correspondía velar por el orden en el centro de trabajo, obligación que sin duda incumple puesto que permite y participa de conductas indeseables perjudiciales para la imagen de la empresa.

También cabe la posibilidad de obligarse o de dar por finalizada una relación laboral por vía telemática, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha, 10 de junio de 2015, considera válida la dimisión de una trabajadora que manifiesta a su empleadora por la aplicación de mensajería WhatsApp su intención de no volver al trabajo.

Para ello en la referida Sentencia se argumenta que la dimisión, o voluntad unilateral del trabajador de extinguir el vínculo contractual que le une al empresario, puede manifestarse de forma expresa o de manera tácita, no siendo preciso que se ajuste a una declaración de voluntad formal, pues basta con que la conducta seguida por el mismo manifieste de modo indiscutible su opción por la ruptura o extinción de la relación laboral, si bien se exige una voluntad del trabajador clara, concreta, consciente, firme y terminante, reveladora de su propósito.

Concretamente la mensajería por la aplicación WhatsApp se viene considerando por la Jurisprudencia como prueba plena y válida de los hechos y manifestaciones que contienen, y en el caso concreto, a la vista de los mensajes remitidos por la trabajadora a la empleadora, no cabe dudar la voluntad extintiva de su relación laboral. Con base en los referidos argumentos se desestima el recurso planteado por la trabajadora y se considera extinguida la relación laboral por dimisión expresa de la misma.

Las nuevas situaciones de conflicto ocasionadas por la irrupción de las nuevas tecnologías en la sociedad, están provocando pronunciamientos Judiciales cuando menos curiosos. A título ejemplificativo cabe citar la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Foncalada de 30 de diciembre de 2015, procedimiento nº

896/2013, que ante la publicación de un estado en el WhatsApp realizado por un dentista sobre un compañero de profesión en el cual expresaba “no te fíes de Fernando”, condena al responsable a indemnizar a su compañero damnificado por el perjuicio ocasionado al honor, y a publicar en su cuenta de WhatsApp durante un período de 60 días naturales el siguiente estado: "mediante sentencia de fecha 30-12-2015 Juan fue condenado por intromisión ilegítima en el honor de Fernando”.

Como se puede observar los fallos condenatorios originales están a la orden del día lo cual supone un gran paso adelante por parte de la Judicatura en aras de adaptarse a la nueva era tecnológica.

Continuando con los pronunciamientos Judiciales peculiares en asuntos relacionados con las nuevas tecnologías, la Sala Quinta del Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 10 de mayo de 2016, resuelve un asunto en que se planteaba la imposición de una sanción a un Guardia Civil que publicó un estado en su cuenta de WhatsApp en la que difamaba al Sargento de la Unidad del Cuerpo militar al que pertenecía. En la instancia el Tribunal Militar Territorial Segundo en fecha 29 de octubre de 2015 consideró ajustada a Derecho la sanción impuesta al Guardia Civil por el menoscabo ocasionado al Derecho al honor del Sargento aludido en su estado de WhatsApp. Por su parte el Tribunal Supremo anuló la sanción por no resultar claro que el estado de WhatsApp del Guardia Civil sancionado hacía referencia directa a su superior.

Alcanzado este punto, parece claro que las manifestaciones realizadas a través de las aplicaciones de mensajería o del correo electrónico hacen prueba de los hechos que contienen, siempre y cuando ambos interlocutores coincidan con las partes demandante y demandado en el proceso Judicial. Sin embargo se suscita la duda acerca del efecto probatorio que pueda tener una conversación a través de un instrumento tecnológico en la que no intervenga una de las partes del proceso Judicial.

El tribunal debería apreciar la facilidad que ofrecen las nuevas tecnologías para la manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa el intercambio de ideas. Ello motivado por el anonimato que autorizan y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, que hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo.

De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su identidad probatoria. Por tales razones en el caso de que alguna de las partes aporte al proceso un medio de prueba en soporte digital o la reproducción en papel del mismo, será indispensable la práctica

de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido.

En cuanto a las formas de llevar a cabo la práctica de la prueba en el caso de que se aporte material en soporte electrónico, o transcripción documental de los contenidos obrantes en un instrumento tecnológico, el artículo 382 de la LEC dispone que la parte que proponga un medio de prueba consistente en la reproducción de la palabra, imágenes o el sonido “deberá acompañar, en su caso, transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate y que resulten relevantes para el caso”.

De modo facultativo, la Ley determina la posibilidad tanto para la parte que proponga la prueba la posibilidad de aportar los dictámenes periciales y medios de prueba instrumentales que considere convenientes para acreditar la veracidad y autenticidad de los contenidos obrantes en el soporte informático. Con la misma posibilidad cuenta la parte perjudicada por la prueba propuesta, que podrá aportar toda clase de informes periciales o documental que evidencie la falsedad o falta de validez de la prueba propuesta. En todo caso será el Tribunal el que valore la prueba practicada de conformidad con las reglas de la sana crítica.

Resulta recomendable en todo caso aportar junto con el medio de prueba de reproducción de la palabra, la imagen o el sonido un principio de prueba que determine la autenticidad del contenido obrante en el medio de prueba propuesto con la finalidad de dotar a los contenidos que se aporten de mayor credibilidad. No obstante, la Ley considera como prueba válida y efectiva en el curso de un proceso los contenidos que se encuentren en soporte digital, que serán valorados por el Tribunal de forma similar a la prueba documental o las declaraciones testificales, de conformidad con las reglas de la sana crítica y libre apreciación de los hechos por el Juzgador.

Tradicionalmente los medios de prueba más utilizados en los procedimientos Judiciales eran el interrogatorio de partes, declaraciones testificales, documental, periciales, etc. Sin embargo, la nueva era tecnológica trae consigo nuevas situaciones que con anterioridad no existían o se manifestaban de otra forma distinta. El ordenamiento jurídico, por la propia función que desempeña debe estar acompasado a los tiempos y aplicado de forma coherente a la realidad social y la labor Judicial es esencial para la correcta interpretación y aplicación del Estado de Derecho al nuevo escenario de conflictos originados por las nuevas tecnologías.

Siguiendo con el tema de la aportación de pruebas de este tipo al juicio y especialmente teniendo en cuenta el aspecto de la sana crítica resulta interesante mencionar una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias del 30 noviembre de 2016. En la citada sentencia una empleada extinguió su contrato y la empresa le abona la cantidad que creen que le corresponde. Van al UMAC y no llegan a un acuerdo. Como se expone en los hechos la actora estaba trabajando un número de horas superiores a las correspondientes de su trabajo y desempeñando otra categoría profesional. Basándose en esto pide una mayor indemnización, la cual estima el tribunal. Esto se da gracias a la abundantísima prueba documental que aporta la trabajadora demandante, se comunicaba con la jefa por medio de whatsapp en horarios que no correspondían con los suyos, además de acreditar que contactaba con su esposo para que la fuese a buscar más allá de las horas, días y cuadrante que no le correspondían. Esta prueba documental es además corroborada por testigos. La defensa por su parte expone que no debe atenderse a esos documentos elaborados por la parte pero el tribunal entiende que no se puede exigir a un trabajador que acredite con un notario su horario de salida, entrada y funciones. Por lo tanto queda claro que no siempre hace falta las mencionadas anteriormente pruebas de autenticidad y de acuerdo con la sana crítica en este caso considera como suficiente la gran cantidad de prueba presentada por la actora.³

3. INFLUENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO LABORAL.

Las nuevas tecnologías han ocasionado no pocas confrontaciones en el ejercicio de los Derechos fundamentales ostentados por los trabajadores en el ámbito laboral. En la constitución española Aparece el reconocimiento de estos derechos en el Títulos I de la Constitución, en sus Capítulos II y III. Se les concede una protección especial a los trabajadores en su lugar de trabajo y en el desempeño del mismo se les reconocen unos derechos específicos, derivados de su condición de trabajadores. Estos últimos, a su vez, pueden ser contemplados desde una perspectiva individual o colectiva, siendo ejemplo de los primeros, entre otros, el derecho al trabajo, al salario, a la seguridad e higiene... encontrándose entre los segundos el derecho a la negociación colectiva, a la sindicación, a la huelga, a la adopción de medidas de conflicto colectivo, etc...

³ Goñi Seín José Luis, “Segunda Ponencia: Intimidad del trabajador y poderes de vigilancia y control empresarial” Coordinador: García Murcia Joaquín, Jornada sobre derechos fundamentales y contrato de trabajo, Imprenta Noval, 2017. Páginas 31 a 63.

Junto a estos tipos de derechos fundamentales surgen un tercer tipo, que son reconocidos a todo tipo de personas ya estén trabajando o no, pero que adquieren el aspecto de laboralidad al ejercitarse en una relación laboral. La característica principal de estos derechos es que se encuentran limitados al tener en consideración el denominado poder de dirección del empresario.

Hay que tener presente, el conocimiento y control que ejercen las empresas sobre sus trabajadores, a través de las nuevas tecnologías, que puede conducir, si se traspasan ciertos límites, a la vulneración de algunos derechos fundamentales del trabajador, como puede ser el honor, la intimidad, el secreto de las comunicaciones o la libertad sindical. Algunos de los cuales son los que se van a tratar posteriormente.⁴

3.1 EL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO.⁵

Especialmente controvertidos han sido las consecuencias originadas por la automatización de los procesos productivos en el ejercicio del derecho constitucional a la huelga.

El artículo 28.2 de la Constitución Española configura el derecho a la huelga como Derecho fundamental, el Real decreto 17/1977, de 4 de marzo sobre relaciones de trabajo desarrolla las condiciones y la forma de ejercicio del derecho de huelga. Concretamente el artículo 6.5 del citado Real decreto determina lo siguiente:

“En tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo”.

⁴ Goñi Seín José Luis, “Segunda Ponencia: Intimidad del trabajador y poderes de vigilancia y control empresarial” Coordinador: García Murcia Joaquín, Jornada sobre derechos fundamentales y contrato de trabajo, Imprenta Noval, 2017. Páginas 31 a 63.

Boletín informativo UGT octubre 2015

⁵ Aguilera Izquierdo Raquel, “Capítulo16. La fijación de servicios de seguridad y mantenimiento durante la huelga: Sentencia TC 80/2005, de 4 de abril”, Director: García Murcia Joaquín, *Libertad sindical y otros derechos de acción colectiva de trabajadores y empresarios*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, páginas 593 a 598.

Mercader Uguina Jesús R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, páginas 172 a 179.

El apartado séptimo del precepto transcrito hace referencia a las tareas necesarias e irrenunciables para la seguridad de las personas y de las cosas, el mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa.

Esto se conoce como la prohibición del esquirolaje, práctica consistente en la atención de las necesidades empresariales originadas con ocasión de una huelga con otros trabajadores no huelguistas. La doctrina diferencia por una parte el esquirolaje externo como la sustitución de los trabajadores huelguistas por trabajadores no vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la huelga, (por ejemplo acudiendo a Empresas de Trabajo Temporal o a la contratación de personal). Y por otra parte se encontraría el denominado esquirolaje interno, que se traduce en la modificación de las condiciones de lugar, tiempo y/o modo de trabajo de los trabajadores de la propia empresa no huelguistas.

Lógicamente la normativa prohíbe las prácticas de esquirolaje debido principalmente a que frustran el fin último de la huelga como medida de conflicto colectivo dirigida a paralizar o ralentizar la producción de la empresa para forzar al empresario a negociar con la plantilla en aras de resolver el conflicto de forma pacífica.

En los últimos tiempos como consecuencia del avance de la técnica y la digitalización empresarial se origina una nueva situación que no se había planteado nunca, nos referimos a la reanudación del proceso productivo durante una huelga sin acudir a recursos humanos, sirviéndose para ello de procesos automatizados que permiten la prestación del servicio en condiciones similares a como lo realizan los trabajadores huelguistas.

Se han judicializado numerosos asuntos en los cuáles empresas cuya actividad consiste en la difusión de información, a través de Internet o radiotelevisión, ante una eventual huelga de su plantilla, programan la emisión automática de publicidad previamente grabada, sin resultar necesaria la participación de ningún trabajador en la emisión de los contenidos de entretenimiento.

Ante tales circunstancias cabe la posibilidad de que las propias empresas elaboren planes de contingencia para paliar los perjuicios que pudiera ocasionar la falta de personal una eventual huelga por parte de la plantilla de la empresa, de tal forma que se cuenta con contenidos grabados que permiten mantener la emisión durante varios días sin concurrencia de ninguna persona.

La Sentencia del Tribunal Constitucional nº 183/2006, de 19 de junio considera lo siguiente: “no toda la programación de televisión tiene que ver con el referido derecho constitucional, existiendo una gran porción de espacio de puro entretenimiento. Por ello, el resto de la plural actividad televisiva previamente grabada, desprovista de todo contenido e interés informativo, aún respaldada por un evidente interés legítimo tanto del comunicador como de los receptores, en nada concierne al derecho a comunicar y recibir información ex art. 20.1 d) CE, no invocándose en el Real Decreto impugnado ningún otro derecho o libertad constitucionalmente reconocido ni ningún bien de idéntica significación cuya preservación requiera el sacrificio del derecho de huelga para la emisión de la referida programación previamente grabada”.

Continúa argumentando el Alto Tribunal que con la emisión dentro de los horarios habituales de una programación previamente grabada, se persigue la no interrupción del servicio de la radiodifusión sonora y de televisión, con lo que se priva de repercusión apreciable a la huelga, sustrayéndole su virtualidad de medio de presión y de inequívoca exteriorización de los efectos del paro laboral efectivamente producido mediante una apariencia de normalidad del servicio, lo que resulta contrario al derecho de huelga.

Esta Sentencia supone la consolidación de un nuevo concepto jurídico, que se conoce como esquirolaje tecnológico, consistente en la sustitución de medios humanos por medios mecánicos o automatizados, para así mitigar los efectos productivos aparejados a una huelga.

Por su parte, el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 21 de junio de 2012 considera que el derecho de huelga solo se vulnera si los trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos se utilizan para cumplir servicios no esenciales, pero no si los servicios no esenciales se ejecutan por trabajadores no huelguistas o por medios automáticos.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de diciembre de 2012, cambia de criterio al considerar que no sólo en el supuesto de que se utilicen medios humanos (trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos) para la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales, se lesiona el derecho de huelga, sino que “también se lesiona este derecho cuando una empresa del sector de radiodifusión sonora y televisión emite programación o publicidad por medios automáticos, en el caso de que dicha actividad empresarial, aún cuando sea mediante la utilización de medios mecánicos o tecnológicos, priva materialmente a los

trabajadores de su derecho fundamental, vaciando su contenido esencial de manera que no cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aún amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza de este derecho y también del de libertad de empresa que no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro”.

Interesa tener en cuenta que la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2012 ha sido objeto de dos votos particulares formulado uno de ellos por el Magistrado Desdentado Bonete, al cual se adhieren dos Magistrados de la Sala. A su juicio, el esquirolaje tecnológico no entraña de facto sustitución de los trabajadores huelguistas. En efecto, “la emisión se produjo de manera completamente automática, sin intervención humana directa, eliminando la publicidad que debe introducirse de forma manual. Lo que ha sucedido es que la entidad empresarial durante la huelga ha continuado emitiendo publicidad en los intervalos entre los programas considerados como servicios esenciales, sin que conste que para ello se haya producido sustitución ilícita de los huelguistas o aplicación indebida de los servicios mínimos”.

Parece deducirse de lo expuesto que existen dos formas de emitir la publicidad, la manual (cuando se utilizan trabajadores) y la automática (cuando no se utilizan trabajadores), que la empresa durante la huelga emplea los medios de que habitualmente dispone (los automáticos), y que para emitir programación pregrabada (publicidad automática) no es necesaria la intervención de trabajador alguno, por lo que no existe sustitución.

En realidad el voto particular formulado no resulta contrario al fallo de la Sentencia, ni con la fundamentación de la misma, sino que el desacuerdo se circunscribe a la definición del concepto de esquirolaje tecnológico cuando no hay huelguistas que hayan sido sustituidos. Y esto último es lo que sucede cuando la actividad continúa desarrollándose a través de procesos automatizados sin intervención de trabajo humano. Argumenta la sentencia que se supone que "algún trabajador al menos tendrá que hacerlos funcionar (los medios mecánicos) o controlar y vigilar su funcionamiento". Ésta es una deducción plausible, pero lo cierto es que no se acredita que ese trabajador hipotético exista o que, de existir, proceda de los designados para cumplir los servicios mínimos o del esquirolaje externo o interno.

El segundo voto particular, formulado por el Magistrado Don Antonio Martín Valverde, al cual también se adhieren dos Magistrados de la Sala Cuarta, también centra su desacuerdo en la interpretación de la doctrina sobre el “esquirolaje tecnológico”

compartiendo el resto de pronunciamientos de la Sentencia. Sostiene que la nueva doctrina altera el contenido del derecho de huelga al que queda referida su protección, insistiendo en el argumento anterior relativo a que no consta la sustitución de huelguistas por medios automáticos. Entiende que la única justificación para considerar vulnerado el derecho a la huelga es que mediante el empleo de estos medios “se consigue ofrecer una apariencia de normalidad con lo que la realización de la huelga en este tipo de empresas puede llegar a una trascendencia social prácticamente nula y consiguientemente el ejercicio de ese derecho puede quedar prácticamente vaciado de contenido real”.

Hace hincapié el Magistrado disidente en que de esta forma la garantía ya no afecta a la sustitución de los huelguistas, sino al resultado de la huelga, convirtiéndose en una garantía del éxito de ésta, para lo que se impone al empresario una obligación de colaborar a ese resultado, absteniéndose de realizar su actividad por medios que no se ha acreditado que supongan sustitución alguna de los huelguistas.

A raíz de todas estas consideraciones, se configura el problema del esquirolaje tecnológico como más complejo, porque en él habría que distinguir al menos tres situaciones:

- a) el uso de medios existentes para mantener actividades automatizadas, sin sustitución de huelguistas.
- b) el uso de estos medios, con sustitución de huelguistas ya sea empleando medios ya existentes.
- c) la sustitución de trabajadores huelguistas empleando medios externos, entendiéndose que solo este último supuesto se refiere a la garantía del art. 6.5 Real decreto 17/1977, de 4 de marzo.

El voto particular se completa con una mención a las sentencias del Tribunal Constitucional, que no considera de aplicación al supuesto, pues se refieren a las impugnaciones efectuadas sobre decretos de establecimiento de servicios mínimos, aludiendo a la STS de 11 de junio de 2012 y a la precisión que al respecto realizaba lo que se está diciendo no es que la empresa tiene la obligación de dejar de emitir esos programas pregrabados para no perjudicar el derecho de huelga, sino que esos programas no deben emitirse como servicios mínimos porque no pueden ampararse

en el derecho a comunicar y recibir información, pudiendo además esa emisión limitar la efectividad de la huelga.

Las empresas de comunicación, a menudo argumentan en defensa de su posición el ejercicio del Derecho fundamental consagrado en el artículo 20 de la Constitución española a libertad de expresión y el derecho de los ciudadanos a recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

Con estos antecedentes el debate está asegurado, y por supuesto no se puede dar nada por sentado puesto que la doctrina Jurisprudencial y Constitucional varía permanentemente ante un escenario complejo y que afecta a un Derecho fundamental de gran entidad en el marco laboral como lo es el ejercicio legítimo del Derecho constitucional a la huelga.

La Sentencia del Tribunal Constitucional nº 33/2011, que analizaba el caso del diario ABC que durante la huelga del 20 de junio de 2002 procedió a sustituir trabajadores huelguistas por directivos y jefes del área de la empresa, que lograron que se editase el diario el día de la huelga, afirmando lo siguiente: “también la sustitución interna de trabajadores huelguistas, esto es, la que se lleva a cabo mediante trabajadores que se encuentran vinculados a la empresa al tiempo de la comunicación de la huelga, puede constituir un ejercicio abusivo de las facultades directivas empresariales. Así ocurrirá cuando, sea de forma intencional, o sea de forma objetiva, dicha sustitución produzca un vaciamiento del contenido del derecho de huelga, o una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio.”

En base a ello, y a que la empresa utilizó estructuras de mando para sustituir a los trabajadores huelguistas de categorías inferiores con el fin de editar el periódico en día de huelga, el Alto Tribunal consideró que la empresa vulneró el art. 28.2 de la Constitución Española, al privar a la huelga su plena efectividad como medio de presión colectiva.

Es decir, la sustitución de huelguistas ha de producir un efecto determinado para entender vulnerado el derecho de huelga. En el supuesto fue la edición de 29.800 ejemplares del diario ABC el día de la huelga, frente a los 250.000 de un día ordinario, considerando el Alto Tribunal este dato suficiente para desactivar el efecto de la huelga y apreciar la vulneración.

Por tanto, resulta necesario valorar alguna circunstancia o dato del que poder deducir el vaciamiento del derecho de huelga, como puede ser el porcentaje de audiencia

obtenida dentro de cada franja horaria de emisión, en comparación con un periodo en el cual la plantilla no se encontraba en situación de huelga.

3.1.1 ESPECIAL REFERENCIA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL 2 DE FEBRERO DE 2017.

La reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero 2017 deniega el amparo solicitado por la Confederación General del Trabajo, ante la prestación del servicio informativo, en concreto la retransmisión de un partido de fútbol de la Champions League en un día de huelga contando para ello con varios trabajadores que no secundaron la huelga y sobre todo sirviéndose de la automatización de la retransmisión.

En la demanda de amparo formulada por el sindicato Confederación General de Trabajo se consideran vulnerados por la empresa demandada Ente Público Radio Televisión Madrid los derechos fundamentales correspondientes con la libertad sindical y el derecho de huelga. El sindicato considera la actuación de la empresa como un acto interno de sabotaje y de esquirolaje, por lo que considera vulnerados el derecho de huelga al sustituir a los trabajadores de continuidad que estaban en huelga así como a los de grafismo que también lo estaban por otros trabajadores también huelguistas.

En la vía Judicial ordinaria, la parte recurrente vio desestimadas sus pretensiones en todas las instancias, afirmando la Sala de lo Social de Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha de 23 de julio de 2012 que el empresario ha de respetar el derecho de huelga pero no ha de colaborar o favorecer la misma. “No siendo el derecho de huelga un derecho de resultado, es legítimo, por tanto, que los empresarios traten de atenuar las consecuencias de la huelga mediante aquellos medios de los que dispongan, y siempre que ello se realice mediante conductas lícitas”. En vía casacional la pretensión del recurrente fue inadmitida a trámite.

En vía de amparo el Tribunal constitucional trae a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2012 que veda las conductas que se correspondan con el esquirolaje tecnológico, por resultar una práctica contraria al derecho de huelga, la utilización en un medio televisivo o de difusión sonora de determinados mecanismos por medio de los cuales la empresa emite publicidad o programación sin el concurso de recursos humanos a tal finalidad.

No obstante el criterio de fáctico que motiva el fallo del Alto Tribunal en este caso va a ser las funciones desempeñadas en la empresa por los trabajadores no huelguistas, lo cierto es que en este caso, afortunadamente para la empresa, coincidieron en su

puesto de trabajo los trabajadores necesarios para poner en marcha los sistemas automáticos de retransmisión del partido el día de la huelga, de tal forma que los trabajadores no huelguistas no desarrollaron ninguna función que no les corresponda en una jornada de trabajo ordinaria.

La cuestión se centra en determinar los límites de la actuación empresarial en el contexto del ejercicio del derecho de huelga. A tal efecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992, de 28 de septiembre postula lo siguiente: “si bien es cierto que la finalidad de la huelga es la que dicen los demandantes y que la búsqueda de su eficacia de cara a tal finalidad constituye elemento imprescindible del ejercicio del derecho de huelga, no sólo por obvias razones de hecho, sino también como consecuencia del principio que reclama la efectividad de los derechos, también que ello no constituye un valor absoluto al que deba sacrificarse cualquier otro o un principio que legitime cualquier modalidad de huelga o cualquier comportamiento durante su transcurso”.

Otras Sentencias más antiguas del Tribunal Constitucional (41/1984, de 21 de marzo, 72/1982, de 2 de diciembre) configuran el derecho de huelga como una situación que exige proporcionalidad y unos sacrificios mutuos, de tal forma que si existe una desproporción entre los daños producidos al empresario y los asumidos por los huelguistas la huelga será calificada como abusiva. Es decir, en toda huelga opera un criterio de razonabilidad de las conductas y actuaciones desempeñadas tanto por el empresario como por los trabajadores, debiendo evitar todos aquellos daños que superen la concepción de lo que es razonablemente requerido por la propia actividad conflictiva y por la presión que la huelga por su propia virtualidad como medida de conflicto colectivo genera.

El ejercicio del Derecho de huelga, por todos es sabido que se manifiesta a través del cese en la prestación laboral con la consiguiente pérdida del derecho a salarios y cotización al erario público durante el período que dura la situación conflictiva. La Doctrina del Alto Tribunal lo configura como un derecho de hacer sobre el empresario, colocándose los trabajadores fuera del contrato de trabajo, pero no es, ni debe ser en momento alguno, una vía para producir daños o deterioros en los bienes de capital.

Con estos antecedentes, el Alto Tribunal no encuentra impedimento jurídico alguno para que el empresario ante una situación de huelga se sirva de los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa para el mantenimiento de su actividad. Adicionalmente, considera el Alto Tribunal que exigir al empresario que no

utilice los medios técnicos con los que cuenta en la empresa supone imponerle una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente.

La utilización de medios ya existentes en la empresa es compatible con el derecho de huelga y no puede extenderse, por vía analógica, al supuesto de esquirolaje interno regulado en el artículo 6.5 del Real Decreto 17/1977, de 4 de marzo, que como ya se adelantaba en un punto anterior hace referencia al empleo de recursos humanos en la empresa pero no a la utilización de sus propios medios técnicos y tecnológicos.

Continuando con el argumento anterior, el derecho de huelga implica necesariamente para el empresario el cumplimiento necesario de una serie de obligaciones en aras de no frustrar el legítimo ejercicio de tal Derecho fundamental por parte de los trabajadores, (por ejemplo sustituyendo a los trabajadores huelguistas), pero en modo alguno puede imponerse al empresario la obligación de contribuir al éxito de la huelga, de tal forma que si puede continuar desempeñando la actividad sin la necesidad de concurrencia de mano de obra, a través de medios técnicos es libre de actuar consecuentemente, en virtud del principio constitucional de libertad de empresa. En otro caso sería ilógico y desproporcionado exigir al empresario, en supuestos como el presente, que colabore por inacción u omisión al éxito de la huelga.

Además no se puede obviar que la retransmisión del partido fue posible gracias a la concurrencia de dos circunstancias fundamentales que son las siguientes:

La empresa contaba con elementos e instrumental técnico y tecnológico que permitió la retransmisión sin el concurso de los trabajadores huelguistas.

De entre los pocos trabajadores no huelguistas se encontraban casualmente los responsables de la retransmisión de los contenidos emitidos.

Quizás el argumento de mayor enjundia esgrimido por el Alto Tribunal sea el Derecho a la ocupación y al trabajo de los trabajadores no huelguistas, puesto que el derecho a la huelga también contiene una vertiente apodíctica en el sentido de que los trabajadores no huelguistas pueden no sumarse si no quieren a la huelga y el empresario ha de facilitarles ocupación salvo que no sea posible por falta de afluencia del personal. En definitiva goza de enorme relevancia el hecho de que habiendo acudido al trabajo los encargados de la retransmisión del partido y contando con los medios técnicos para ello éstos no puedan desempeñar su ocupación consistente en retransmitir el contenido.

Sin embargo, por muy convincente y razonables que puedan parecer a voz de pronto los argumentos de la Sentencia, lo cierto es que la cuestión aún no es pacífica, prueba de ello es el voto particular suscrito por 3 Magistrados del Pleno del Tribunal

Constitucional, de modo que de 12 que componen el Pleno 9 han votado a favor del fallo y 3 en contra.

El principal argumento a favor de la posición de los Magistrados disidentes se circunscribe a la creciente preocupación que manifiestan por la doctrina Constitucional sobre derechos fundamentales en ámbitos en los que la actuación empresarial restrictiva de su eficacia pretende ampararse, y en todo caso opera, a través de las nuevas tecnologías en el marco de las relaciones laborales.

No se concibe que la doctrina sobre los derechos fundamentales se muestre del todo insensible y ajena a los cambios tecnológicos, como se en nada estuviera comprometida la Constitución. No puede soslayarse el empleo y los efectos del uso de las nuevas tecnologías por parte del empresario para potenciar sus cauces de vigilancia y control o, como ahora, para lograr una directa repercusión en la efectividad de los derechos fundamentales.

De igual modo, ponen de manifiesto que la protección de los derechos más esenciales de los trabajadores, cuando los medios tecnológicos implican la evolución de la realidad laboral por la necesidad de ser adaptada a las nuevas circunstancias, se finaliza apreciando un enfoque erróneo del asunto por parte del Pleno del Alto Tribunal, en el sentido de omitir la protección del trabajador como parte débil de la relación laboral.

3.2 LA VIDEOVIGILANCIA

El Tribunal Constitucional empieza a tratar este tema a partir de la sentencia 37/1998 de 17 de Febrero de 1998, Recurso de Amparo 3694/94 en la que trato la cuestión de si atenta o no a los derechos fundamentales de los trabajadores la toma de fotografías y la filmación en video por la Ertzaintza de un piquete de huelga informativo que, en todo momento desarrolló su actividad de forma pacífica, informando a los viandantes y a otros trabajadores que accedían al centro, sin alterar el orden público. En la citada sentencia, resolvió que dicha acción había lesionado los derechos de libertad sindical y de huelga.

El Tribunal recuerda la íntima conexión existente entre los derechos de libertad sindical y huelga, señalando que el contenido de éste último implica “el derecho a requerir de otros la adhesión a la huelga”, incluyendo “el derecho de difusión e información sobre la misma”, por lo que, dada la forma en que actuaba el piquete, ha de predicarse la legalidad de su actuación. Continúa razonando el alto tribunal que la filmación entrañó una disuasión u obstaculización del libre ejercicio del derecho de huelga, reduciendo su efectividad pues, “no cabe minusvalorar los efectos disuasorios

que puede producir en el ánimo de quienes pacíficamente forman parte de un piquete informativo, el hecho de ser ininterrumpidamente filmados, sin mediar explicación alguna de ese proceder". Finaliza estableciendo que, "aunque la medida restrictiva de derechos pueda estar justificada para prevenir desordenes, en este supuesto no cabe admitirla, ya que no supera el juicio de proporcionalidad, dada la desproporción de la medida, teniendo en cuenta su incidencia disuasoria de la huelga y la inexistencia en aquel momento de específicas previsiones legales sobre los procedimientos para llevar a cabo filmaciones ,en materia de conservación, puesta a disposición judicial y derechos de acceso y cancelación de las grabaciones"

La STC 98/2000, de 19 de abril ha entendido que vulnera el derecho a la intimidad de los empleados del Casino de La Toja el que la empresa instalara micrófonos en la Sala de la ruleta rusa para grabar las conversaciones.

La STC 186/2000, de 10 de julio, entendió que no vulnera el derecho a la intimidad el que la empresa ENDESA instalara un circuito cerrado de televisión que enfocase únicamente la caja registradora del economato.

La STC 29/2013, de 11 de febrero, entendió que vulnera los datos de carácter personal la utilización de imágenes captadas por las cámaras de video-vigilancia, instaladas en el recinto universitario de la Universidad de Sevilla, para sancionar a un trabajador por incumplimiento de su jornada laboral.

La STC 212/2013, de 16 de diciembre, declaró la nulidad de la sentencia del Juzgado de lo Social por no permitir que se viera la grabación completa efectuada por una cámara de seguridad, admitiendo solo la parte de grabación en la que la trabajadora aparecía cogiendo el dinero de la recaudación. La trabajadora insistía en que se trataba de un cuarto donde se cambiaban de ropa y este hecho aparecía en la parte de grabación que no se vio.

En lo referente a la actualidad el Pleno del TC ha dictado una sentencia de fecha 3 de marzo de 2016, por la que establece que la instalación por una empresa en la entrada de uno de sus establecimientos de un cartel informativo el cual ponía "Zona videovigilada" regulado por la Instrucción 1/2006 de la AEPD, cumple con la obligación de informar al trabajador de la instalación de dichos sistemas.

Debido a esto, la obtención a través de dichas cámaras puestas por la empresa de imágenes que justifican el despido del trabajador, cumple con los requisitos legalmente previstos para la captura y tratamiento de esos datos, pues los datos obtenidos se han utilizado únicamente como medio de control respecto a la relación laboral existente.

Según señala el Tribunal, este recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues permite al TC aclarar su doctrina en relación con el uso de cámaras de videovigilancia en la empresa, establece así el alcance de la información a facilitar a los trabajadores sobre la finalidad del uso de la videovigilancia en la empresa: si es suficiente la información general o, por el contrario, debe existir una información específica.

Se plantea debido a que en el caso tratado en esta sentencia ante las sospechas de que en la tienda y en la caja del establecimiento donde la demandante prestaba sus servicios se estaban produciendo múltiples irregularidades, la empresa instaló una cámara de videovigilancia en la tienda donde aquella prestaba sus servicios para que controlara la caja donde trabajaba.

La cámara se instaló, sin comunicarlo a los trabajadores, si bien se colocó el cartel informativo en el escaparate del establecimiento o sea en un lugar visible.

Días después se comunicó a la demandante su despido disciplinario porque, según reflejó la carta de despido, se había venido apropiando de efectivo de la caja de la tienda, en diferentes fechas y de forma habitual.

La demandante de amparo presentó demanda de despido, solicitando la declaración de nulidad del despido por atentar contra su honor, intimidad y dignidad, y subsidiariamente la declaración de improcedencia.

El Juzgado de lo Social desestimó la demanda y declaró procedente el despido.

Frente a esta Sentencia interpuso la recurrente incidente de nulidad de actuaciones ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que fue desestimado.

Ante ello, la demandante recurrente en amparo alegando vulneración de los arts. 14, 15, 18.1, 18.4 y 24 CE.

El tribunal constitucional desestima la demanda y lo va explicando en varios apartados claramente diferenciados.

Primero explica la necesidad del consentimiento del afectado para la recogida y tratamiento de sus datos personales

“El consentimiento del afectado es... el elemento definidor del sistema de protección de datos de carácter personal. La LOPD establece el principio general de que el tratamiento de los datos personales solamente será posible con el consentimiento de sus titulares, salvo que exista habilitación legal para que los datos puedan ser tratados sin dicho consentimiento. En este sentido, no podemos olvidar que conforme señala la

STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 16, “es el legislador quien debe determinar cuándo concurre ese bien o derecho que justifica la restricción del derecho a la protección de datos personales y en qué circunstancias puede limitarse y, además, es él quien debe hacerlo mediante reglas precisas que hagan previsible al interesado la imposición de tal limitación y sus consecuencias”.

De este modo, el art. 6.1 LOPD prevé que “el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa”. (...)

Establece también una serie de excepciones a la necesidad del consentimiento del afectado en el ámbito laboral

“En el ámbito laboral el consentimiento del trabajador pasa, por tanto, como regla general a un segundo plano pues el consentimiento se entiende implícito en la relación negociar, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes. (...)

La dispensa del consentimiento se refiere, así, a los datos necesarios para el mantenimiento y cumplimiento de la relación laboral, lo que abarca, sin duda, las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Por ello un tratamiento de datos dirigido al control de la relación laboral debe entenderse amparado por la excepción citada, pues está dirigido al cumplimiento de la misma. Por el contrario, el consentimiento de los trabajadores afectados sí será necesario cuando el tratamiento de datos se utilice con finalidad ajena al cumplimiento del contrato. “

Si bien deja claro que hay que cumplir la necesidad de informar al trabajador

“Ahora bien, aunque no sea necesario el consentimiento en los casos señalados, el deber de información sigue existiendo, pues este deber permite al afectado ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición y conocer la dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, del representante (art. 5 LOPD).

El deber de información previa forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos, pues resulta un complemento indispensable de la necesidad de consentimiento del afectado. El deber de información sobre el uso y destino de los datos personales que exige la LOPD está íntimamente vinculado con el principio general de consentimiento para el tratamiento de los datos, pues si no se conoce su finalidad y destinatarios, difícilmente puede prestarse el consentimiento. Por ello, a la hora de valorar si se ha vulnerado el derecho a la protección de datos por incumplimiento del deber de información, la dispensa del consentimiento al tratamiento de datos en determinados supuestos debe ser un elemento a tener en cuenta dada la

estrecha vinculación entre el deber de información y el principio general de consentimiento. (...)

Que no se requiera el consentimiento del trabajador no significa que no se le deba de informar. Formalidad con la cual hay que cumplir siempre

“Aplicando la doctrina expuesta al tratamiento de datos obtenidos por la instalación de cámaras de videovigilancia en el lugar de trabajo, que es el problema planteado en el presente recurso de amparo, debemos concluir que el empresario no necesita el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidas a través de las cámaras instaladas en la empresa con la finalidad de seguridad o control laboral, ya que se trata de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral y es conforme con el art. 20.3 TRLET, que establece que “el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana”. Si la dispensa del consentimiento prevista en el art. 6 LOPD se refiere a los datos necesarios para el mantenimiento y el cumplimiento de la relación laboral, la excepción abarca sin duda el tratamiento de datos personales obtenidos por el empresario para velar por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. El consentimiento se entiende implícito en la propia aceptación del contrato que implica reconocimiento del poder de dirección del empresario.

En definitiva, la exigencia de finalidad legítima en el tratamiento de datos prevista en el art. 4.1 LOPD viene dada, en el ámbito de la videovigilancia laboral, por las facultades de control empresarial que reconoce el art. 20.3 TRLET, siempre que esas facultades se ejerzan dentro de su ámbito legal y no lesionen los derechos fundamentales del trabajador.”

Al igual que en los otros casos hay que tener en cuenta la proporcionalidad de esta medida

“... la relevancia constitucional de la ausencia o deficiencia de información en los supuestos de videovigilancia laboral exige la consiguiente ponderación en cada caso de los derechos y bienes constitucionales en conflicto; a saber, por un lado, el derecho a la protección de datos del trabajador y, por otro, el poder de dirección empresarial imprescindible para la buena marcha de la organización productiva, que es reflejo de los derechos constitucionales reconocidos en los arts. 33 y 38 CE y que, como se ha visto, en lo que ahora interesa se concreta en la previsión legal ex art. 20.3 TRLET que

expresamente faculta al empresario a adoptar medidas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por los trabajadores de sus obligaciones laborales”

También habla de la Instrucción 1/2006 de la AEPD, sobre vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras.

“La necesidad de adecuar la videovigilancia a las exigencias del derecho fundamental a la protección de datos ha llevado a la Agencia Española de Protección de Datos, en ejercicio de la competencia que le atribuye el art. 37.1 c) LOPD, a dictar la [Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras] para adecuar los tratamientos de imágenes con fines de vigilancia a los principios de dicha Ley Orgánica y garantizar los derechos de las personas cuyas imágenes son tratadas por medio de tales procedimientos. Esta Instrucción, en su art. 3, exige a los responsables que cuenten con sistemas de videovigilancia cumplir con el deber de información previsto en el art. 5 LOPD, y a tal fin deberán “colocar, en las zonas videovigiladas, al menos un distintivo informativo ubicado en lugar suficientemente visible, tanto en espacios abiertos como cerrados” y “tener a disposición de los/las interesados impresos en los que se detalle la información prevista en el art. 5.1 de la Ley Orgánica 15/1999”. El contenido y el diseño del distintivo informativo se ajustará a lo previsto en el Anexo de esta Instrucción, según el cual, el distintivo deberá incluir una referencia a la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos, una mención a la finalidad para la se tratan los datos (“Zona videovigilada”) y una mención expresa a la identificación del responsable ante quien puedan ejercitarse los derechos a los que se refieren los arts. 15 y siguientes de la Ley Orgánica 15/1999.”

Y cuáles son los efectos de la utilización del distintivo informativo de videovigilancia por la empresa

“ ... en cumplimiento de esta obligación, la empresa colocó el correspondiente distintivo en el escaparate de la tienda donde prestaba sus servicios la recurrente en amparo, por lo que ésta podía conocer la existencia de las cámaras y la finalidad para la que habían sido instaladas. Se ha cumplido en este caso con la obligación de información previa pues basta a estos efectos con el cumplimiento de los requisitos específicos de información a través del distintivo, de acuerdo con la Instrucción 1/2006. El trabajador conocía que en la empresa se había instalado un sistema de control por videovigilancia, sin que haya que especificar, más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control. Lo importante será

determinar si el dato obtenido se ha utilizado para la finalidad de control de la relación laboral o para una finalidad ajena al cumplimiento del contrato, porque sólo si la finalidad del tratamiento de datos no guarda relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual el empresario estaría obligado a solicitar el consentimiento de los trabajadores afectados.”

Y por último otra vez más se vuelve a explicar la exigencia de proporcionalidad entre la instalación de las cámaras y el respeto a los derechos del trabajador

“Como señala la STC 186/2000, de 10 de julio, FJ 6, “... 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 (STC 292/1993, de 18 de octubre, FJ 4)...

Y, de conformidad con la doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan, basta con recordar que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones 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 otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”

La nueva orientación que emerge de esta sentencia, aunque sigue dejando claro que existe un deber y necesidad de analizar la utilización de imágenes obtenidas por medios como las cámaras de video en el ámbito laboral desde la perspectiva del artículo 18. 4 de la constitución, pasa de un deber de información previa a un simple formalismo. Se parte de que no se requiere consentimiento por estar amparado en la excepción del artículo 6.2 LOPD y en el 20. 3 ET además de cumplir con los requisitos de la citada instrucción 1/2006 de la Agencia Española de Protección de Datos. Que mediante la instalación de un simple cartel en el que se avise de la videovigilancia se considere como suficiente, trae como consecuencia que la práctica ineficacia del derecho a la protección de datos, puesto que la empresa puede servirse de las imágenes grabadas del trabajador cuando y como quiera siempre que guarde cierta

relación con el contrato laboral. También acabaría con la proporcionalidad, tan importante en lo que respecta a los derechos fundamentales en el ámbito laboral, puesto que es difícil que no se den supuestos en los que no se de la justificación, idoneidad y necesidad además de la proporcionalidad de la vigilancia a través de cámaras de video.⁶

Por último en lo referente a videovigilancia debó hacer referencia a la reciente sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la cual declara por una gran mayoría de seis votos contra uno que ha habido una violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

A los demandantes se los despidió basándose principalmente en un video el cual alegaron que se obtuvo violando su derecho a la privacidad.

Comienza todo por la demanda de unos trabajadores que trabajaban como cajeros en unos supermercados. La vigilancia se llevo cabo por el empleador para investigar posibles robos después de que el gerente de la tienda le aviase que notaba que había menos existencias y no coincidía con lo realmente vendido esos días.

Como consecuencia la empresa instaló cámaras visibles y ocultas, informando a sus trabajadores de las visibles pero omitiendo las ocultas, por lo que los trabajadores nunca tuvieron constancia de ellas.

Los trabajadores que interpusieron la demanda fueron despedidos y los tribunales españoles los aceptaron como prueba confirmando los despidos.

Estos la aceptaron como prueba al entender que la intromisión en la privacidad si estaba justificada y era proporcional debido a las sospechas que había de robo, sin ser posible descubrirlo de otro modo y así proteger los derechos del empleador.

Pero el TDEH no coincide con nuestros tribunales nacionales sobre la proporcionalidad de esta medida y concluye que la videovigilancia no cumplía con la legislación española, en particular en lo que respecta a la debida información que hay que realizar a los trabajadores y violando así el mencionado artículo 8 de la convención.

⁶ Noticias jurídicas.com

Boletín informativo UGT octubre 2015

Goñi Sein José Luis, "Segunda Ponencia: Intimidación del trabajador y poderes de vigilancia y control empresarial" Coordinador: García Murcia Joaquín, Jornada sobre derechos fundamentales y contrato de trabajo, Imprenta Noval, 2017. Páginas 31 a 63.

3.3 LA GEOLOCALIZACIÓN.

La legislación y jurisprudencia de nuestro país han permitido que el empresario pueda instalar dispositivos de seguimiento como medida de vigilancia y control especificándose, aunque no se necesite el consentimiento del trabajador, si deben de cumplirse unos requisitos, los cuales son:

- informar a los empleados de su instalación.
- no se permitiría el seguimiento a un trabajador fuera del horario de trabajo.
- los datos nunca podrán usarse para objetivos distintos a los que se ha informado al trabajador.

En concreto la jurisprudencia se ha pronunciado tanto a favor o como en contra de permitir este tipo de seguimiento:

STSJ Castilla-La Mancha de 23/03/2015 (Rec. 1775/2014). El TSJ Castilla-La Mancha, mantiene que “no debe olvidarse que hemos establecido de forma invariable y constante que las facultades empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales. Por ello, al igual que el interés público en sancionar infracciones administrativas resulta insuficiente para que la Administración pueda sustraer al interesado información relativa al fichero y sus datos, según dispone el art. 5.1 y 2 LOPD , tampoco el interés privado del empresario podrá justificar que el tratamiento de datos sea empleado en contra del trabajador sin una información previa sobre el control laboral puesto en práctica. No hay en el ámbito laboral, por expresarlo en otros términos, una razón que tolere la limitación del derecho de información que integra la cobertura ordinaria del derecho fundamental del art. 18.4 CE. Por tanto, no será suficiente que el tratamiento de datos resulte en principio lícito, por estar amparado por la Ley (arts. 6.2 LOPD y 20 LET), o que pueda resultar eventualmente, en el caso concreto de que se trate, proporcionado al fin perseguido; el control empresarial por esa vía, antes bien, aunque podrá producirse, deberá asegurar también la debida información previa.”

STSJ Madrid de 21/03/2014 en ella el TSJ habla sobre la posibilidad de conocer en todo momento la localización del trabajador, mediante un sistema de geolocalización que permite un continuo y permanente seguimiento del vehículo durante su uso y utilizar posteriormente los datos así obtenidos con una finalidad distinta a la anunciada al trabajador y por lo tanto sin su consentimiento lo que hace que” las conclusiones extraídas merced a este dispositivo tecnológico y su aportación como medio de prueba en sede judicial para demostrar un pretendido incumplimiento contractual constituyan un procedimiento que lesiona los derechos fundamentales de constante cita”. En este

caso el TSJ cita el Informe 193/2.008 de la Agencia Española de Protección de Datos “atinente a la instalación de un sistema GPS en el automóvil facilitado a un trabajador, en el que tras reproducir el mandato del artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores dice con rotundidad: " (...) No obstante, la existencia de esta legitimación no excluye el cumplimiento del deber de informar, por parte del empresario previsto en el art. 5.1 de la Ley Orgánica. En consecuencia, la actuación descrita en la consulta, genera el correspondiente fichero y en todo caso, será obligatoria su inscripción en el Registro General de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el artículo 26 de la Ley Orgánica".

Respecto al derecho del empresario del control de la actividad laboral, el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores dispone 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 [...]”

Respecto a la información a los trabajadores la normativa sobre protección de datos obliga a contar con el consentimiento previo e informar al trabajador de cuál será el tratamiento de los datos obtenidos, el artículo 5.1 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, concreta la necesidad de que los trabajadores a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:

- “a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.
- b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.
- c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.
- d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.
- e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.”

Para la implantación de este tipo de dispositivos de seguimiento siempre es recomendable seguir un principio de proporcionalidad. Tomando como punto de partida la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 y la metodología establecida por la Agencia Española de Protección de Datos

para entender el concepto de proporcionalidad de las medidas de vigilancia y control implantadas, deben cumplir con los tres requisitos que se reiteran una vez tras otra:

- Idoneidad, es decir, que sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto de controlar la actividad laboral y/o incumplimientos del trabajador;
- Necesidad, esto es, que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia;
- Proporcionalidad, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto;
- Que existan razones objetivas y motivadas que legitimen la decisión de control empresarial (Justificación).

Como ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional el art. 18.1 CE impone como regla de principio y, de forma añadida al resto de sus garantías, un deber de información que protege frente a intromisiones ilegítimas en la intimidad.

3.4 CONTROL BIOMÉTRICO

El comienzo de utilización de estos mecanismos en el ámbito laboral no ha suscitado mucha controversia judicial y por lo tanto tampoco hay mucha materia para tratarlo. Los pocos conflictos que hay surgen como consecuencia de la implantación de uno de estos sistemas de control biométrico para controlar el horario. Ejemplo de ello es la sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo contencioso, el 2 de julio de 2007 (Rec.5017/2003) en ella el Gobierno de Cantabria implantaba un sistema de control horario biométrico por medio de la huella de la mano, en ella el tribunal entiende que es un dato personal protegido según la Ley Orgánica de protección de datos 15/1999 ya que esa plantilla “ se integra en un fichero que incluye nombre y apellidos y Documento Nacional de Identidad y, por tanto, es susceptible de identificar a personas”. Por ello considera exigibles los principios de la citada ley, especialmente el del artículo 5.1 que trata sobre la obligación de informar a los afectados y notificar el fichero a la Agencia Española de Protección de Datos. No cree sin embargo que haya una vulneración de derechos puesto que tiene una finalidad legítima.

De la misma forma que le tribunal se ha posicionado la Agencia Española de Protección de Datos en su informe jurídico 1999/000, literalmente la agencia dice respecto al control de huella digital “si bien el procesado de los datos biométricos no revela nuevas características referentes al comportamiento de las personas si permite lógicamente su identificación, por lo que resulta evidente que, en caso de proceder a su tratamiento, éste deberá ajustarse a la LOPD”

De todas formas se requiere en todo caso como establece la sentencia del Tribunal Supremo, que la empresa debe de informar previamente a los trabajadores tal y como se extrae del artículo 5.1 de la LOPD.

En cuanto a la seguridad de los datos biométricos originales obtenidos para tales fines, se deben de destruir los mismos una vez se haya realizado el proceso de incorporación. Protegiendo así la vida privada del trabajador y evitar la posibilidad de utilizar esos datos para otros fines.⁷

3.5 CONTROL MICRFÓNICO

Se permite cierto tipo de control microfónico por parte del empresario, por ejemplo cuando no existe más remedio como en el caso de una actividad de telemarketing, pudiendo grabar incluso a conversación completa. Cabe mencionar al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo del 5 de mayo de 2003, según el mismo “la única conclusión razonable a la que se puede llegar es la de que se trata de un control proporcionado a la finalidad que con el mismo se pretende”. Pero la sentencia concluye que el teléfono debe de haberse puesto a disposición de los trabajadores para que lleven a cabo sus funciones y además conocer que el teléfono puede ser intervenido.

No se permite por tanto este tipo de control ni siquiera en los supuestos que venga justificado por su carácter indispensable, si no se cumple con el deber de información previa (requisito que como vengo repitiendo durante todo el trabajo es indispensable para realizar este tipo de controles). Solo cabe la posibilidad de realizar este tipo de control sin la información previa y sería mediante la obtención de una orden judicial. Ya que la interferencia de las conversaciones tiene importancia si tenemos en cuenta el artículo 18.4 de la constitución española, debido a que las palabras asociadas a una persona identificada o identificable se consideran datos personales más teniendo en cuenta si estas queden grabadas en cualquier tipo de dispositivo y por lo tanto se puedan identificar día y/u hora de la grabación, para lo cual habrá de realizarse un fichero que tendrá que notificarse previamente a la Agencia Española de Protección de Datos y su posterior inscripción en el registro de la misma y su interceptación constituye tratamiento de datos sometido a la Ley Orgánica de Protección de Datos.

⁷ Goñi Seín José Luis, “Segunda Ponencia: Intimidad del trabajador y poderes de vigilancia y control empresarial” Coordinador: García Murcia Joaquín, Jornada sobre derechos fundamentales y contrato de trabajo, Imprenta Noval, 2017. Páginas 31 a 63.

Hay dos sentencias interesantes en las cuales si se tuvieron en cuenta las grabaciones, en estos casos fueron los trabajadores quienes grabaron a sus jefes, pero la clave está en que fue cuando mantenían una conversación entre ellos, las mismas son la del Tribunal constitucional STC 114/1984 y la del Tribunal Supremo, sala de lo civil del 20 de noviembre de 2014. De las mismas y de lo anteriormente expuesto se extrae como conclusión que el secreto de las comunicaciones lo que garantiza es su impenetrabilidad por terceros, rechazando la interceptación o el conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas, pero no impide la grabación por el empresario o trabajador de las conversaciones que puedan mantener entre ellos.⁸

⁸ Goñi Seín José Luis, “Segunda Ponencia: Intimidad del trabajador y poderes de vigilancia y control empresarial” Coordinador: García Murcia Joaquín, Jornada sobre derechos fundamentales y contrato de trabajo, Imprenta Noval, 2017. Páginas 31 a 63.

CONCLUSIONES.

La utilización de las nuevas tecnologías, si bien por una parte facilita y agiliza el trabajo, por otra, proporciona al empresario un instrumento de control sobre el propio trabajador que, en ocasiones, puede suponer una intromisión en la esfera de sus derechos fundamentales, en concreto en el derecho a la intimidad, secreto de las comunicaciones y libertad sindical.

En cuanto a la vulneración del derecho a la intimidad, hay que poner de relieve la necesidad de mantener un delicado equilibrio entre el derecho fundamental del trabajador a la intimidad y las facultades organizativas empresariales, entre las que se encuentra la vigilancia del trabajador. Por una parte "el empresario no queda apoderado para llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control, que le confiere el artículo 20.3 L.E.T., intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo".

Por otro lado doctrina reiterada del Tribunal Constitucional establece que el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva (organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 33 y 38 C.E.) y reconocido expresamente en el art. 20 L.E.T. atribuye al empresario, entre otras facultades, la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales. Mas esa facultad ha de producirse en todo caso, como es lógico, dentro del debido respecto a la dignidad del trabajador, como expresamente nos lo recuerda igualmente la normativa laboral (arts. 4.2 c) y 20.3 L.E.T.).

El alto Tribunal reitera que de conformidad con su doctrina, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. Además, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones 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 otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Como he expuesto durante todo el trabajo en resumen se extrae que según la doctrina constitucional, se sigue que las facultades de vigilancia y control empresariales no le autorizan para realizar intromisiones ilegítimas en la intimidad de los trabajadores,

salvo que esta intromisión supere el juicio de proporcionalidad, es decir, el triple test: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Bibliografía.

De las Heras García Aránzau, “Capítulo 1. Definición y características del teletrabajo”, Autor: De las Heras García Aránzau, El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas, ediciones CEF.-, páginas 70 a 79.

Álvarez Alonso Diego, “Capítulo 10. Derecho a la intimidad y vigilancia audiovisual en el medio de trabajo: sentencia TC 98/2000, de 10 de abril”, Director: García Murcia Joaquín, Derechos del trabajador y libertad de empresa”, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, páginas 337 a 372.

Aguilera Izquierdo Raquel, “Capítulo 16. La fijación de servicios de seguridad y mantenimiento durante la huelga: Sentencia TC 80/2005, de 4 de abril”, Director: García Murcia Joaquín, Libertad sindical y otros derechos de acción colectiva de trabajadores y empresarios, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, páginas 593 a 598.

Mercader Uguina Jesús R., El futuro del trabajo en la era de la digitalización, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, páginas 172 a 179.

Mercader Uguina Jesús R., “Disrupción tecnológica, robótica y nuevas formas de trabajo”, Director: Roca Martínez José María, Diálogos jurídicos 2017, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, páginas 91 a 95.

Mercader Uguina Jesús R., El futuro del trabajo en la era de la digitalización, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, páginas 140 a 160.

Valdés Dal-Ré Fernando, “Doctrina constitucional en materia de videovigilancia y utilización del ordenador por el personal de la empresa”, Director: Baylos Grau Antonio, Revista de Derecho Social, Bomarzo, Albacte, 2017, páginas 15 a 37.

Goñi Seín José Luis, “Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016”, Director: Baylos Grau Antonio, Revista de Derecho Social, Bomarzo, Albacte, 2017, páginas 15 a 43.

Cardona Rubert María Belén, “La utilización de las redes sociales en el ámbito de la empresa”, Director: Baylos Grau Antonio, Revista de Derecho Social, Bomarzo, Albacte, 2017, páginas 15 a 37.

Rodríguez Cardo Iván Antonio, La incapacidad temporal como causa de extinción del contrato de trabajo, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, páginas 129 a 157.

Observatorio de la negociación colectiva: Empleo público, igualdad, nueva tecnologías y globalización” Coordinador: Escudero Rodríguez Ricardo “Capítulo 3: Nueva tecnologías, innovación y negociación colectiva” Díaz de Atauri Pablo Jimeno “La regulación de las Tics en las relaciones laborales” páginas 299 a 313. López Ahumada J. Eduardo “Las nuevas tecnologías como causa de despido” páginas 314 a 330. Cinca, Madrid, 2010.

Goñi Seín José Luis, “Segunda Ponencia: Intimidad del trabajador y poderes de vigilancia y control empresarial” Coordinador: García Murcia Joaquín, Jornada sobre derechos fundamentales y contrato de trabajo, Imprenta Noval, 2017. Páginas 31 a 63.

CENDOJ.

ARANZADI.

ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

NOTICIAS JURIDICAS.COM.

IBERLEY.ES.

LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS.

Boletín informativo UGT octubre 2015.

Carolina Martínez Moreno, LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL Y SOCIAL. Puntos críticos en la jurisprudencia laboral y social del Tribunal Supremo, 7.3. Despido y videovigilancia, Universidad de Oviedo.