



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, JURÍDICAS Y DE LA COMUNICACIÓN

Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos

TRABAJO DE FIN DE GRADO

**EL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS TRABAJADORES:
DIVERSIDAD JURISPRUDENCIAL EN EL MARCO EUROPEO
Y ESPAÑOL**

Presentado por Álvaro Ruiz Domínguez

Tutorizado por Aránzazu Moretón Toquero

Segovia, a 3 de Julio de 2018

ÍNDICE:

PALABRAS CLAVE.....	5
ABREVIATURAS.....	5
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I: EL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL.....	11
1.1. El derecho a la intimidad.....	11
1.2. Los titulares y el contenido del derecho a la intimidad.....	12
1.3. Extensión y límites del derecho a la intimidad.....	12
CAPÍTULO II: EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO LABORAL.....	17
2.1. El derecho a la intimidad del trabajador en España.....	17
2.2. El poder de control empresarial en el centro de trabajo.....	17
2.3. El poder de control empresarial fuera del centro de trabajo.....	21
2.4. El impacto de la tecnología informática en las relaciones laborales y en el poder de vigilancia y su evolución jurisprudencial.....	23
CAPÍTULO III: EL DERECHO A LA INTIMIDAD LABORAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH.....	29
3.1. Los Derechos Fundamentales en Europa.....	29
3.2. Diferencias en el tratamiento del derecho a la intimidad en la jurisprudencia del TEDH y de los Tribunales nacionales.....	30
3.2.1. <i>La doctrina del Tribunal Supremo.....</i>	30
3.2.2. <i>La doctrina del Tribunal Constitucional.....</i>	32
3.2.3. <i>La nueva jurisprudencia del TEDH: La Sentencia Barbulescu I (12-1-2016) y Barbulescu II (5-9-2017).....</i>	33
3.2.4. <i>La aplicación de la nueva doctrina del TEDH en el sistema español.....</i>	35
CONCLUSIONES.....	39
BIBLIOGRAFÍA.....	41
FUENTES CONSULTADAS EN INTERNET.....	43
ANEXOS.....	45
ANEXO I: LEGISLACIÓN APLICABLE.....	46
ANEXO II: SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA EN SU SALA DE LO SOCIAL.....	47
ANEXO III: SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO EN SU SALA 4ª DE LO SOCIAL.....	48
ANEXO IV: SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA DE LO SOCIAL.....	49
ANEXO V: SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	50

PALABRAS CLAVE

Derecho a la intimidad en el ámbito laboral. Control empresarial. Límites al control del empresario. Derechos fundamentales. *Barbulescu*. Introducción de tecnología en la empresa.

ABREVIATURAS

CE	Constitución Española
CP	Código Penal
CDEH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
DDFF	Derechos Fundamentales
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
ET	Estatuto de los Trabajadores
LO	Ley Orgánica
LISOS	Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden social
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Tics	Tecnologías de la información y la comunicación
TS	Tribunal Supremo
RDL	Real Decreto Legislativo
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos

INTRODUCCIÓN

En este trabajo se lleva a cabo el estudio de los conflictos que surgen al poner en relación el derecho a la intimidad de los trabajadores con los instrumentos de control empresarial así como la forma en la que ese control del empresario influye tanto en la actividad laboral como en la extra laboral siendo necesario equilibrar dicho control ejercido por el empresario frente a los derechos del trabajador. Este delicado equilibrio da lugar a una amplia jurisprudencia, no siempre coherente ni uniforme entre sí. Por este motivo, se hace necesario realizar un análisis de la jurisprudencia encontrada sobre el asunto para poder obtener conclusiones sobre el problema existente con respecto a la aplicación de una doctrina determinada ante la vulneración de este derecho.

Se puede afirmar que no existe una doctrina clara relativa a la protección del derecho a la intimidad. Para clarificar su tratamiento en España vamos a recopilar una jurisprudencia amplia procedente de Tribunales nacionales y europeos para comprobar cómo se encuentra este derecho en la actualidad y qué cambios se han producido a lo largo de todo ese tiempo teniendo en cuenta que, la introducción de las nuevas Tics en el entorno laboral para llevar a cabo las labores de control y vigilancia por parte del empleador han afectado a este derecho obligando a revisar y actualizar la normativa existente y la doctrina fijada hasta el momento.

Este documento queda estructurado en tres capítulos, los cuales trataré de analizar cómo está protegido este derecho en la actualidad partiendo de la concepción general del derecho a la intimidad, su ámbito de protección y los titulares del derecho para, posteriormente, en el siguiente capítulo poder concretar el alcance de la protección de este derecho en el entorno de trabajo y analizar el impacto que han tenido la introducción de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral para culminar el documento reflejando el tratamiento ha recibido este derecho y los cambios que se han ido produciendo con respecto a la concepción de intimidad en los distintos Tribunales nacionales y europeos.

La finalidad del desarrollo de este trabajo por tanto es la de poder clarificar el modo de actuación de los Tribunales para que de ese modo, se genere una doctrina que sirva de guía también a empleadores y trabajadores para evitar la vulneración de este Derecho Fundamental.

CAPÍTULO I:

EL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL

CAPÍTULO I: EL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL

1.1. El derecho a la intimidad

El art. 18.1 CE señala que “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. En este artículo se reconocen tres DDFF diferentes examinados de forma independiente y con una protección jurídica distinta ya que son derechos autónomos, los cuales se encuentran desarrollados en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo que los regula de manera conjunta.

Como recoge el Capítulo II *de la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen* en el artículo séptimo de la citada Ley, tendrán la consideración de vulneración al derecho a la intimidad las siguientes conductas:

1. Fijar aparatos de escucha o filmación que afecten a la vida íntima de las personas.
2. Llevar a cabo la lectura de cartas privadas no destinadas a quien las reciba.
3. Divulgar hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación o divulgar y publicar cartas y demás documentos de particulares.
4. Revelar datos privados de una persona o familia obtenidos a través de la actividad profesional que ocupe.
5. Realizar la captación de imágenes en momentos de su vida privada o fuera de ellos.
6. Usar el nombre, voz o imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.
7. Hacer juicios de valor o cualquier expresión que dañe la dignidad de otra persona.
8. Usar o divulgar datos falsos sobre hechos delictivos suponiendo por ello un daño sobre la dignidad de las víctimas.

Como podemos concluir de este artículo, el derecho a la intimidad se vincula con la esfera más reservada de las personas y pretende garantizar esta protección mediante la citada lista. Estos supuestos no integran una enumeración cerrada ni exhaustiva de intromisiones ilegítimas por lo que cabrían más supuestos.

Esta LO 1/1982, de 5 de mayo también señala en su art. 2 que la protección de este derecho queda delimitada por las leyes y los usos sociales y que por ello, se atenderá al ámbito que por sus propios actos mantenga cada persona para sí misma y para su familia.

En la misma línea es preciso destacar que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) determina que defiende que el derecho al respeto de la vida privada no solo comprende facultades de exclusión frente al conocimiento y difusión de datos relativos a la vida íntima, sino también obligaciones a cargo del Estado a fin de garantizar el efectivo respeto de la vida privada, incluso en las relaciones entre particulares.¹ Esto quiere decir que, el Estado también será responsable de asegurar el cumplimiento de este derecho.

¹ SERRANO OLIVARES, R.: “El derecho a la intimidad como derecho de autonomía personal en la relación laboral”, en *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 103, 2001, p. 108.

1.2. Los titulares y el contenido del derecho a la intimidad

La titularidad de este derecho corresponde a todas las personas sean nacionales o extranjeras, y protege tanto al individuo de forma particular como de forma conjunta tanto en su núcleo familiar como con personas con las que mantenga una especial vinculación.

Una de las cuestiones problemáticas es la determinación de qué es lo íntimo y cuál el espacio que ocupa el concepto de intimidad ya que este no deja de ser un espacio subjetivo indeterminado al no aparecer definido ni en la CE, ni en la LO 1/1982 de 5 de mayo. Por esto, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) señala que, la intimidad constitucionalmente garantizada, hace referencia a un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana².

En la jurisprudencia del TC encontramos que se suele tratar el concepto de intimidad asociado a una dimensión espacial o territorial (por ejemplo, determinadas zonas del cuerpo o espacios físicos) y también a una dimensión relativa a la vida privada de las personas conforme a un estándar social vigente en cada momento y será la jurisprudencia la encargada de fijar pautas que marcarán en cada momento lo que configura este asunto.

Desde hace unos años la doctrina constitucional venía considerando que el derecho a la intimidad personal y familiar viene integrado por la intimidad corporal (STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ. 7º), la sexualidad (STC 89/1987, de 3 de junio, FJ. 2º), la intimidad económica (STC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ. 3º), la propia muerte (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ. 4º) y las relaciones conyugales y familiares (STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ. 9º)³.

1.3. Extensión y límites del derecho a la intimidad

Valdés de la Vega señala que, “el derecho a la intimidad tiene que ver, en su aspecto externo, con un espacio en el cual la persona deposita sus elementos privados, un espacio en el cual desarrolla su esfera privada”⁴ (...) por ello, “el espacio físico donde se suele desarrollar la intimidad es objeto de la máxima protección (inviolabilidad del domicilio), pero no por el espacio en sí, sino por lo que hay en él de emancipación de la persona y de su esfera privada, motivo por el cual la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental”⁵. Esto quiere decir que, la máxima protección del derecho a la intimidad se encuentra en su ámbito privado y personal de manera que, el domicilio de la persona se utiliza como un instrumento para delimitar la esfera privada del individuo pero, ese lugar, no

² En este sentido, véanse las sentencias del TC 89/2006, de 27 de marzo, 176/2013 de 21 de octubre y 190/2013, de 18 de noviembre.

³ SERRANO OLIVARES, R.: “El derecho a la intimidad como derecho de autonomía personal en la relación laboral”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 103, 2001, pp. 102-103.

⁴ VALDÉS DE LA VEGA, B.: “El derecho a la intimidad y su expectativa de respeto en el uso personal de las tecnologías de la información y comunicación en el trabajo. Un comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007 y a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Social*, núm.42, 2008, p. 145.

⁵ *Ibíd.* p.145.

EL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL

será el único espacio que puede hacer referencia directa al ámbito privado dado que, la noción de intimidad se recoge como un derecho fundamental inherente a la individuo y que marca los rasgos de la personalidad de cada individuo.

La privacidad de la persona por tanto, no queda aislada en un domicilio sino que alcanza otros espacios y lugares en los que el individuo se encuentre en una situación que pueda ser considerada como tal y pueda ser apropiado para ello.⁶ Por tanto, la intimidad no tendrá la misma consideración en el caso de una persona que ejerce un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública que para una persona privada como recoge el art. 8 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, pero esto no quiere decir que por poseer dicho cargo tiene que encontrar reducido el espacio reservado a su intimidad sino que deberá soportar un grado de intromisión mayor⁷. Ahí es donde una determinada actuación sobre la intimidad de una persona que no ostente un cargo público, puede considerarse como una intromisión ilegítima mientras que, para otra, será legítima⁸.

Aun así, cuando la persona ejerce un cargo público, este concepto de intimidad referido a la captación o reproducción de su imagen variará dependiendo de si su titular se encuentra en un acto público o en un lugar abierto al público, como regulan los arts. 7 y 8 de la citada LO.

Encontramos varias vías que hacen necesario delimitar la extensión de este derecho sobre cualquier individuo sea público o no:

El primero, se encuentra en el preámbulo de la LO 1/1982, de 5 de mayo donde se limita este derecho cuando se ponga en peligro la seguridad nacional, cuando se atente contra el orden público, la salud o las buenas costumbres y sin duda, cuando su ejercicio pueda violentar los derechos y las libertades del resto de los individuos pudiendo conllevar todo ello a un delicado equilibrio entre los intereses de la comunidad en su conjunto y el ámbito de lo estrictamente privado. Esto queda plasmado en el art. 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH) que especifica que, “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará sujeta a las limitaciones previstas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, el orden público y el bienestar general de la sociedad democrática”.

En segundo lugar, existen también unos límites jurisprudenciales que se han desarrollado a consecuencia de que, el derecho a la intimidad tiene (como todos los DDFF) unos límites difusos, por lo que, además, confronta con varios derechos tanto en el plano nacional como europeo, por tanto, los jueces mediante la doctrina generada, serán los encargados de delimitar y evitar la colisión entre los distintos intereses o necesidades existentes.

⁶ *Ibíd.* p.146

⁷ La STC 89/2006, de 27 de marzo, deja claro que toda persona puede reservarse un espacio resguardado de curiosidad o para el conocimiento ajeno que a cada uno nos corresponde acotar

⁸ En este orden la STC 7/2014, de 27 de enero, reconoce la violación del derecho a la intimidad de una revista por la difusión de imágenes que afectaban a artistas, y ello pese a que estas personas tuvieran una vida pública, dado que la intimidad como derecho queda afectada cuando se invade una esfera de privacidad no consentida.

CAPÍTULO I

En tercer lugar, la CE, mediante el art. 20.4 protege este derecho estableciendo el respeto a la intimidad personal y familiar, al honor y la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia frente a las libertades de expresión y comunicación. Este artículo es ejemplo de que deben ser los jueces los que mediante la amplia jurisprudencia creada en torno a este derecho, se encargará de solucionar esas delimitaciones. También podrá entrar en conflicto con la intimidad el derecho a la libertad de información, en cuyo caso, habrá que hacer una ponderación para ver si existe un interés público suficiente que defienda la publicación de una información concreta. Existirán a su vez otros supuestos de confrontación donde, la intimidad, tiene que ceder ante otros bienes constitucionalmente protegidos como por ejemplo, las investigaciones sobre paternidad, la protección de los hijos, controles fiscales de la Hacienda Pública...

A estas vías mediante las que se realiza dicha delimitación hay que añadir que, la intervención legislativa, puede suponer una ampliación o restricción del derecho, debiendo completar la regulación plasmada por la CE y respetando el contenido esencial que ya se contiene siempre que, las medidas tomadas, sigan un criterio de proporcionalidad y respeto ante el resto de DDF.

Este problema con respecto a este derecho alcanza el ámbito laboral, donde podrá colisionar con otros derechos o bienes jurídicos como, por ejemplo, el derecho a la propia imagen, al honor, el secreto de las comunicaciones, etc., y habrá que estudiar, en cada caso, si está justificado por ser necesario para el control de una actividad laboral o si no lo está. En ese segundo caso, supondrá una violación de este derecho fundamental hacia un trabajador.

Para poder sacar ideas en claro sobre el tema, en el siguiente capítulo vamos a tratar este derecho dentro del ámbito laboral: los límites que existen en el poder de control al que tiene derecho el empresario tanto dentro como fuera del centro de trabajo y como se ha visto afectada la introducción de nuevas tecnologías en la actualidad para poder ejercer y utilizar todos los mecanismos de control existentes en este momento para asegurar el buen desarrollo de su actividad empresarial.

CAPÍTULO II:

EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO LABORAL

CAPÍTULO II: EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO LABORAL

2.1. El derecho a la intimidad del trabajador en España

Dentro del concepto de intimidad podemos encontrar aquel destinado a proteger este derecho en el ámbito laboral y cuyo contenido viene reconocido por la CE, situándose como uno de los más importantes que pueden repercutir en las relaciones individuales y colectivas de trabajo. Por todo esto, es consecuencia que haya ido surgiendo una amplia jurisprudencia que ha dado forma al marco de protección de este precepto recogido en el art. 18 CE, desarrollado en la LO 1/1982, de 5 de mayo y en el art.4.2 e) del Estatuto de los Trabajadores.

También, en el marco de protección europeo podemos encontrar el art. 8 CDEH que defiende el derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

A su vez, este derecho a la intimidad del trabajador en el seno de la relación laboral, queda limitado en cierto modo, a las instrucciones y controles impuestos por la empresa ya que, la celebración de un contrato de trabajo no puede suponer por sí misma la renuncia de los derechos fundamentales pero si podrán dichos derechos, ser objeto de ciertas restricciones por el empresario con la debida y estricta justificación. Por ello, resulta relevante recoger en las cláusulas del contrato firmado con el trabajador las restricciones correspondientes informando a este de sus obligaciones respecto del uso del correo electrónico y de los medios informáticos facilitados por la empresa para que después no exista confusión y siempre, que queden justificados los usos profesionales que se harán sobre los datos extraídos de dicho control, la empresa podrá tener acceso cuando estos no vulneren su derecho a la intimidad o, no puedan quedar excluidos a consecuencia del tipo de prestación laboral que exista en cada situación y las necesidades particulares generadas que la propia relación laboral les vincula (STC de 7 de octubre de 2013⁹).

2.2. El poder de control empresarial en el centro de trabajo

Se pueden distinguir dos tipos de control mediante el uso del poder empresarial que el artículo 20.3 ET otorga como facultad al empresario: Por un lado hablaremos del control empresarial existente fuera del centro de trabajo y, por otro, al control por parte del empleador al que quedan sometidos los trabajadores en el interior del centro de trabajo donde se realiza la prestación laboral. Sobre esta segunda cuestión cabe indicar que, dicho poder, podrá realizarse mediante varios mecanismos de vigilancia y control como puede ser el uso del correo electrónico, del Smartphone personal en la oficina, del uso del Internet en el ordenador del trabajo (especialmente en lo concerniente a redes sociales), la vigilancia sobre el uso del ordenador designado para llevar a cabo la actividad laboral, cámaras de vigilancia en la oficina, GPS en vehículos comerciales o de transportistas, etc. Aunque parezca raro que la empresa pueda ejercer este tipo de control, actualmente, no se puede prohibir, de forma absoluta, la vigilancia del uso del correo electrónico en un puesto de trabajo ni cualquiera de los medios citados dado que, como recoge el ET en su art. 20.3, existe el derecho del empresario a controlar la actividad de sus trabajadores al disponer 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

⁹ El TC rechaza que el acceso de la empresa al contenido de los correos electrónicos fuera una medida desproporcionada.

CAPÍTULO II

adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad¹⁰. Esta facultad deriva a su vez de derechos constitucionales como el respeto a la propiedad privada o la libertad de empresa. Por esto es que el empleador, ha pasado a ir más allá, controlando además de la actividad productiva, al propio trabajador. Por tal motivo se requiere una delimitación precisa del alcance de este poder de control del empleador y sus limitaciones para ejercerlo sin entrar a infringir una vulneración de DDF¹¹.

Podemos encontrar que, el contrato de trabajo como cité anteriormente, será el fundamento jurídico más inmediato para ejercer el poder de dirección empresarial dado que es el título jurídico por el que se legitima el ejercicio y puesta en marcha de las facultades ordenadoras como pueden ser las facultades de decisión, control y vigilancia propias de la organización empresarial.

Una defensa del poder empresarial sobre los trabajadores en este ámbito se puede encontrar en varios preceptos de la legislación actual:

- El primer precepto que encontramos es el art. 197 del Código Penal (CP) para el derecho a la intimidad que no opera únicamente en el ámbito laboral sino que se aplica también en otros ámbitos de protección de este derecho y el cual castiga al que, sin el consentimiento de la otra parte, utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, con penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.
- El segundo precepto que encontramos es el RDL 5/2000 de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LISOS, que configura como infracciones graves y muy graves, en materia de relaciones laborales individuales y colectivas, conductas que suponen vulneración de los derechos de libertad sindical (arts. 7 y 8), de huelga (art. 8) y del derecho a la intimidad del trabajador¹².

Teniendo en cuenta las sanciones pertinentes a las que se pueden llegar y la protección del empresario para ejercer su control en el centro de trabajo junto a la facultad que tiene el trabajador para protegerse sobre el derecho del que es poseedor surgirá un problema: *la colisión en los intereses de ambos*.

Esta colisión queda reflejada en que, una actividad de inspección total por parte del empresario podrá confrontar con los derechos de los empleados y, a su vez, afectar al empleador en su capacidad para ejercer el poder de dirección y de control dentro de la empresa dado que esta quedaría limitada. Confrontación de tal naturaleza queda reflejada en el art. 20.3 ET que protege las facultades del empleador mientras que, el ET, en su art. 64.4 d) recoge como una de las competencias del Comité de empresa la de “emitir un informe con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por este sobre la implantación o revisión de sistemas de organización y control del trabajo” lo cual

¹⁰ Disponible en: <http://blogs.elcomercio.es/hispadata/2017/09/06/control-empresarial-del-correo-electronico/>

¹¹ GUDE FERNANDEZ, A.: “La video-vigilancia laboral y el derecho a la protección de datos de carácter personal”, en *Revista de Derecho político*, núm.91, 2014, p. 47.

¹² SEGOVIANO ASTABURUAGA, L.: “El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los Derechos Fundamentales de los trabajadores”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm.2, 2004, p. 151.

obliga al empleador a tener informado al conjunto de sus trabajadores sobre las medidas que se deseen tomar y ser aprobadas y aptas para el fin que se quiere conseguir con ellas.

También limita al empresario de dichas facultades de vigilancia y control el art. 4.2 en su apartado e) del ET que defiende que, “en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo”.

Por esto es, que podemos afirmar que el ejercicio de los derechos incluidos en la legislación laboral admite limitaciones en medida que uno y otro pueden ejercer sus derechos y que estas serán acordadas en el propio desarrollo de la relación laboral.

El respeto al derecho de la intimidad del trabajador exige que, el empleador no podrá utilizar subordinados en la cadena jerárquica de la empresa para establecer un sistema de espionaje laboral ni podrá tolerar que este sistema se establezca por iniciativa de alguno de sus empleados ni contratar expresamente para ello ninguna de las dos partes, a personas con la finalidad de vigilar aspectos o actividades extracontractuales del trabajador. De actuar así podría conllevarle a responsabilidades administrativas y/o penales. Para el trabajador, de otro lado si este ofendiera a compañeros debido a el despido por quebrantamiento de la buena fe contractual además de una posible responsabilidad penal¹³.

Sin embargo, como se puede extraer de José Manuel del Valle Villar; “no está vetada la contratación laboral de personas que realicen funciones de vigilancia y control en la empresa, siempre que esta base su intervención en problemas laborales o sociales que puedan surgir en el seno de la empresa donde presta sus servicios y no asuma ninguna función de control que se entrometa sobre la vida privada de los trabajadores¹⁴.”

En definitiva, debemos entender que “el derecho a la intimidad en el ámbito laboral penetra en la empresa y no lo hace limitándose a espacios concretos de la actividad laboral, sino que puede tener manifestaciones en lugares en los que se desarrolla dicha actividad, con motivo de la misma y durante el tiempo considerado como de trabajo¹⁵.”

Llegados a este punto, cabe indicar que, unos medios utilizados para el control empresarial podrán ser más lesivos que otros. Como indica Gude Fernández, la jurisprudencia ha llegado a calificar la grabación de una conversación en líneas generales como más atentatoria con el derecho a la intimidad que la captación de imágenes (al margen de que la captación de ésta haga entrar en juego también la vulneración del derecho fundamental a la propia imagen). Esta afirmación se hace partiendo de que la grabación de una conversación podrá revelar pensamientos y sentimientos internos que la mera captación de imágenes en principio no sería

¹³ Disponible en: <http://www.losrecursoshumanos.com/el-derecho-a-la-intimidad-en-el-ambito-laboral/>

¹⁴ DEL VALLE VILLAR, J.: “El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo en el ordenamiento laboral español”, en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, 1992, pp. 167-168.

¹⁵ VALDÉS DE LA VEGA, B.: “El derecho a la intimidad y su expectativa de respeto en el uso personal de las tecnologías de la información y comunicación en el trabajo. Un comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007 y a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Social*, núm.42, 2008, p. 145.

CAPÍTULO II

capaz de proporcionar¹⁶.

Por tanto, la utilización de medios de control auditivos plantearía en definitiva mayores conflictos respecto del derecho a la intimidad porque, con carácter general, su uso sería desproporcionado para la finalidad que se pretende conseguir.

Conforme a lo dicho, podemos afirmar que, no es muy posible concretar unos criterios de carácter general que determinaran cuando sería o no lícita la intromisión del empresario dentro del centro de trabajo y en las labores del trabajador pero, todo indica que, las condiciones y circunstancias de cada caso, serán especialmente determinantes para ello. Como señala la STC 29/2013, de 11 de febrero¹⁷ se deberá tener en cuenta a la hora de implementar una medida en el entorno laboral:

- El lugar del centro de trabajo en el que se instalan los sistemas.
- Si la instalación se hace o no indiscriminada y masivamente.
- Si los sistemas son visibles o han sido instalados subrepticamente.
- Finalidad real perseguida con la instalación de tales sistemas.
- Si existen razones de seguridad suficientes.
- Tipo de actividad que se desarrolla en el centro de trabajo de que se trate.
- Razones que abonan a favor de la implantación de tales medios de control.

Por todo lo expuesto, podemos concluir que, al ser los órganos jurisdiccionales los competentes de decidir atendiendo, en cada caso concreto, a todas las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior, serán ellos los que concluirán si la medida restrictiva del derecho a la intimidad supera los límites establecidos.

El TC, fija unos criterios de ponderación debido a que no puede prevalecer sin más un derecho sobre otro. Como señala la STC 89/2006, de 27 de marzo¹⁸, para poder considerar que una medida de control en el centro de trabajo está justificada, será necesario constatar que esta cumple con lo siguiente:

- Que sea una medida susceptible de conseguir el objetivo propuesto desechando aquellas vías que no sean idóneas para conseguir la finalidad perseguida (juicio de idoneidad).
- Que la medida sea necesaria y no exista otra más moderada para la consecución de ese propósito con igual eficacia (juicio de necesidad). Esto, implicará constatar que la restricción del Derecho Fundamental sea estrictamente indispensable o imprescindible para la salvaguarda de la facultad que ha legitimado su adopción (juicio de justificación).

¹⁶ GUDE FERNANDEZ, A.: “La video-vigilancia en el ámbito laboral y el derecho a la intimidad”, en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm.20, 2015, p. 13.

¹⁷ Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/intimidad_del_trabajador-control_empresarial_11_765430001.html

¹⁸ Aunque el registro de la celda estaba justificado por su finalidad –evitar el tráfico de drogas-, no consta ni que se informara al ocupante del mismo, ni justificación suficiente alguna para esta falta de información, lo que ha supuesto un daño a la intimidad.

- Que la medida sea 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). Este criterio exige llevar a cabo una ponderación entre la intensidad de la intervención del Derecho Fundamental y el peso de las razones que la justifican.

Segoviano Astaburuaga afirma que, una vez finalizada la relación laboral, puede mantenerse el control por parte del empresario en la esfera de la actividad del trabajador. Esto sucede por ejemplo, en los supuestos en que se ha suscrito un 'pacto de no competencia', para después de extinguido el contrato de trabajo¹⁹. Este pacto no podrá superar la duración de los dos años para los técnicos, y seis meses para el resto de trabajadores, como se recoge en el art. 21.2 ET.

Partiendo de aquí, podemos apreciar que también existe una posibilidad real de controlar al trabajador fuera del centro de trabajo e incluso, en ciertos casos, una vez finalizada la relación laboral. Sobre este asunto, vamos a tratar en el siguiente apartado, buscando la forma de conseguir delimitar dicha facultad de control y conocer qué derechos tendrá de un lado, la parte empresarial y, de otro, la parte trabajadora y conoceremos los límites a los que deben adaptarse cada una de las partes.

2.3. El poder de control empresarial fuera del centro de trabajo

La colisión de derechos en el ámbito laboral no se limita solamente a la actividad del trabajador dentro de la empresa, sino también puede eventualmente, extenderse al ámbito externo de la misma. Este problema se puede acentuar cuando se refiere a los controles empresariales ajenos a la causa contractual, como pueden ser los registros sobre la persona física del trabajador, sus taquillas, sus efectos particulares o sobre los comportamientos extra-laborales del trabajador como se extrae de la STS, de 17 de febrero de 2016²⁰.

Para llevar a cabo la vigilancia de un empleado fuera del centro de trabajo, la jurisprudencia se ha planteado si el empresario puede, con fines disciplinarios, confiar a agentes investigadores la tarea de vigilancia de los trabajadores y si es admisible que el empresario utilice los servicios de una agencia de investigación privada para averiguar si los empleados cometen actos lesivos contra la actividad empresarial o contra el patrimonio de la empresa. De permitirse esto, podemos afirmar que se podría producir una confrontación entre el art. 20.3 del ET, con el art. 4.2 ET, vistos con anterioridad y, a su vez también con el art.17 del mismo texto legal donde, en su primer párrafo, indica que "se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo...". De este modo queda claro que, toda cláusula impuesta de forma unilateral por el empresario como pacto con el trabajador no será válido en ningún caso y es por este motivo que, aunque por parte del empresario se pretendan imponer medidas que vulneren este derecho a la intimidad no serán válidas.

Por ejemplo, podemos apreciar una aplicación práctica del conflicto existente con este articulado donde se regula una mayor importancia en las situaciones de absentismo por enfermedad del trabajador donde, el empresario, apoyándose en el art. 20.3 ET para adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, trata de extender su facultad fuera

¹⁹ SEGOVIANO ASTABURUAGA, L.: "El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los Derechos Fundamentales de los trabajadores", en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm.2, 2004, p. 151.

²⁰ Despiden a un trabajador por encontrarse imputado en un delito de blanqueo de capitales.

del centro de trabajo bajo el pretexto de controlar aquellas actividades que, aun realizándose fuera del lugar en que se lleva a cabo la prestación laboral y al margen de la relación contractual existente, pueden afectar de manera directa al desenvolvimiento de la relación laboral²¹. Es por esto que únicamente, se permitirá realizar el acceso a la esfera privada de cualquier trabajador por motivos de interés empresarial y mediante el consentimiento del titular²² aunque, pese a todo, parte de la doctrina jurisprudencial considera que, el art. 20.3 ET, no podría servir como base de justificación de la inmersión del empresario en la vida extralaboral del trabajador dado que, el Estatuto, ya hace una previsión en el art. 20.4 ET legitimando al empresario de forma expresa para controlar las ausencias al trabajo del trabajador por causa de enfermedad o accidente mediante medios de control de reconocimientos médicos u otros similares sin que sea necesario por ello llevar a cabo una vigilancia más profunda en estos casos por lo que cabe afirmar que, en este caso concreto, el legislador admite la intromisión en la vida privada del trabajador cuando se produce una ausencia por enfermedad estableciendo para ello dos límites; uno, de fondo; pues solo cabe realizar actuaciones dirigidas a comprobar el estado de incapacidad, y otro de forma; pues especifica que solo se podrán llevar a cabo por personal médico.

La Ley refuerza esta facultad del art. 20.4 ET permitiendo que el empleador lleve a cabo la sanción a trabajadores que no consientan someterse a esta verificación médica. Por ello, la negativa del trabajador puede conllevar “la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario ante dichas situaciones o de las mejoras voluntarias pactadas en los convenios o acuerdos colectivos o bien, en el propio contrato de trabajo aunque este último no ha sido suficientemente valorado por la doctrina”²³. A pesar de esto, los Tribunales admiten como práctica normal la validez de los hechos basados en informes de detectives privados que investigan por cuenta y cargo de la empresa.

Como ejemplo claro de esto, cabe citar la STSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de febrero del 2000, la cual deja claro que, la grabación mediante vídeo de un trabajador que se encontraba de baja por una situación de incapacidad temporal por un diagnóstico médico de psicosis afectiva, es válida, pues no vulnera el derecho a la intimidad y permite verificar la situación real de salud de dicho trabajador. Ahí es donde el Tribunal defiende que el empresario está haciendo uso de su poder de control reconocido en el art. 20.3 ET, aunque se pueda entender que el recurso del empresario al detective privado para verificar el estado de enfermedad del trabajador evidencia que carece de cobertura legal, pues se puede considerar como una táctica abusiva e irrespetuosa con el derecho a la intimidad de los trabajadores²⁴. Entendemos por tanto que, la instauración de un generalizado régimen de espionaje no es tolerable, pero, por otra parte, parece ilógico excluir de plano todo tipo de vigilancia sobre un trabajador en concreto, porque no parece aceptable que el ciudadano pueda verse sometido a observación en la calle por detectives contratados por cualquier particular y, en cambio, se prohíba todo tipo de vigilancia por el hecho de que sea el empresario el que se encargue de la misma²⁵.

En este sentido cabe destacar la actual Ley Francesa nº2016-1088 de 8 de agosto de 2016, *relativa al trabajo, a la modernización del diálogo social y a la protección de las trayectorias*

²¹ RODRIGUEZ COPÉ, L.: “El derecho a la intimidad del trabajador como límite al poder de dirección empresarial”, en *Temas laborales*, núm.62, 2001, pp. 216-220.

²² *Ibíd.*, p. 221.

²³ DEL VALLE VILLAR, J.: *op. cit.*, p. 174.

²⁴ RODRIGUEZ COPÉ, L.: *op. cit.*, pp. 220-221.

²⁵ DEL VALLE VILLAR, J.: *op. cit.*, p. 170.

profesionales, donde se reconoce, a partir del 1 de enero de 2017, un derecho a la desconexión de su puesto de trabajo. Podemos definir esta desconexión como el derecho para el trabajador de no tener ningún contacto con herramientas digitales relacionadas con su trabajo durante el tiempo establecido como de descanso o su periodo correspondiente a vacaciones.

El método para fijar este derecho a la desconexión en Francia propone dos opciones:

- Llevar a cabo una negociación colectiva anual donde se fijen las modalidades a este derecho a la desconexión.
- Fijar de forma unilateral mediante carta a cada trabajador su particular derecho a la desconexión, especialmente, en trabajadores que no tenga un horario de trabajo definitivo como, por ejemplo, personal directivo.²⁶

En relación con esta normativa donde se aprecia la aparición de multitud de sistemas electrónicos que permiten la conexión con el trabajador de forma continua y los cuales quedan apagados una vez que el empleado abandona el puesto de trabajo, vamos a analizar en el siguiente apartado cómo ha resultado la introducción de estas nuevas tecnologías en el ámbito laboral frente al derecho a la intimidad que protege a los trabajadores.

2.4. El impacto de la tecnología informática en las relaciones laborales y en el poder de vigilancia y su evolución jurisprudencial

El progresivo aumento de la tecnología en relación a la captación y transmisión de imágenes y sonidos junto a la aparición de ordenadores, correo electrónico e incluso el uso actual de las redes sociales, ha ido generando una legislación garantista que intenta proteger a los individuos frente a estos nuevos escenarios con respecto a la protección del citado derecho a la intimidad.

Este derecho en el ámbito laboral se ve dañado por la introducción de estas tecnologías debido a que, los derechos de los trabajadores pueden verse vulnerados. Esto se debe a que, se han ido introduciendo distintos sistemas de control en la producción de bienes y servicios que, si bien pueden ser en parte necesarios para un desarrollo normalizado de determinadas actividades productivas, suponen una vulneración del derecho a la intimidad en un número creciente de trabajadores. Por ejemplo, podemos observar el uso de técnicas como el denominado *software in accounting*, que “permite, previa identificación personal del titular, memorizar el número de operaciones efectuadas, los errores cometidos, el tiempo empleado para cada unidad productiva, la cantidad total de trabajo prestado y la frecuencia y duración de las interrupciones en la actividad del empleado”²⁷.

Estos avances informáticos que encontramos introducidos en el mundo globalizado de las relaciones laborales, resultan perjudiciales para la garantía del derecho a la intimidad del trabajador dado que se permite el conocimiento, almacenamiento y tratamiento de datos de una persona y mediante estos se facilita al poder de vigilancia y control del empresario tener

²⁶ HENRI CIALTI, P.: “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?”, en *Temas laborales*, núm.137, 2017, pp. 163-181. (Disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/carlportal-portlets/documentos?nombre=0a948b21-736c-4846-bcb6-352005417a20.pdf>)

²⁷ GUDE FERNANDEZ, A.: “La video-vigilancia laboral y el derecho a la protección de datos de carácter personal”, en *Revista de Derecho político*, núm.91, 2014, p. 46.

CAPÍTULO II

acceso a información diversa como es el comportamiento, aficiones, creencias religiosas u orientación sexual del propio trabajador.

Como afirma Segoviano Astaburuaga “el desarrollo del mundo cibernético representa un peligro más para la intimidad, viéndose desbordadas sus formas clásicas de protección jurídica por estas nuevas tecnologías de continuo avance.” Esto se refleja al observar los principales problemas que han generado el uso de internet y el correo electrónico en el ámbito laboral y los que se plantean respecto al derecho de los trabajadores a la utilización de los medios electrónicos propiedad de su empresario, de los que disponen para efectuar su trabajo en la realización de diferentes actividades son dos;

- 1) La legalidad de los medios de control y revisión de las empresas del correo electrónico de los trabajadores como remitentes o destinatarios del mismo.
- 2) La legalidad del uso de los medios informáticos cedidos por el empresario hacia sus trabajadores y el uso que le dan éstos para fines no empresariales.

A raíz de los *problemas* citados, *del primero* emerge la necesidad de cuestionar si el empresario tendrá derecho a controlar el medio de trabajo por él facilitado y el uso que los trabajadores hacen del mismo cuestionándose, si el poder del empresario abarcará el control absoluto e ilimitado de dichos medios o existe alguna frontera que este no pueda traspasar. Para dar solución a esto hay que poner de relieve, como ya venimos defendiendo, 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.

Algunas empresas, amparándose en el articulado del ET, se otorgan el derecho para ejercer las labores de control y vigilancia mediante la introducción de cláusulas introducidas en los contratos de trabajo donde, los trabajadores, autorizan con su firma la intromisión de la empresa en su intimidad laboral (acceso al correo electrónico, historial de navegación en Internet, instalación de cámaras de vigilancia,...).

Pese a la existencia de tales cláusulas, cabe subrayar, como cita Segoviano Astaburuaga que, “este tipo de autorizaciones no permite al empresario una intromisión indiscriminada en la esfera de la intimidad del trabajador sino que, en primer lugar hay que tener presente la dudosa validez del consentimiento prestado por el trabajador al firmar dicha cláusula del contrato de trabajo, pues por lo general no aparece como una cláusula libremente pactada por el trabajador y el empresario, sino impuesta por este último, que es, en definitiva, el que ha redactado el contrato, al que el trabajador no hace sino adherirse”. En conexión con esto, el art. 3.5 ET establece que, “los trabajadores no podrán disponer válidamente antes o después de su adquisición de derechos como tal que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario” por lo que no se podría aceptar que el trabajador pueda renunciar a dichas normas fijadas durante la relación laboral y menos aún de forma tácita, por mucho que se haya llevado a cabo la puesta en conocimiento y no oposición por parte del trabajador²⁸.

Así pues podemos afirmar que, el poder de control empresarial, se encuentra limitado pese a que el articulado que encontramos en el ET permita tener distintas facultades para ejercer el poder de dirección empresarial.

Sobre el *segundo problema* planteado sobre si será legal o no el uso para fines privados de los medios facilitados por parte del empresario, encontramos diversa jurisprudencia:

- En la STSJ de Madrid, de 16 de octubre de 1998, se admitió como conforme a derecho

²⁸ SEGOVIANO ASTABURUAGA, L.: *op. cit.*, pp. 160-161.

el registro del servidor *proxy* a través del cual se conectaba la empresa a la red con la finalidad de verificar el acceso con fines privados por parte de un empleado.

- En la STSJ de Madrid, de 14 de noviembre de 2000, conocido como el caso *Deutsche Bank*, directamente no se entra a valorar la legalidad del control por la empresa de las cuentas de correo electrónico y de internet de los trabajadores, sino que se da prácticamente por supuesto.

De ambas sentencias podemos extraer como conclusión que, los Tribunales españoles del orden laboral, han admitido la procedencia de un despido del trabajador como consecuencia de un uso inadecuado de las infraestructuras electrónicas puestas al servicio de los trabajadores, calificándolo como violación de la buena fe contractual, y, en ningún caso, se contempló la legalidad o validez del control ejercido por la parte empresarial.

Por otro lado, existe jurisprudencia en nuestros Tribunales que apuntan otras opiniones aunque en la misma vía a favor del empresario. Es el caso de la STSJ de Cataluña, de 5 de julio de 2000 que apunta como conclusión importante y determinante sobre esta materia lo siguiente: “no nos encontramos en presencia de una correspondencia privada entre particulares cuyo secreto debe ser preservado, sino ante una utilización indebida de medios e instrumentos de la empresa para fines ajenos a los estrictamente laborales pudiendo, la empleadora, ejercer un control sobre la forma de utilizar tales medios que son de su propiedad así como sobre la propia actividad laboral del trabajador...”. En esta sentencia al menos, se entra a valorar si el uso era el debido o no y justifica el control realizado por parte del empresario en la medida que el trabajador utilizaba dichos medios facilitados para usos no profesionales.

Por ello, tras todo lo indicado por la jurisprudencia se hacía pensar que el trabajador, debía limitarse a no utilizar de forma privada el material facilitado por parte de los empresarios para el desarrollo de una concreta actividad. Sin embargo, como vamos a ver en el último apartado de este trabajo, en Europa va dándose un giro a este pensamiento y a la protección del poder de control y dirección del empresario pese a que, anteriormente no era así y se venía manteniendo una concordancia con el resto de Tribunales nacionales pero, tras los distintos acontecimientos que han ido surgiendo, los hábitos y costumbres actuales y todos los avances tecnológicos que han emergido, todo esto quedará cuestionado y se buscará el establecimiento de límites en el control empresarial en la búsqueda de una mayor garantía y eficacia de la privacidad de los trabajadores promoviendo y asegurando una mayor protección al derecho a la intimidad no permitiendo contemplando cualquier forma de control como válida.

CAPÍTULO III:

EL DERECHO A LA INTIMIDAD LABORAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

CAPÍTULO III: EL DERECHO A LA INTIMIDAD LABORAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

3.1. Los Derechos Fundamentales en Europa

Una de las primeras referencias a los DDFF en el ámbito europeo (donde se encuentra recogido este derecho a la intimidad) se da, de forma expresa, en el Preámbulo del Acta Única Europea aunque llevaba poniéndose de manifiesto la necesidad de una protección de los DDFF a nivel europeo desde los años sesenta debido a la abundante traslación de competencias de los estados miembros a instituciones comunitarias que serán las encargadas de dar una protección adaptada a nivel nacional de este tipo de Derechos²⁹.

También, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)³⁰ recoge en su art. 8 el respeto a la vida privada y familiar. De ese modo, queda instaurada una tabla de derechos y libertades que se configuraran como esenciales y se distribuirán en dos grandes bloques; uno con origen en el CDEH y exigible en el TEDH en última instancia para cumplir su contenido y otro como derecho originario de la unión europea y sus órganos, junto con el Tribunal de Justicia³¹. La pretensión comunitaria buscada mediante el desarrollo de dicho Convenio no es la de ponerse a la cabeza del reconocimiento de derechos y libertades fundamentales sino más bien, la de establecer un umbral mínimo de reconocimiento para todos los estados miembros que favorezca un mayor desarrollo de garantía de los derechos y libertades de todos los ciudadanos europeos³² y a la vez constituir un elemento de cohesión entre las distintas instituciones.

También, encontramos recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) en su Art. 12 la protección frente a la vulneración de este derecho a la intimidad.

Cada estado de modo particular, determinará el nivel de protección que dará a este derecho respetando los mínimos establecidos desde Europa mediante el citado Convenio y desarrollando sus propias normas que garantice así una efectividad mayor en su protección.

²⁹ REBOLLO DELGADO, L.: "El derecho fundamental a la intimidad", 2005, p.347.

³⁰ Adaptado el 4 de noviembre de 1950 en Roma, firmado por España el 24-11-77, ratificado el 29-9-79, entrando en vigor el 4 de octubre de 1979.

³¹ REBOLLO DELGADO, L.: *op.cit.* p. 348.

³² Así se desprende del art. 60 del Convenio, cuando manifiesta que "Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar a aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrán ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte"

También el Preámbulo del Convenio Europeo insiste en este nivel mínimo afirmando que los Gobiernos signatarios, miembros del Consejo de Europa, pretenden "tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal" (se refiere a la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1948).

3.2. Diferencias en el tratamiento del derecho a la intimidad en la jurisprudencia del TEDH y de los Tribunales nacionales

Tras observar la variedad jurisprudencial existente en España y Europa apreciamos que, la integración del sistema europeo de derechos en el sistema Constitucional español surgido en 1978, se realiza desde un doble nivel; por una parte, el sistema europeo pasa a ser un subsistema dentro del español que toma un carácter interactivo con respecto a los derechos constitucionales. Este carácter interactivo tiene dos vertientes: de un lado, la integración del sistema europeo producido caso a caso en cada uno de los derechos coincidentes en ambos niveles. De otro, el sistema europeo configura una serie de interpretaciones de alcance general para todos los derechos (como por ejemplo, el test de la igualdad³³ o el test de los límites³⁴ que son aplicables a todos los derechos). Así mismo, hay que tener en cuenta que el sistema europeo comprende tanto la letra del Convenio como la interpretación que del mismo realiza el TEDH al estar éste configurado por el propio Convenio y utilizado como órgano de interpretación y aplicación del mismo.

Como hemos visto en el desarrollo del trabajo en un principio los Tribunales españoles venían aceptando cualquier medida de vigilancia y control en la empresa bajo el argumento de la dimensión pública que tiene el lugar de trabajo “minusvalorando” el alcance efectivo del respeto a la dignidad³⁵. Pero este aspecto se ha ido transformando y es por este motivo que se hace necesario realizar un análisis sobre el tratamiento que recibe este Derecho a la intimidad en los distintos Tribunales nacionales (TC, TS, TSJ), su evolución jurisprudencial y también, cómo ha podido afectar lo dictaminado por los Tribunales europeos.

3.2.1. La doctrina del Tribunal Supremo

Existen varias sentencias dentro del Tribunal Supremo que establecieron una doctrina partiendo de un principio general: “el ordenador es un instrumento de producción del que es titular el empresario como propietario o por otro título y, en consecuencia, su utilización por el trabajador queda sometida a los poderes de dirección empresarial, con lo que puede

³³ La traducción del artículo 14 del Convenio Europeo publicada oficialmente en España incorpora el texto de la versión francesa: "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación" (art. 14 CEDH, en el BOE de 10 de octubre de 1979).

³⁴ En esencia, las condiciones impuestas por el Tribunal Europeo para que las injerencias o límites sean compatibles con el Convenio, pueden reconducirse a tres:

- a) Que los límites estén previstos en la ley.
- b) Que los límites sean necesarios en una sociedad democrática para conseguir un fin legítimo.
- c) Que los límites sean proporcionales con relación al fin legítimo perseguido.

³⁵ GOÑI SEIN, J. L., “El poder de control empresarial en la doctrina del Tribunal Supremo”, en: GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), “El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Tecnos, Madrid, 2015, p. 235.

reglamentarse su utilización prohibiendo los usos personales y procediendo al control de su uso”³⁶

Pero en relación a este poder de dirección y control del empresario, existen límites fijados. Como vengo indicando, el artículo 20.3 ET fija que debe respetarse la dignidad del trabajador, remitiendo para ello el TS al respeto a la intimidad donde para ello existe 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 también general de confidencialidad en el uso de estos medios que entra en la esfera del derecho a la intimidad del trabajador y que, por tanto, debe protegerse.

Ahora bien según este Tribunal, si hay por parte de la empresa prohibición de uso personal y/o advertencia de control, ya no existirá esa expectativa de confidencialidad y el control, en estas circunstancias, no vulnerará la intimidad del trabajador. Basta, por tanto, con que haya prohibición para eliminar esa expectativa de confidencialidad sin que sea necesario que la empresa haya advertido de la posibilidad del control y de su alcance³⁷.

Esta doctrina se ha reiterado más recientemente en la STS, de 13 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 4843) «caso Radio Televisión Gallega». En ella se considera, conforme a Derecho, una resolución de la empresa en la que se establece la política de uso de los medios tecnológicos empresariales. La resolución prohíbe el uso personal del equipamiento informático de la empresa, reservándose ésta el derecho a monitorizar y comprobar, de forma aleatoria, cualquier sesión de acceso a Internet iniciada por un usuario dentro de la red corporativa. De forma expresa se procede a excluir el uso personal del correo electrónico, advirtiendo también de la facultad de la empresa de revisar los mensajes de correo electrónico de los usuarios de la red corporativa y los archivos LOG de los servidores, con el fin de comprobar el cumplimiento de esta y otras normativas, así como para prevenir actividades ilícitas que pudiesen afectar a CRTVG (la empresa) como responsable civil subsidiario. A esto, la resolución añadía a esta revisión que se realizará, en todo caso, de conformidad con la regulación vigente en cada momento. Para la Sala IV, la empresaria en cuestión respetaba los tres juicios de idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad, puesto que con ella se cumple el legítimo objetivo propuesto: la exclusión del uso netamente privado de los instrumentos informáticos puestos a su disposición por la empresa para desarrollar la actividad laboral, tampoco se alcanza a vislumbrar –ni se propone– otra medida más benévola con los derechos que entienden vulnerados y se presenta como equilibrada la regulación de los intereses en juego siempre y

³⁶ Las sentencias mencionadas contemplan dificultades prácticas para una prohibición absoluta del uso personal pero admiten que la empresa puede establecer tanto prohibiciones absolutas como relativas: sentencia «Etiquetas de Galicia» (RJ 2007, 7514), FJ. 4.º; sentencia «Font Salem» (RJ 2011, 932), FJ. 3.º 1.e) y sentencia «Annaligia» (RJ 2011, 7699), FJ. 4.º.

³⁷ Esta es la conclusión de la sentencia del «caso Annaligia» (RJ 2011, 7699) donde se argumenta que si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales no habrá tampoco derecho para hacerlo en unas condiciones que impongan el respeto a la intimidad o el secreto a las comunicaciones, ya que en estas condiciones el trabajador afectado sabe que su acción de utilizar para fines personales el ordenador no es correcta y sabe también que está utilizando un medio que, al estar lícitamente sometido a la vigilancia de otro, ya no constituye un ámbito protegido para su intimidad. El voto particular de este caso sostiene que, para que la empresa pueda controlar el uso del ordenador, no basta la prohibición de uso personal sino que es necesario además que haya advertencia de control limitándose a controlar genéricamente tiempo y páginas visitadas por la trabajadora en lugar de permitir observar lo que la usuaria veía mediante la captación de pantallas para su posterior visualización.

cuando, por supuesto, en el concreto ejercicio del control empresarial respetando asimismo los derechos fundamentales referidos en el caso que nos ocupa.

3.2.2. La doctrina del Tribunal Constitucional

En el caso del TC podemos decir que existen dos sentencias que vinieron consolidando en lo esencial, la doctrina marcada por el TS: La STC 241/2012 en el «caso *Global Sales*³⁸» y la STC 170/2013 en el «caso *Alcaliber*³⁹»

A partir de ahí se incluye la facultad de que, en caso de recogerse en el Convenio la infracción correspondiente por dicho uso personal de los medios facilitados por el empleador, se dará la facultad de que la empresa pueda llevar a cabo el control de uso de un medio informático, y que, en este sentido, se hallará abierto al poder de inspección del empresario sin que sea necesaria la advertencia previa. Las mismas razones llevan a excluir la existencia de una expectativa razonable de confidencialidad para rechazar la alegación de vulneración del derecho a la intimidad.

La STC 170/2013 y la STC 241/2012 añaden un razonamiento complementario útil al ya citado que, para el caso de exista un conflicto de derechos según el cual la medida de control sea proporcionada /quedara justificada ante la necesidad de verificar la sospecha de una infracción grave y perjudicial para la empresa. Así es que aparece la técnica de la ponderación como medio para la resolución de un conflicto entre derechos constitucionales.

Estas dos sentencias por tanto confirman los criterios de la doctrina unificada del TS sobre las facultades empresariales para regular el uso de los medios informáticos en la empresa junto con las prohibiciones absolutas del uso personal y la no exigencia de advertencia previa para la realización del control cuando hay prohibición de ese uso mediante Convenio Colectivo.

También cabe nombrar la doctrina del Tribunal de Estrasburgo vertida en el «caso *Copland*» donde, nuestro TC en la sentencia 241/2012, de 17 de diciembre, se basa en el criterio fijado de la “expectativa razonable de confidencialidad” entendiendo que, en palabras

³⁸ Los trabajadores usaban un programa de mensajería instantánea denominada *Trillian* que, en contra de una prohibición expresa, dos trabajadoras instalaron en un ordenador empresarial de uso común y sin clave de acceso y mantenían conversaciones privadas y despectivas sobre compañeros de trabajo, superiores y clientes. Estas conversaciones fueron descubiertas por un compañero y dio lugar sanciones que se impugnaron, alegando la vulneración de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. El TC rechazó la lesión de ese derecho señalando que fueron los trabajadores los que eliminaron la privacidad de sus comunicaciones al incluirlas en un medio que podía ser leído por cualquier usuario.

³⁹ Se registra la actividad del uso de un ordenador y un móvil asignado por la empresa a un trabajador; el registro se produce debido a que la empresa sospechaba que eran utilizados por el trabajador para transmitir información confidencial a otra entidad de la competencia. El debate se centra en el acceso a los correos electrónicos. Se constata que no había prohibición empresarial concreta de usos personales, ni advertencia de control, aunque regía un convenio colectivo que tipificaba como infracción la utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa para fines distintos de los relacionados con la prestación laboral y, por ello, la sentencia considera que no ha existido violación del secreto de las comunicaciones, ni tampoco del derecho a la intimidad. En relación con el secreto a las comunicaciones, se recuerda que el art. 18.3 CE protege únicamente las que se realizan a través de medios o canales cerrados, no extendiéndose a las llamadas comunicaciones abiertas, que por su franqueo u otras circunstancias se entiende que no pueden incluir correspondencia en régimen de confidencialidad.

de Baz Rodríguez “es precisamente la tolerancia generalizada al uso moderado para fines personales de tales herramientas la que genera una expectativa, también general, de confidencialidad para el trabajador⁴⁰”. Esto quiere que decir que, dichas Sentencias fijaron que aquel trabajador que utilizara, de forma refrenada los mecanismos facilitados por la empresa, tiene derecho a que al trabajador le pueda ver reservada en parte su intimidad.

Podemos afirmar a su vez que la tesis generalizada que se vuelca a favor del empleador se fundamenta en la no exigibilidad de información previa sobre el control utilizado cuando con ella se frustrara la finalidad pretendida sin que exista un medio más inocuo, siendo suficiente con el cumplimiento de los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Por tanto, la doctrina judicial hasta el momento, hacía hincapié en “la importancia de establecer previamente, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, las reglas de uso de dichos medios salvo que esto impida el correcto fin que se pretende obtener con la medida de control que se quiere instaurar.”⁴¹

3.2.3. La nueva jurisprudencia del TEDH: La Sentencia *Barbulescu I* (12-1-2016) y *Barbulescu II* (5-9-2017)

Esta importante sentencia del TEDH tiene su origen, como se detalla a continuación, en una decisión empresarial de introducción de medios de control.

El señor *Barbulescu* era un ingeniero encargado de ventas en una empresa comercial rumana con antigüedad desde 2004. En dicha empresa se abrió una cuenta de mensajería de *Yahoo Messenger* para llevar a cabo la comunicación con los clientes y, para su uso, se fija un reglamento en la empresa que prohibía el uso de ordenadores y otros medios empresariales para fines personales que se informa al actor en 2006. En dicha normativa no se refleja las medidas de control que se llevaran a cabo para el control de la comunicación con empleados. El 3 de Julio de 2007 se informa a los trabajadores de que se llevara el control por parte del empleador del uso de internet, teléfonos y fotocopiadoras e incluía de información el despido de una trabajadora por uso indebido de dichos medios.

Entre el 5 y 12 de Julio se lleva a cabo el registro de las comunicaciones realizadas por el señor *Barbulescu* y se descubre que este estaba usando los medios profesionales con fines personales llevando a cabo el uso de la aplicación de mensajería de la empresa para conversaciones privadas. Sobre este suceso el trabajador niega haber realizado tal cosa y, al negar esto, la empresa decide mostrar la transcripción de dichos mensajes en 45 páginas que reunían todas las conversaciones realizadas entre el 5 y 12 de julio. El 1 de agosto de ese mismo año se hizo efectivo el despido de *Barbulescu*.

⁴⁰ BAZ RODRÍGUEZ, J.: “Sentencia del Tribunal Constitucional 170/2013, de 7 de octubre [BOE n.º 267, de 7-XI-2013]”, en *Revista Ars Juris Salmanticensis*, Vol. 2, nº. 1, 2014, p. 365.

⁴¹ BAZ RODRÍGUEZ, J.: *op. cit.*, p.375.

CAPÍTULO III

A raíz de este suceso, el trabajador acude a los Tribunales de su país y posteriormente al Tribunal europeo, donde surgen dos sentencias mediante las que se ha pronunciado el TEDH⁴²:

- En instancia, en la STEDH de 12 de enero de 2016, se declaró que no se había producido una violación del artículo 8 del CEDH con respecto a la vulneración del derecho a la intimidad del trabajador, razonando que el control empresarial queda justificado con el fin de que se utilicen de forma profesional los medios facilitados y destacando que hubo aviso por parte de la empresa acerca de la prohibición de dichos fines de uso personal.
- La segunda sentencia es del 5 de mayo de 2017. En ella se recoge, tras consecuencia de una petición de reenvío a la Gran Sala del Tribunal, la existencia de la vulneración del artículo 8 del CEDH y por ello, se condena en costas al Tribunal rumano y se desestima la petición de indemnización solicitada dado que, el reconocimiento de la lesión de ese derecho constituye una reparación suficiente.

En esta segunda sentencia del Tribunal se valoran una serie de factores que es lo que se ha denominado como “test *Barbulescu*” y se compone este de distintos puntos a tener en cuenta para contemplar si la medida de control será o no válida para cada caso concreto:

- 1.) Si existe o no información hacia los trabajadores sobre las medidas de control y la puesta en práctica de estas; el empresario deberá avisar de forma clara y anterior a la ejecución de las mismas.
- 2.) Que alcance tendrá el control por parte de la empresa y el grado de intromisión en la vida privada del trabajador.
- 3.) Si existen motivos suficientes para el control Si pueden fijarse medidas menos intrusivas que alcancen el mismo fin
- 4.) Considerar las consecuencias de dicho control del empleador con el uso que le dé sobre los datos obtenidos.
- 5.) Las garantías ofrecidas al trabajador en cuanto a ser avisado previamente a aplicar dicha normativa de control.

Al valorar estos aspectos por parte del Tribunal, se aprecia que no es suficiente la prohibición de uso personal para destruir la expectativa de confidencialidad y que debe advertirse de dicho control y el medio utilizado para ello debiendo resultar adecuados y distinguiendo entre la captación de información que debe realizarse en cualquier momento siempre previa advertencia al trabajador o, el acceso a su contenido que debería hacerse en presencia del trabajador afectado.

Esto entre otros motivos, es consecuencia de que, en esta segunda sentencia el fallo cambiase y se diera una mayor protección al trabajador garantizando así su derecho a la intimidad dentro del entorno laboral.

⁴² ROJO TORRECILLA, E., “De Barbulescu I a Barbulescu II. La Gran Sala del TEDH refuerza la protección del trabajador frente al control y vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el ámbito laboral por parte empresarial. Notas a la importante sentencia de 5 de septiembre de 2017, y amplio recordatorio de la sentencia de la Sala Cuarta de 12 de enero de 2016”, en *Blog del autor*, Septiembre 2017 (Disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/09/de-barbulescu-i-barbulescu-ii-la-gran.html>)

3.2.4. La aplicación de la nueva doctrina del TEDH en el sistema español

Tras observar la actualización y necesidad de modificar la doctrina que los Tribunales nacionales venían aplicando hasta el momento podemos afirmar que, esta sentencia *Barbulescu*, va a generar un cambio en la situación actual de la jurisprudencia de los países europeos y, en particular de España, donde se deberá cambiar drásticamente el mecanismo de actuación de los Tribunales en la actualidad⁴³.

En conclusión, obtenemos que las principales variaciones que sufrirán los Tribunales van a ser las siguientes:

Inicialmente será obligatorio realizar la advertencia del control del uso de los medios facilitados por el empresario que permitirán al trabajador decidir sobre el grado de uso de esos medios a nivel personal aunque el tradicional *ius usus inocui*⁴⁴ tendrá unos límites imprecisos y dependerá de la tolerancia del empresario.

En segundo lugar, ya no bastará con la prohibición de uso personal para superar la expectativa de confidencialidad sino que será necesaria la advertencia del control sin perjuicio de lo que pueda suceder en orden a los controles extraordinarios debiendo ser una advertencia clara y previa a la puesta en práctica del control debiendo ser una advertencia genérica que, posteriormente, incluya información específica sobre los medios de control y el alcance de estos aunque no será necesario especificar los medios técnicos dado que podrán ser variables.

En tercer lugar, deberán existir motivos suficientes que justifiquen dicho control y en cuanto a controles extraordinarios, estos deberán justificarse con sucesos de carácter necesario para prevenir un hecho con concreto o probar infracciones o riesgos graves y deberán valorarse en función de los criterios de ponderación (justificación, idoneidad, necesidad y proporcionalidad)

Lo siguiente que deberá revisarse es que dichos controles afecten en la menor medida posible a la intimidad y al secreto de las comunicaciones tanto en extensión como en medios utilizados.

Por último, con respecto a las consecuencias disciplinarias que deriven de ejercer dicho control, estas deben ser enjuiciadas de acuerdo a normas legales o convencionales que estén reguladas mientras que, con las consecuencias por el uso que el empresario haga de las medidas de control utilizadas, deberá contemplarse las limitaciones existentes con respecto a lo que pueda hacer con la información obtenida dado que, si produce una lesión a la intimidad del trabajador, esta podrá dar lugar a un uso abusivo y por tanto, podrá tener consecuencias judiciales dada la vulneración de tal Derecho Fundamental.

Por todo esto, deberán contemplarse una serie de medidas que resultarán de aplicación para los Tribunales ofreciendo hacia el trabajador, una serie de garantías de privacidad, confidencialidad y tolerancia que paso a indicar:

- Deberá darse una información previa y suficiente sobre la medida tomada.

⁴³ DESDENTADO BONETE, A., “El debate del TEDH y el cambio de criterio: de *Barbulescu* I (STEDH 12.1.2016) a *Barbulescu* II (STEDH 5.9.2017)”, en *Revista de información laboral* 4/5/2018, pp.20-23.

⁴⁴ El denominado *ius usus Inocui* significa que el propietario, debe permitir o tolerar, la intromisión en su derecho de terceros mientras no se dañe su derecho y esa intromisión sea útil para el tercero.

CAPÍTULO III

- El empresario deberá justificar las medidas que justifiquen su necesidad de aplicación.
- Deberá existir una limitación que impida el carácter intrusivo de dicho control.
- La medida siempre deberá ser proporcionada al fin que se busca obtener.
- El empresario tendrá que poder acreditar que la medida de control y vigilancia se ha llevado a cabo de forma previa al inicio del procedimiento disciplinario.
- La incautación de un medio utilizado por el trabajador para el desarrollo de su prestación laboral no será objeto de preaviso para éste pero, en base al art. 18 ET el propio empleado, un representante o un compañero del trabajador, deberá estar presente durante dicho registro o, en defecto, el empleador estará obligado a poner en conocimiento la información que ha sido obtenida de dicha revisión.

Citadas estas medidas que los Tribunales deberán aplicar, para comprobar que la reciente sentencia *Barbulescu* de 2017 ha surtido efecto y que se utiliza ya como doctrina, este año 2018 en España, ya ha servido de aplicación hacia nuestro TC con la STEDH, de 9 de enero de 2018 (Caso de López Ribalda y otros contra España) forzando a una revisión y actualización en su jurisprudencia dictada.

Esta sentencia de 2018 aborda el problema sobre la vigilancia en el centro de trabajo y el equilibrio que debe existir entre poder de dirección y derecho a la protección de datos y a la intimidad. Los hechos de la misma son los siguientes:

En un supermercado se detectaron diferencias entre el inventario de productos y lo facturado en las cajas, por lo que se instalaron cámaras de control de dos tipos, visibles para grabar posibles robos de clientes (de lo cual fue informada la representación de los trabajadores y los propios empleados) y ocultas para grabar posibles robos de los empleados, que enfocaban la zona de las cajas. Tras un período de grabación, la compañía citó a los empleados que aparecían implicados en los robos, y todos ellos reconocieron su involucración en los hechos. Los despidos disciplinarios fueron impugnados ante la jurisdicción social, siendo principal argumento de las demandantes que la video-vigilancia oculta había vulnerado el derecho a la protección de su intimidad⁴⁵.

Dichos despidos se habían considerado ajustados a derecho por el TC, siendo declarados tales como procedentes y, posteriormente, el TEDH corrige el fallo concluyendo que no hubo proporcionalidad en las medidas adoptadas por el empresario alegando que hubo una violación del Art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y exponiendo que, los Tribunales nacionales no lograron un equilibrio justo entre los solicitantes del derecho al respeto de su vida privada y el interés de su empleador en la protección de sus propios derechos señalando, la Gran Sala del Tribunal Europeo, conforme al artículo 5 de la Ley española de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) que, las demandantes tenían derecho a ser informadas "previamente de modo expreso, preciso e inequívoco" 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".

⁴⁵ Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/Derecho-proteccion-datos-reflexiones-Caso-Lopez-Ribalda_11_1200430002.html

Por tanto, como podemos apreciar en el fallo dictaminado en esta sentencia del TEDH contra España, la doctrina *Barbulescu* causará efectos inmediatos sobre los criterios seguidos por el TC hasta el momento y sobre los restantes Tribunales de nuestro país, de tal modo que podemos estimar en la STEDH, de 5 de septiembre de 2017 (caso *Barbulescu* II contra Rumanía) que las medidas citadas en esta sentencia para valorar las garantías que deben respetarse hacia los trabajadores han sido aplicadas de nuevo en este caso que nos ocupa de 2018 sobre las cajeras del supermercado.

Es por ello que para concluir, podemos afirmar sobre esta jurisprudencia surgida en el TEDH que se pretende garantizar una mayor protección sobre el derecho a la intimidad de los trabajadores exigiendo, en primer lugar, que el trabajador haya sido informado con claridad y con carácter previo de las medidas de control que pueden utilizarse y del alcance de las mismas y no únicamente de la posibilidad de que el empresario puede emplear medidas de vigilancia. En segundo lugar, que el empleador deberá prestar atención y valorar la proporcionalidad de su actuación, estimando que grado de intromisión comporta la medida en la vida personal y familiar del empleado, debiendo optar por aquella actuación menos intrusiva. En tercer lugar, el empleador deberá poder acreditar la existencia de motivos concretos previos al control que justifiquen la necesidad y procedencia de tal medida y por último y directamente relacionado con el punto anterior, se exigirá que tal medida se lleve a cabo de forma previa al inicio del procedimiento disciplinario por parte del empresario, no siendo posible iniciar tal procedimiento y posteriormente “ir en busca” de los hechos que lo puedan justificar⁴⁶.

⁴⁶ Disponible en: <http://www.eljurista.eu/2017/10/09/Barbulescu-ii-cambio-de-criterio-jurisprudencial/>

CONCLUSIONES

El derecho a la intimidad continua planteando problemas en lo relativo a su protección frente a los Tribunales y que, a su vez, encontramos un conflicto de intereses entre empresarios y trabajadores desde el punto de vista del control que uno tiene y los derechos que, de su parte, la otra parte posee.

Esto se refleja también en que nuestros Tribunales internos, avanzaban su criterio jurisprudencial hacia la primacía del poder de dirección empresarial sobre los derechos fundamentales del trabajador, mientras que, el TEDH con su Sentencia de 5 de septiembre de 2017, se aproxima a los pronunciamientos que limitan las facultades de control del empresario y exigen mayores previsiones para acceder y controlar legítimamente las herramientas informáticas puestas a disposición del empleado.

Por todo ello, la sentencia *Barbulescu*, hace necesaria en la actualidad una revisión de la doctrina aplicada hasta el momento, puesto que, ha dado un giro a la existente en los Tribunales nacionales y obligara de este modo a que se busque el equilibrio entre los derechos de los trabajadores y los poderes de control empresariales.

En consecuencia, la legitimidad de la medida de control no puede derivar del mero cumplimiento de la advertencia de las reglas de uso de los medios facilitados por el empresario, es decir, no será suficiente la exigencia de información sobre los controles o las grabaciones a los trabajadores sino que esta deberá darse con carácter previo y de forma clara e inequívoca.

Para lograr equilibrio de los intereses de una y otra parte, serán necesarias unas normas claras al respecto que podrán concretarse mediante una normativa específica (y no solo a través de convenios colectivos) o, directamente por el empresario, mediante la adopción – por ejemplo - de un protocolo o código de buenas prácticas negociado con los representantes de los trabajadores en la empresa, que refleje y clarifique aspectos tan esenciales como los límites al uso de los instrumentos de la empresa para fines privados y las prácticas y mecanismos de control previstos.

De este modo, los trabajadores estarán informados en todo momento de las prohibiciones absolutas y parciales, los usos adecuados y permitidos de las herramientas de la empresa, los controles existentes y los medios que van a ser utilizados para gestionar dicho control y también sobre las posibles sanciones en caso de incumplimiento y el funcionamiento en general de todo este completo mecanismo. A su vez, y de acuerdo con las exigencias de buena fe, será necesario que, la empresa, establezca unas reglas sobre el fin del uso de esos medios con carácter previo, todo ello, sin descartar la posibilidad de utilizar otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones y siempre teniendo en cuenta la posibilidad de utilizar la medida menos lesiva dentro de las opciones que se posean para ejercer un determinado control.

Para todo esto, los Tribunales podrán apoyarse a partir de este momento en la Doctrina o Test *Barbulescu* que fue creada en esta jurisprudencia de 9 de septiembre de 2017 donde, han sido fijadas, como cité en el desarrollo del trabajo, aquellas pautas que deben ser tenidas en cuenta a la hora de tomar medidas de control para poder respetar los derechos de una y otra parte.

Para acabar, se hace evidente que, nuestra legislación aún no ha podido actualizarse ni avanzar a la misma velocidad que lo ha hecho la introducción de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral. Es por esto que, se hace necesario el desarrollo de nuevas normas que contemplen esta evolución tecnológica del mundo moderno en el que nos encontramos.

BIBLIOGRAFÍA

BAZ RODRÍGUEZ, J.: “Sentencia del Tribunal Constitucional 170/2013, de 7 de octubre [BOE nº 267, de 7-XI-2013]”, en *Revista Ars Juris Salmanticensis*, Vol. 2, nº. 1, 2014, pp. 364 - 367.

VV.AA.: “Lecciones de Derecho Constitucional II”, Pamplona, 2013, ed. Thomson Reuters.

MOLINA NAVARRETE, C.: “El poder empresarial de control digital: ¿“nueva doctrina” del TEDH o mayor rigor aplicativo de la precedente?”, *IUS Labor* 3/2017, p.295.

DEL VALLE VILLAR, J.: “El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo en el ordenamiento laboral español”, en *Estudios sobre el Derecho a la Intimidad*, Alcalá de Henares, 1992, pp. 130 – 139.

DESDENTADO BONETE, A.: “El debate del TEDH y el cambio de criterio: de *Barbulescu I* (STEDH 12.1.2016) a *Barbulescu II* (STEDH 5.9.2017)”, en *Revista de información laboral* 4/5/2018, pp.20-23.

GOÑI SEIN, J. L.: “El poder de control empresarial en la doctrina del Tribunal Supremo”, en: García Murcia, Joaquín (Coord.), *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. Tecnos, Madrid, 2015, pp. 235 - 251.

- “Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores. Análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016”, en *Revista de derecho social*, nº 78, 2017, pp. 15 - 42.

- “La vigilancia empresarial de la conversaciones electrónicas de los trabajadores: A propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de enero de 2016, ‘*Barbulescu vs. Rumanía*’”, en *Trabajo y derecho*, nº 18, 2016, pp. 78 - 84.

GUDE FERNANDEZ, A.: “La video vigilancia en el ámbito laboral y el derecho a la Intimidad”, en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 20, Madrid, 2015, pp. 1 - 28.

- “La video vigilancia laboral y el Derecho a la Protección de Datos de carácter personal”, en *Revista de Derecho Político UNED*, núm. 91, Madrid, 2014, pp. 43 - 90.

HENRI CIALTI, P.: “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?”, en *Temas laborales*, núm.137, 2017, p.163-181. (Disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/carlportal-portlets/documentos?nombre=0a948b21-736c-4846-bcb6-352005417a20.pdf>)

LÓPEZ DE LA FUENTE, G.: “La doctrina jurisprudencial del Tribunal europeo de derechos humanos sobre el control de las comunicaciones electrónicas en el trabajo: ¿el fin de una eterna cuestión?”, en *Revista de Estudios Europeos*, n. 69, enero-junio, 2017

LÓPEZ DÍAZ, E.: “El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina”, Madrid, 1996, Ed. Dykinson.

MOLINA NAVARRETE, C.: “El poder empresarial de control digital: ¿“nueva doctrina” del TEDH o mayor rigor aplicativo de la precedente?”, *IUS Labor 3/2017*, p.295.

PÉREZ LUÑO, A.: “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”, Madrid, 2010, Ed. Tecnos.

REBOLLO DELGADO, L.: “El derecho fundamental a la intimidad”, 2005, pp. 347 - 348.

RODRIGUEZ COPÉ, L.: “El Derecho a la intimidad del trabajador como límite al poder de dirección empresarial”, en *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 62, Córdoba, 2001, pp. 213 - 228.

ROJO TORRECILLA, E.: “De *Barbulescu I* a *Barbulescu II*. La Gran Sala del TEDH refuerza la protección del trabajador frente al control y vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el ámbito laboral por parte empresarial. Notas a la importante sentencia de 5 de septiembre de 2017, y amplio recordatorio de la sentencia de la Sala Cuarta de 12 de enero de 2016”, en *Blog del autor*, Septiembre 2017 (Disponible:<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/09/de-Barbulescu-i-Barbulescu-ii-la-gran.html>)

SEGOVIANO ASTABURUAGA, L.: “El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los Derechos Fundamentales de los trabajadores”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 2, Valladolid, 2004, pp. 145 - 187.

SERRANO OLIVARES, R.: “El derecho a la intimidad como derecho de autonomía personal”, en *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 103, 2001, pp. 97 - 124.

VALDES DE LA VEGA, B.: “El derecho a la intimidad y su expectativa de respeto en el uso personal de las tecnologías de la información y comunicación en el trabajo. Un comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007 y a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 42, Albacete, 2008, pp. 143 - 157.

FUENTES CONSULTADAS EN INTERNET

<http://almacenederecho.org/la-sentencia-lopez-ribalda-del-Tribunal-europeo-derechos-humanos/> (Consultado el 15 de febrero de 2018)

http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/intimidad_del_trabajador-control_empresarial_11_765430001.html (Consultado el 24 de abril de 2018)

<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/09/de-Barbulescu-i-Barbulescu-ii-la-gran.html> (Consultado el 25 de abril de 2018)

<http://www.losrecursoshumanos.com/el-derecho-a-la-intimidad-en-el-ambito-laboral/> (Consultado el 30 de mayo de 2018)

<http://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/12289-el-TEDH-revisa-sus-criterios-sobre-la-validez-de-vigilancia-de-las-comunicaciones-del-trabajador-por-parte-del-empresario/> (Consultado el 10 de junio de 2018)

<http://blogs.elcomercio.es/hispadata/2017/09/06/control-empresarial-del-correo-electronico/> (Consultado el 19 de junio de 2018)

<https://www.iberley.es/noticias/tedh-condena-estado-indemnizar-cajeras-sustraido-articulos-supermercado-285614> (Consultado el 20 de junio de 2018)

http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/Derecho-proteccion-datos-reflexiones-Caso-Lopez-Ribalda_11_1200430002.html (Consultado el 20 de junio de 2018)

<http://almacenederecho.org/la-sentencia-lopez-ribalda-del-Tribunal-europeo-derechos-humanos/> (Consultado el 21 de junio de 2018)

<http://www.eljurista.eu/2017/10/09/Barbulescu-ii-cambio-de-criterio-jurisprudencial/> (Consultado el 21 de junio de 2018)

ANEXOS

ANEXO I: LEGISLACIÓN APLICABLE

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

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

Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Procedimientos para la Imposición de las Sanciones por Infracciones de Orden Social y para los Expedientes Liquidatorios de Cuotas de la Seguridad Social

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

Ley Francesa nº2016-1088 de 8 de agosto de 2016, *relativa al trabajo, a la modernización del diálogo social y a la protección de las trayectorias profesionales*

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

Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950

Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, publicado en el DOUE, 30 de marzo de 2010, C-83/02.

Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Roma 4 de noviembre de 1950, publicado en el BOE número 243, de 10 de octubre de 1979.

ANEXO II: SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA EN SU SALA DE LO SOCIAL

STSJ Madrid, 721/1998, de 16 de octubre: *despido procedente de un trabajador que realizaba navegaciones irregulares en la red de internet y uso del ordenador de la empresa para actividades propias.*

STSJ Comunidad Valenciana, 383/2000 de 3 de febrero: *la grabación mediante vídeo de un trabajador que se encontraba de baja por una situación de incapacidad temporal por un diagnóstico médico de psicosis afectiva es válida, pues no vulnera el derecho a la intimidad y permite verificar la situación real de salud de dicho trabajador*

STSJ Cataluña, 9382/2000, de 14 de noviembre: *despido de un trabajador por uso del correo electrónico ajeno a la prestación laboral y durante su jornada de trabajo a través del ordenador de la empresa.*

STSJ Madrid, 9382/2000, de 14 de noviembre: *despido de un trabajador de Deutsche Bank, que aceptó haber remitido mensajes ajenos al trabajo (140 en 5 semanas) pero en su defensa indicaba que la pérdida de tiempo y el coste para la empresa fue mínimo. Alegó además persecución sindical por su afiliación al sindicato de la empresa, indicando que en el fondo esa era la razón de su despido y no el uso del correo electrónico en horas laborales.*

ANEXO III: SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO EN SU SALA IV DE LO SOCIAL

STS 7514/2007, de 26 de septiembre: *se unifica y sienta doctrina sobre el alcance y la forma del control empresarial y el uso por el trabajador del ordenador que se ha facilitado por la empresa como instrumento de trabajo. Existe la posibilidad de ejercer un control empresarial al amparo de lo establecido en el artículo 20.3 del ET (y no en el artículo 18 CE). Existe la necesidad de fijar el establecimiento previo de reglas relativas al uso del ordenador en la empresa.*

STS, de 17 de febrero de 2016: *empleado de banca que es despedido por transgresión de la buena fe al ser imputado en la causa abierta en la Audiencia Nacional contra el blanqueo de capitales. El trabajador solicitó la nulidad del despido por vulneración del derecho al honor y a la propia imagen. El TS entiende que no procede ya que no consta que la decisión extintiva hubiera tenido cualquier tipo de difusión fuera del estricto ámbito contractual laboral. Sí procede en cambio, la declaración de improcedencia ya que, el hecho de que el trabajador esté o no imputado en un procedimiento penal no es causa de despido al no estar tipificada que la mera imputación en causa penal sea falta sancionable en la jurisdicción social.*

STS, de 13 de septiembre de 2016: *se considera, conforme a Derecho, el despido de un trabajador mediante el uso de una resolución de la empresa en la que se establece la política de uso de los medios tecnológicos empresariales. La resolución prohíbe el uso personal del equipamiento informático de la empresa, reservándose ésta el derecho a monitorizar y comprobar, de forma aleatoria, cualquier sesión de acceso a Internet iniciada por un usuario dentro de la red corporativa. De forma expresa se excluye el uso personal del correo electrónico, advirtiendo también de la facultad de la empresa de revisar los mensajes de correo electrónico de los usuarios de la red corporativa de la misma pudiendo ser sancionados.*

ANEXO IV: SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA DE LO SOCIAL

STC 110/1984, de 26 de noviembre: *intimidación económica.*

STC 89/1987, de 3 de junio: *intimidación sexual.*

STC 231/1988, de 2 de diciembre: *la entidad mercantil Prographic S A, había realizado y posteriormente comercializado, sin autorización unas cintas de vídeo en las que se mostraban imágenes de la vida privada y profesional de su difunto marido, Don Francisco Rivera Pérez, de profesión torero y conocido públicamente como «Paquirri», y muy especialmente, imágenes de la mortal cogida que sufrió en la plaza de toros de Pozoblanco (Córdoba) y de su posterior tratamiento médico en la enfermería de la citada plaza.*

STC 37/1989, de 15 de febrero: *intimidación corporal.*

STC 45/1989, de 20 de febrero: *relaciones conyugales y familiares.*

STC 89/2006, de 27 de marzo: *no hay vulneración del derecho a la intimidad por el hecho de haberse realizado un registro en una celda de un centro penitenciario que la administración penitenciaria justifica en el seguimiento que los funcionarios estaban realizando sobre uno de los ocupantes de la celda por su relación con el tráfico de drogas y en la información que tenían los funcionarios de que podía haber en la celda sustancias prohibidas.*

Dicha finalidad se considera penitenciaria y, por ende, el TC no aprecia innecesariedad en el registro. Sin embargo, la falta de presencia del recurrente en dicho registro y la falta de comunicación al recurrente respecto del resultado del citado registro si provoca una limitación del derecho a la intimidad del recurrente que no es conforme a las exigencias de proporcionalidad que la Constitución impone a la limitación de los DDFF.

STC 241/2012, de 17 de diciembre: *dos empleadas instalan en contra de las normas de la empresa, un programa de mensajería instantánea en un ordenador corporativo de uso común (cuyo contenido es accesible por los demás empleados, sin necesidad de clave) para comunicarse entre ellas. En el trascurso de sus conversaciones vierten comentarios críticos, despectivos o insultantes en relación con compañeros de trabajo, superiores e incluso clientes. La empresa tiene conocimiento de la instalación de este programa a través de otro trabajador que, al descubrir las conversaciones de las empleadas que habían quedado almacenadas en el ordenador de uso común, lo comunica a la empresa. El empresario cita a las empleadas y mantiene una reunión con ellas en la que se leen algunas de las conversaciones. Finalmente las empleadas son amonestadas verbalmente. Como consecuencia de la actuación del empresario, una de las empleadas decide demandar a la empresa por violación de su derecho fundamental a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.*

STC 29/2013, de 11 de febrero: *utilización de imágenes captadas por las cámaras de video-vigilancia instaladas en el recinto universitario para una finalidad, la supervisión laboral, de la que no se informó al trabajador. Se acusa de vulnerar el derecho a la protección de datos de carácter personal del recurrente dado que era necesaria la información previa, expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida.*

EL DERECHO A LA INTIMIDAD LABORAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Se concluye que, debió informarse sobre las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a ser realizado, explicitando que podía utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo - no existe indicio de que la finalidad del tratamiento de los datos fuera el control de la prestación laboral -, pues las cámaras de video-vigilancia instaladas respondían a una medida de seguridad y estaban ubicadas en los vestíbulos y zonas de paso público y no en las dependencias donde se desarrollaba la prestación laboral.

STC 170/2013, de 7 de octubre: *no se concede el amparo a un trabajador cuyo despido había sido declarado procedente basándose en que había cedido información confidencial de la Empresa a la competencia a través del correo electrónico y el teléfono móvil.*

El trabajador entendía que las pruebas que habían sido obtenidas con vulneración de sus derechos fundamentales a la intimidad y secreto de comunicaciones eran nulas y no podían ser tenidas en cuenta para acreditar la infracción laboral imputada por la Empresa.

STC 7/2014, de 27 de enero: *se reconoce la violación del derecho a la intimidad por parte de una revista debido a la difusión de imágenes que afectaban a artistas pese a que estas personas tuvieran una vida pública.*

ANEXO V: SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH, de 25 de junio de 1997 (caso *Halford* contra Reino Unido): el Tribunal señala que en ciertas circunstancias, una persona dispone de una esperanza legítima de protección y de respeto de su vida privada. De esta forma, consideró en un asunto sobre la interceptación de comunicaciones telefónicas provenientes de locales profesionales, que la demandante podía legítimamente creer en el carácter privado de dicho tipo de llamadas.

STEDH, de 3 de abril de 2007 (caso *Copland* contra Reino Unido): demanda interpuesta por un trabajador contra la empresa porque esta última tenía las sospechas de un uso inadecuado de los equipos de trabajo de la empresa (navegación web, teléfono y correo electrónico) y decidió hacer una monitorización o seguimiento de los movimientos realizados por el trabajador. La monitorización no controlaba el contenido, pero sí el número de veces que se visitaban las páginas web, el número de llamadas realizadas y tiempo que dedicaba en ellas y a quien las realizaba, etc.

El Tribunal estimó la demanda y llegó a la conclusión de que la recogida y almacenamiento de información personal sin el consentimiento ni el conocimiento constituye una intromisión en su derecho al respeto de su vida privada.

STEDH, de 12 de enero de 2016 (caso *Barbulescu I* contra Rumanía): Se realiza el control por parte de la empresa del correo electrónico del trabajador que utilizaba el mail profesional para comunicaciones personales. Se declaró que no se había producido una violación del artículo 8 del CEDH con respecto a la vulneración del derecho a la intimidad del trabajador, razonando que el control empresarial queda justificado con el fin de que se utilicen de forma profesional los medios facilitados y destacando que hubo aviso por parte de la empresa acerca de la prohibición de dichos fines de uso personal.

STEDH, de 5 de septiembre de 2017 (caso *Barbulescu II* contra Rumanía): control del correo electrónico del trabajador que utilizaba el mail profesional para comunicaciones personales. En esta sentencia se recoge, la existencia de la vulneración del artículo 8 del CEDH y se condena en costas al Tribunal rumano desestimando la petición de indemnización que se solicitaba de dado que consideran el reconocimiento de la lesión como una reparación suficiente.

STEDH, de 9 de enero de 2018 (caso de *López Ribalda y otros* contra España): unas cajeras de un supermercado cometen hurtos de forma periódica y creciente y la empresa instala cámaras dirigidas a la salida del supermercado y a las cajas registradoras y la parte posterior de éstas (donde las cajeras almacenaban la mercancía por la que no se pagaba). Se informa a las empleadas de las primeras pero no de las segundas. Se graban los hurtos y se despide a las cajeras. El juzgado y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña consideran procedentes los despidos y el Tribunal Constitucional no admite el recurso de amparo. El TEDH determina sin tener en cuenta en absoluto la inmoralidad de la conducta de las empleadas, que, finalmente, se les reconozca una indemnización por daño moral por haber sido grabadas sin saberlo en sus puestos de trabajo situados en un espacio abierto al público y sabiendo que había cámaras aunque no dirigidas específicamente a las cajas registradoras.