



GRADO EN COMERCIO

TRABAJO FIN DE GRADO

**Los límites al control de vigilancia del empresario.
Estudio del sistema de control *Mystery Shopper***

Andrea Bigiu

VALLADOLID 16 de diciembre de 2019



UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

GRADO EN COMERCIO

CURSO ACADÉMICO 2019/2020

TRABAJO FIN DE GRADO

**Los límites al control de vigilancia del empresario.
Estudio del sistema de control *Mystery Shopper***

Trabajo presentado por:

Andrea Bigiu

Firma:

Tutora: Ana Murcia Clavería

Firma:

Valladolid 16 de diciembre 2019



Índice

| | |
|--|-----------|
| I. INTRODUCCIÓN | 3 |
| II. Características del contrato de trabajo: Poderes del empresario y derechos del trabajador | 4 |
| 1. La ajenidad y dependencia..... | 5 |
| 2. Los poderes del empresario | 8 |
| 3. Derechos del trabajador | 11 |
| III. Sistemas de control y sus límites | 17 |
| 1. Principio de proporcionalidad | 19 |
| 2. Sistemas de control | 21 |
| a) Videovigilancia..... | 22 |
| b) Ordenador | 26 |
| c) Redes sociales | 27 |
| d) Teléfono móvil..... | 28 |
| e) Correo electrónico..... | 29 |
| f) Infrarrojos, radiofrecuencias y controles biométricos | 31 |
| g) Sistema de geolocalización | 33 |
| IV. El sistema de control Mystery Shopper..... | 35 |
| 1. Tipos de <i>Mystery Shopper</i> | 36 |
| 2. Requisitos fundamentales del <i>Mystery Shopper</i> | 38 |
| 3. Caso práctico..... | 40 |
| 4. ¿Es lícito el “ <i>Mystery Shopper</i> ”?..... | 47 |
| V. Conclusión..... | 50 |
| VI. Bibliografía y Webgrafía..... | 51 |
| 1. Bibliografía | 51 |
| 2. Webgrafía | 52 |
| 3. Sentencias..... | 53 |

I. INTRODUCCIÓN

Mi interés por este tema es debido a que quería conocer más a fondo tanto los derechos y los deberes del empresario como los derechos y los deberes de los trabajadores pues, en un futuro no muy lejano, formaré parte de uno de los dos colectivos citados. Y dentro de ese tema, me resultó de interés estudiar con qué sistemas de control de la prestación del trabajo cuentan los empresarios y qué derechos tiene los trabajadores para ser controlados sin que dicho control vulnere sus derechos fundamentales. De ahí que haga un estudio especial del sistema de control *Mystery Shopper*, un sistema poco conocido en la actualidad por la población, pero que en muchos establecimientos ya están haciendo uso de él; e, incluso, existen empresas especializadas en este tipo de control aplicando diferentes propuestas para mejorar el servicio con los clientes.

Para la realización de este trabajo, he consultado varios libros relacionados con el control de vigilancia del empresario que me han sido de gran ayuda, revistas científicas relacionadas con el objeto de estudio, y he acudido a la legislación aplicable y consultado sentencias relacionadas con el control empresarial y sus límites, que son el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores.

El trabajo se estructura en dos partes. En la primera parte, se aborda la institución del contrato de trabajo, los elementos de los que éste consta y sus funciones siguiendo a la doctrina laboralista consultada. En la segunda parte, nos centramos en los posibles métodos con los que cuenta el empresario para poder llevar a cabo el control y la vigilancia dentro del ámbito laboral, estudiando su problemática sobre todo valorando si son o no lícitos, pues en ocasiones el deber de control y vigilancia que tiene el empresario respecto a cómo realizan la prestación laboral sus trabajadores colisiona con el respeto de los derechos fundamentales de éstos, como es el derecho a la intimidad, derecho constitucionalmente reconocido, como veremos.

Es en este contexto en el que se analiza detalladamente el sistema de control de vigilancia conocido como "*Mystery Shopper*". Se estudia en qué consiste, sus tipos y aportando un caso práctico llevado a cabo en la Comunidad Valenciana y la explicación de si es lícito o no este método de control.

II. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE TRABAJO: PODERES DEL EMPRESARIO Y DERECHOS DEL TRABAJADOR

El artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015 (en adelante ET), define el contrato de trabajo como aquel mediante el cual una persona física, en este caso el trabajador, se compromete a prestar sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, denominada empresario.

El contrato, según Preciado Domenech¹, se compone de tres elementos: elementos formales, esenciales y personales.

Los elementos formales tienen como principal función el acuerdo verbal o escrito entre el empresario y el trabajador sobre el trabajo a realizar. El contrato de trabajo se rige por el principio de libertad de forma (art 8. ET). Por lo que el elemento que determina dicho contrato no es ni la forma ni su entrega, si no el consentimiento que se da con ello.

Además de los elementos formales, el contrato se clasifica en elementos esenciales. Son aquellos elementos que, sin su validez, el contrato no podría celebrarse pues sería nulo. Estos elementos son tres: el consentimiento, que se encuentra en todo contrato ya que sin dicho consentimiento no puede celebrarse. Por consiguiente, es la voluntad de ambas partes para celebrar el contrato. Para que esto sea válido es imprescindible que las partes tengan capacidad para ello y que sea de mutuo acuerdo y de forma libre.

El segundo de los elementos es el objeto. El objeto del contrato de trabajo, según Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y García Murcia² son los servicios o la actividad realizada por el trabajador. Estos servicios son subordinados. Es decir, se prestan dentro del ámbito de organización y control del empresario.

El último elemento esencial es la causa del contrato de trabajo. Es el intercambio de las actividades o servicios que presta el trabajador, a cambio de una retribución por parte del empresario.

Y, en último lugar, los elementos personales. Los elementos personales son dos: por un lado, el trabajador, que es la persona física que presta voluntariamente sus servicios

¹ PRECIADO DOMENECH, C.H. *Teoría General de los Derechos Fundamentales en el Contrato de Trabajo*. Ed. Aranzadi, Pamplona. (2018) Pag. 98-108

² MARTÍN VALVERDE, A. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F. GARCÍA MURCIA, J. *Derecho del Trabajo*. Ed. Tecnos, Madrid. (2019) Pag. 505

retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario (art 1.1 ET).

Y por otro lado el empresario, según el artículo 1.2 ET “*serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de los trabajadores, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas.*”

Además, según Preciado Domenech³, cabe destacar que las dos funciones más importantes del contrato de trabajo son la función constitutiva y la función reguladora.

La función constitutiva tiene un mayor peso que la función reguladora. Dicha función habla de la creación del contrato, como se puede ver en el artículo 8 del ET “*El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel.*”

El contrato de trabajo puede verse regulado, como destaca la función reguladora, por el acuerdo entre las partes como bien aparece en el art 3.1 c del ET. “*Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan: Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados.*”

1. La ajenidad y dependencia

De la definición de trabajador, según Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y García Murcia⁴ emanan las notas que caracterizan al trabajador asalariado: voluntariedad, retribución, ajenidad y subordinación o dependencia.

Las notas de ajenidad y dependencia precisan de la jurisprudencia, dado que se manifiestan de forma distinta dependiendo del tipo de actividad.

Según el artículo 1.1 ET se exige voluntariedad en la prestación de servicios. Por tanto, sólo se podrá hablar de trabajador asalariado cuando la persona que realiza dicha actividad lo haga de forma libre. Esto significa, que da su consentimiento para dicha realización.

³ PRECIADO DOMENECH, C.H. *Teoría General de los Derechos Fundamentales* (...) Op.cit.pp 109-111

⁴ MARTÍN VALVERDE, A. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F. GARCÍA MURCIA, J. *Derecho del Trabajo*. (...) Op. Cit. Pp 175

Por consiguiente, el trabajador asalariado es el que presta sus servicios mediante un acuerdo con otra persona. Este acuerdo, según Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y García Murcia⁵ se denomina contrato de trabajo y nace con dicha voluntariedad, entre quién ofrece el empleo y quien lo demanda. Por ende, no podrán clasificarse como trabajo asalariado las actividades realizadas de manera forzosa u obligatoria ya sea por imposición de una persona o por exigencia legal. Según el artículo 1.3 ET estas actividades no se encuentran en la legislación laboral, por la ausencia de la nota de voluntariedad.

La segunda nota es la retribución. El trabajo asalariado se realiza con ánimo de lucro. Es decir, con el objetivo de obtener a cambio una contraprestación económica, según Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y García Murcia⁶. La contraprestación económica es el salario o sueldo que recibe el trabajador a cambio de los servicios realizados. Esta contraprestación se caracteriza por las notas de periodicidad en su devengo y uniformidad en su importe. Por lo tanto, no son asalariados los trabajos realizados por razones de amistad, buena vecindad o benevolencia.

La tercera nota es la nota de ajenidad. La cual diferencia el trabajo asalariado y el trabajo por cuenta propia. Según Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y García Murcia⁷ esta nota se explica desde dos perspectivas: como la transmisión de los frutos del trabajo a quien recibe la prestación de servicios. Esto implica que el empleador o empresario se apropia directamente del producto. Ya sea para el uso o consumo propio, o para su posterior venta en el mercado.

Según Preciado Domenech⁸, el contrato de trabajo es el que hace que el dominio de los bienes sea para dicho empresario, aunque no haya sido este quien haya realizado las tareas para conseguir dichos frutos.

Y, por otro lado, como atribución de dicho empleador de los riesgos tanto económicos como los de explotación propios de la actividad que se trate: “ajenidad de los riesgos”.

⁵ MARTÍN VALVERDE, A. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F. GARCÍA MURCIA, J. *Derecho del Trabajo*. (...) Op. Cit. Pp 176

⁶ MARTÍN VALVERDE, A. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F. GARCÍA MURCIA, J. *Derecho del Trabajo*. (...) Op. Cit. Pp 178

⁷ MARTÍN VALVERDE, A. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F. GARCÍA MURCIA, J. *Derecho del Trabajo*. (...) Loc.cit 176

⁸ PRECIADO DOMENECH, C.H. *Teoría General de los Derechos Fundamentales* (...) Op.Cit.pp 105

Esta nota de ajenidad tiene otras características aparte. Significa, según Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y García Murcia⁹, que las herramientas o medios de trabajo deberán ser aportados por el empleador o empresario. Supone, además, que dicho empresario asume los gastos originados por dicho trabajo, pero que la clientela a su vez también le pertenece.

La ajenidad, dependiendo de la actividad o modo de trabajo, se manifiesta de distinta forma, pero la jurisprudencia ha manifestado unos indicios comunes de la misma. Según Preciado Domenech¹⁰, estos indicios comunes son: la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados. La adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios, tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender. El carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. Y, por último, el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada.

La última nota es la nota de dependencia. La dependencia, según Preciado Domenech¹¹, es una de las características primordiales del contrato de trabajo. Dicha característica se basa en que los servicios prestados por el trabajador deben realizarse dentro del ámbito empresarial. Para que esta característica se lleve a cabo, el trabajador debe obrar bajo el mando del empresario realizando las órdenes e instrucciones que éste le da (art 5.c ET).

A grandes rasgos la nota de dependencia ha de ser entendida como el cumplimiento de las órdenes e instrucciones por el trabajador para que se pueda llevar a cabo un buen desarrollo de la actividad empresarial. Algunas de estas instrucciones que el trabajador deberá llevar a cabo son, en primer lugar, cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia, observar las medidas de seguridad e higiene que se adopten, cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas, contribuir a la mejora de la productividad y cuantos se deriven, en su caso, de los respectivos contratos de trabajo (art 5 ET).

⁹ MARTÍN VALVERDE, A. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F. GARCÍA MURCIA, J. *Derecho del Trabajo*. (...) Op. Cit. Pp 177

¹⁰ PRECIADO DOMENECH, C.H. *Teoría General de los Derechos Fundamentales* (...) Op.Cit.pp 106

¹¹ PRECIADO DOMENECH, C.H. *Teoría General de los Derechos Fundamentales* (...) Op.Cit.pp 107

Según Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y García Murcia¹² el trabajo asalariado es solamente el que se realiza bajo las órdenes de otra persona, dentro de su ámbito de organización y dirección. Por tanto, los trabajadores autónomos no tienen la condición de asalariados, pues realizan su trabajo con independencia.

La dependencia por su parte muestra una intensidad diferente dependiendo de la cualificación del trabajador, la organización, los medios o el lugar de trabajo.

Según Preciado Domenech¹³, de la misma forma que en la nota de ajenidad era necesaria la existencia de unos indicios comunes, para que ésta se pudiera dar, en la nota de dependencia ocurre lo mismo. Por lo que los indicios más comunes son, la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar del trabajo designado por éste. El sometimiento a una jornada y horario de trabajo, el desempeño personal del trabajo compatible con un régimen de suplencias y la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad.

2. Los poderes del empresario

Según Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y García Murcia¹⁴ se reconoce la cualidad de empresario a quien ejerce los poderes de mando, decisión y gestión tanto sobre los medios de producción materiales como humanos, que forman parte de la empresa. Por ende, no podrá ser calificado como empresario quien carece de estas facultades, no asume los riesgos del negocio o tiene limitada la capacidad de dirección personal.

De acuerdo con Cruz Villalón¹⁵, el empresario cuenta con dos poderes: el poder de dirección y control y el poder disciplinario o sancionador.

El poder de dirección y control es la facultad con la que cuenta el empresario para alterar, de forma unilateral, los límites de la prestación laboral, siempre que no suponga modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo. Por lo tanto, el poder de dirección y control del empresario se encuentra conectado a las notas de ajenidad y dependencia. Pues según el artículo 1.1 ET se exige que la prestación de servicios se

¹² MARTÍN VALVERDE, A. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F. GARCÍA MURCIA, J. *Derecho del Trabajo*. (...) Op. Cit. Pp 177

¹³ PRECIADO DOMENECH, C.H. *Teoría General de los Derechos Fundamentales* (...) Op.cit.pp 107-108

¹⁴ MARTÍN VALVERDE, A. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F. GARCÍA MURCIA, J. *Derecho del Trabajo*. (...) Op. Cit. Pp 223

¹⁵ CRUZ VILLALÓN, J. *Compendio del derecho del trabajo*. Ed. Tecnos, Madrid. (2016) Pág. 193

desarrolle dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, en este caso el empresario.

Siguiendo con Cruz Villalón¹⁶, el poder de dirección del empresario se encuentra integrado en las facultades de establecer reglas generales sobre el régimen de trabajo y la disciplina del centro. Este poder puede ser utilizado tanto para dar órdenes a la plantilla en general o para órdenes concretas e individualizadas dirigidas a cada trabajador.

La titularidad le corresponde al empresario, desde un punto de vista subjetivo. Por ende, no puede ser objeto de transmisión independiente, puesto que se trata de un poder de carácter indivisible. Pero este carácter no impide su delegación. Esta delegación es imprescindible en cualquier empresa donde trabajen conjuntamente un número significativo de empleados. Y, sobre todo, es imprescindible en las empresas en las que el empleador es una persona jurídica. Pues, esta persona jurídica está representada por medio de personas físicas en quienes se delega el poder de dirección.

Además, intrínseca a la relación que existe entre empresario y trabajador, es el hecho de que la prestación de servicios llevada a cabo por este último ha de realizarse en un régimen de subordinación. Por consiguiente, se le atribuye al empresario un conjunto de facultades para que pueda llevarlas a cabo como ejecución del contrato de trabajo entre ambos.

La Constitución Española (en adelante CE) del 29 de diciembre de 1978 y el ET regulan algunos preceptos de los que deriva el poder de dirección y control. En primer lugar, según el artículo 38 CE “*se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.*” En segundo lugar, según el artículo 1.1 ET los trabajadores deberán prestar sus servicios bajo el ámbito de dirección y control del empresario. En tercer lugar, según los artículos 5 y 20.1 ET el trabajador deberá cumplir con las órdenes encomendadas por el empresario o por la persona en quien este delegue su poder.

Además, según el artículo 20.2 ET el trabajador deberá al empresario diligencia y colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las ordenes adoptadas por este en el ejercicio regular de su facultad de dirección.

Y, por último, según el artículo 20.3 ET el empresario podrá adoptar cualquier medida de vigilancia y control que estime oportuna siempre y cuando respete la dignidad

¹⁶ CRUZ VILLALÓN, J. *Compendio del derecho del trabajo.* (...) Op.cit.pp 195-196

de los trabajadores. Entre las medidas que puede adoptar el empresario se encuentran el ordenar registrar los efectos personales del trabajador cuando sea necesario para proteger el patrimonio empresarial y a los demás empleados (art 18 ET). Otra medida es la de instalar cámaras de video, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo según el artículo 89 (Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre; en adelante LOPD). Y, por último, verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado por este para justificar sus faltas de asistencia al trabajo (art 20.4 ET).

Sin embargo, el empleador no podrá dictar normas u órdenes que afecten a la vida privada del trabajador. Incluso, mientras el trabajador esté en su puesto de trabajo, el empresario deberá tener en cuenta su condición de ciudadano. Pues, según el artículo 18 CE, se deberá respetar su derecho a la intimidad, a la vida privada y a la propia imagen en el ámbito laboral y durante su jornada de trabajo.

Desde el punto de vista procesal, el poder de dirección está sometido a los correspondientes controles. Por un lado, controles sindicales, pues a los representantes de los trabajadores se les atribuyen importantes facultades de vigilancia y control del cumplimiento de la legislación laboral por parte del empresario, cuando ejerce sus poderes directivos (art 64.7 ET) así como de presentar las subsiguientes reclamaciones en vía administrativa y judicial que estimen pertinentes (art 65 ET). Por otro lado, el derecho a la tutela judicial efectiva habilita a cualquier trabajador para interponer demanda judicial, por medio de la cual se efectúe el control judicial de la regularidad del ejercicio de su poder de dirección, según Cruz Villalón.¹⁷

Según Cuadros Garrido¹⁸, el poder de control y vigilancia del empresario guarda relación directa con los derechos fundamentales de los trabajadores. Estos ejercen una barrera frente a dichas facultades empresariales.

El segundo poder es el poder disciplinario o sancionador. De acuerdo con Cruz Villalón¹⁹, es la capacidad con la que cuenta el empresario para imponer sanciones a los trabajadores cuando estos incumplen sus deberes u órdenes encomendadas por éste. Es decir, si el trabajador incumple las normas establecidas dentro de la empresa, el empresario tendrá pleno poder para poder sancionarlo, como aparece expresado en el artículo 58 del ET.

¹⁷ CRUZ VILLALÓN, J. *Compendio del derecho del trabajo*. (...) Op.cit.pp 196

¹⁸ CUADROS GARRIDO, M.H. *Trabajadores tecnológicos y empresas digitales*. Ed. Aranzadi, Navarra. (2018) Pag 67

¹⁹ CRUZ VILLALÓN, J. *Compendio del derecho del trabajo*. (...) Op.cit.pp 195

El ET no establece una clara tipificación de las conductas sancionables. Por consiguiente, le corresponde al empresario elegir la sanción que estime más oportuna dentro de las limitaciones estipuladas por el convenio colectivo. Por tanto, para que el empresario pueda poner una sanción al trabajador, esta deberá aparecer tipificada en el convenio colectivo de aplicación.

Además, si el trabajador aparte de no cumplir las normas realiza actos más graves como faltas injustificadas de asistencia, desobediencia en el trabajo, ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa, abuso de confianza, disminución en el rendimiento del trabajo, embriaguez habitual, entre otros muchos; el empresario podrá optar por el despido disciplinario (Art 54. ET).

3. Derechos del trabajador

Peces-Barba²⁰ define los derechos fundamentales como *“las facultades que el derecho atribuye a las personas y a los grupos sociales, expresión de sus necesidades en lo referente a la libertad, la vida, la igualdad, la participación política y social o cualquier otro aspecto que afecte al desarrollo integral de las personas en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, del estado y con garantía de que los poderes públicos actúen si esto no ocurre.”*

Pérez Luño²¹ los define como *“aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional y que suelen gozar de una tutela básica o reforzada.”*

Según Preciado Doménech²² estos derechos se ven desde dos perspectivas. La perspectiva material donde se encuentran los caracteres de inherencia, universalidad, igualdad, indisponibilidad, invisibilidad e interdependencia. Y desde una perspectiva formal donde se encuentran los caracteres de rango constitucional, vinculación general, eficacia directa, contenido esencial intangible para los poderes constituidos y tutela jurisdiccional reforzada.

Los derechos fundamentales son inherentes a la persona, es decir, nacen con la persona misma. Es un reconocimiento que se le da a la persona por el hecho de serlo, por tanto, es dueño de los derechos fundamentales que nadie puede arrebatarse. Dichos derechos no dependen de la nacionalidad de la persona, ni de la cultura a la que se

²⁰ PECES BARBA, G. *Textos básicos de Derechos Humanos*. ED. Aranzadi, Navarra (2001) Pag.20

²¹ PEREZ LUÑO, A. *Los derechos fundamentales*. ED. Tecnos, Madrid (2011) Pag 42

²² PRECIADO DOMÉNECH, C.H. *Teoría General de los Derechos Fundamentales (...)* Op.cit. pp. 77-82

pertenezca. Esta inherencia consiste en que el ser humano nace libre e igual en derechos y dignidad, como bien aparece explicada en el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos²³; documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 (en adelante DUDH).

Después de la inherencia, se encuentra la universalidad. Con universalidad se quiere exponer la idea de que los derechos fundamentales pertenecen a todos por igual y que nada ni nadie puede arrebatar ese derecho. Por otro lado, también puede verse desde la perspectiva temporal y espacial, pues son derechos que se aplican siempre y en todo lugar.

El tercer carácter material es la igualdad, la cual se refiere a que los derechos fundamentales son iguales para todas las personas. Es decir, no hay unos derechos que puedan disfrutar más unas personas que otras o algunos que unos tengan y otros no. Estos derechos son iguales para todos, pues la dignidad que se contiene en ellos es la misma.²⁴

Del carácter de la inherencia deriva la indisponibilidad. Lo que se pretende señalar con este carácter es la voluntad de utilizar dicho ejercicio o poderse renunciar a él en determinadas situaciones. De dicho carácter derivan otros como puede ser la inalienabilidad²⁵, intransmisibilidad y la irrenunciabilidad. Esta indisposición no niega que dicho ejercicio pueda ser modificado en función de la voluntad de la persona ya que es un derecho que ésta tiene.²⁶

Los últimos caracteres materiales son la invisibilidad e interdependencia. Estos caracteres están unidos entre sí. Lo que se quiere explicar con “invisibilidad” es que todos los derechos pertenecen a un conjunto, y que no hay derechos más importantes que otros, si no que todos tienen la misma importancia. Cuando se hace mención a la “interdependencia” significa que todos los derechos están unidos entre sí, y que, si se

²³ Art 1. DUDDH. “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”

²⁴ Art. 7 DUDDH. “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”

²⁵ Quiere decir que un derecho no solo no puede ser legítimamente negado a una persona, sino que, además la propia persona no puede renunciar a él.

²⁶ Art 10.1 C.E. “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”

afecta a unos de ellos, se afecta a todos. Dicho carácter se proclamó en 1993 con la declaración de Viena de los Derechos Humanos *“Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos, el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.”*

Por otro lado, se encuentran los caracteres formales. En primer lugar, está el rango constitucional. Dicho rango constitucional garantiza el respeto de los derechos fundamentales (en adelante DDFF) por todos los poderes, en este sentido se entiende que los derechos fundamentales estén protegidos por un régimen de Derecho. Por tanto, el derecho a la efectividad de los derechos humanos, en adelante DDHH, es un derecho humano que aparece en el artículo 28 de la DUDH ²⁷. Es por eso por lo que en la actualidad todas las constituciones se ven obligadas a proteger dichos derechos y a garantizar que se lleven a la práctica.

En segundo lugar, se encuentra la vinculación general. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, aunque de forma distinta dependiendo del contenido del derecho.

Un tercer carácter es la eficacia directa. Los derechos fundamentales desde la vigencia de la CE gozan de eficacia para los titulares de los mismos, sin necesidad de una interposición legislativa. El Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha reconocido que no puede olvidarse la eficacia directa e inmediata que la CE tiene como norma suprema del ordenamiento jurídico, sin necesidad de esperar a que resulte desarrollada por el legislador en lo que respecta a DDFF y libertades públicas.

También cabe recordar que los DDFF no son absolutos, si no limitados (salvo algunas excepciones). Esta limitación se ve dividida en dos. Por un lado, la restricción de los DDFF que consiste en reducir el contenido del derecho fundamental, excluyendo algunas situaciones de protección debido a una habilitación constitucional. Lo que se quiere expresar con esto es que existen algunas circunstancias en las que es necesario

²⁷ Art. 28 DUDH. *“Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.”*

sobrepasar ese límite, pero siempre persiguiendo un objetivo y estando sometido al más estricto cumplimiento de las normas.

Y por otro lado la delimitación de dichos derechos. Lo que se pretende con esta delimitación es concretar qué es lo que se entiende por objeto de derecho, es decir; el conjunto de facultades y garantías que tiene este derecho. Por lo tanto, no se reduce dicho objeto, si no que se determina qué es objeto y qué no lo es.

El último de estos caracteres formales es la tutela jurisdiccional reforzada en la que existen tres bloques dentro de esta. En el primer bloque se encuentra la libertad sindical y el derecho a huelga. En el segundo bloque se encuentran otros derechos y libertades públicas y en el tercero está la prohibición de acoso y trato discriminatorio.

De acuerdo con Palomeque López²⁸, se distingue entre dos tipos de derechos: derechos fundamentales específicos o laborales y derechos fundamentales inespecíficos.

Los derechos fundamentales inespecíficos son aquellos que se reconocen a cualquier persona. Es decir, son aquellos que el trabajador ya ostentaba por el hecho de ser persona. Estos tienen su nacimiento antes de que la relación laboral existiese. Por consiguiente, no podrán ser privados de ellos una vez comience la relación laboral con la celebración del contrato de trabajo.

Mientras que los derechos fundamentales laborales precisan de una previa titularidad laboral. Según Cuadros Garrido²⁹ y Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y García Murcia³⁰ los derechos laborales tienen sus efectos principales en las relaciones de trabajo. Es decir, solamente subsisten mientras exista dicha relación laboral. De estos derechos fundamentales, son titulares tanto trabajador como empresario. Pero en el contexto de la relación laboral tienen más relevancia para el primero, pues está sujeto a la dirección y control del empresario.

Las normas laborales reconocen al trabajador un amplio catálogo de derechos en su relación laboral. Algunos de estos derechos se encuentran en el artículo 4.2 del ET. Estos son: el derecho a la ocupación efectiva, el derecho a la promoción y formación profesional en el trabajo, incluida la dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas

²⁸ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. *Los derechos laborales en la CE*. ED, Centro Estudios Constitucionales, Salamanca. (1991) Pag. 31

²⁹ CUADROS GARRIDO, M.H *Trabajadores tecnológicos y empresas digitales*. (...) Op.cit. pp. 69

³⁰ MARTÍN VALVERDE, A. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F. GARCÍA MURCIA, J. *Derecho del Trabajo*. (...) Op. Cit. Pp 683

en el puesto de trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad.

El derecho a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español.

Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.

El derecho a su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales. El 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.

El derecho a la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida, al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo. Y a cuantos otros se deriven específicamente del contrato de trabajo.

Como aparece en el artículo 10.1 CE, la base de los derechos fundamentales es la dignidad de la persona. Los derechos a la dignidad e intimidad tratan de preservar la esfera privada de las personas, dándoles a estos el derecho de control sobre sus relaciones afectivas o sobre sus datos personales.

Llevándolo al ámbito laboral, el artículo 4.2 ET reconoce el derecho al trabajador al respeto de su dignidad, según Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y García Murcia³¹. Es decir, aunque afecta a todas las personas presentes en el lugar de trabajo, se refiere sobre todo frente al empresario. Pues este es quien impone los límites en el ejercicio de sus facultades de organización, dirección y control de trabajo.

Una primera expresión de la dignidad e intimidad es el derecho al honor. Esto se encuentra reconocido en el artículo 18.1 de la CE. En este caso, el derecho al honor se refiere sobre todo al prestigio o reputación del trabajador frente a los posibles ataques de terceros.

³¹ MARTÍN VALVERDE, A. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F. GARCÍA MURCIA, J. *Derecho del Trabajo*. (...) Op. Cit. Pp 687-688

Relacionado con el derecho al honor, se encuentra el derecho a la propia imagen, plasmado también en el artículo 18.1 CE. En la relación laboral, esto se refiere a que el trabajador tiene derecho a la toma de decisiones acerca de su apariencia física o su modo de vestir. Este derecho también impide a la empresa utilizar a sus trabajadores con fines comerciales o publicitarios.

Otro derecho relacionado con la dignidad del trabajador es el derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto. Este derecho le permite al trabajador decidir sobre sus ideas, convicciones religiosas, políticas o sindicales.

El derecho a la dignidad e intimidad del trabajador también es una garantía de privacidad para este. Por tanto, protege su esfera privada tanto frente al empresario como frente a terceros. Esto hace que tenga el derecho a la confidencialidad de sus datos personales, con las consiguientes prohibiciones, limitaciones o restricciones a la hora de recogerse los datos o ser tratados por el empresario.

Por otro lado, el derecho a la dignidad e intimidad conlleva, además, el secreto de los datos que se conozcan por razones laborales. Este derecho, por lo tanto, impide las escuchas o grabaciones de terceros, y en especial del empresario respecto del trabajador. No obstante, las herramientas de comunicación utilizadas en la empresa y puestos por esta para la correcta utilización de las mismas en el puesto de trabajo, podrán estar sometidas a reglas de uso y control. Esto deberá ser respetado por el trabajador.

El derecho a la dignidad e intimidad del trabajador exige que el empresario tenga unos límites a sus poderes de dirección y organización del trabajo, y en particular de sus facultades de control y vigilancia. Entre estas facultades se encontraría los medios audiovisuales, ópticos o telemáticos, el registro sobre la persona o los efectos personales del trabajador.

Estas medidas solo podrán estar referidas a la comprobación del cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones laborales. Por tanto, nunca podrá referirse a la esfera íntima o privada y se deberá guardar siempre la dignidad humana (art 20.3 ET).

Otro de los derechos es el derecho a la protección eficaz en materia de seguridad y salud. Este derecho genera el deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos del ámbito laboral (art. 14 Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31/1995, de 8 de noviembre; en adelante LPRL). Con este deber, lo que se desencadena son múltiples obligaciones de seguridad y salud en el trabajo por parte del empresario.

Siguiendo con Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y García Murcia³² el artículo 4.2 e) ET advierte que el derecho a la intimidad y a la consideración debida a la dignidad comprende a su vez la protección frente al acoso por razones de sexo, origen racial o étnico, religión etc. En las relaciones laborales las prácticas de acoso pueden surgir con relativa facilidad, por varias razones; el carácter continuado de la relación, la habitual simetría o la desigualdad de poder entre las partes del contrato.

En la normativa laboral se distinguen tres clases de acoso: el acoso moral o psicológico, el acoso discriminatorio y el acoso sexual. El acoso cuenta con recepción expresa para los empleados públicos y constituye un acto contrario a la dignidad e intimidad de la persona. Que en el caso de ser realizado por el trabajador puede ser sancionado como ofensa o como transgresión de la buena fe contractual.

Por último, se encuentra el derecho a la igualdad y no discriminación. Los artículos 4.1c) ET y 17.1 ET reconocen a los trabajadores el derecho a no ser discriminados para el empleo o una vez empleados.

El derecho a la igualdad y no discriminación prohíbe la diferencia por alguna de las causas que por declaración legal se consideran discriminatorias. El principio de igualdad impide las diferencias de trato tanto si se trata de discriminación directa como indirecta. Sin embargo, no se prohíben aquellas que se deban a razones objetivas y justificadas, según Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y García Murcia.³³

III. SISTEMAS DE CONTROL Y SUS LÍMITES

De acuerdo con Cuadros Garrido³⁴, se pueden establecer tres pautas generales entre el poder del empresario y los derechos del trabajador. En primer lugar, el trabajador no verá suprimido ni negado ninguno de los derechos fundamentales por el nacimiento del contrato de trabajo. Lo que quiere decir, que los derechos fundamentales del trabajador gozan de una garantía frente al derecho de control contenido en la libertad de empresa del empleador.

En segundo lugar, la inserción del trabajador en la organización ajena del empleador dada por el contrato de trabajo supone una modulación de los derechos fundamentales en la medida estrictamente imprescindible para el correcto funcionamiento

³² MARTÍN VALVERDE, A. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F. GARCÍA MURCIA, J. *Derecho del Trabajo*. (...) Op. Cit. Pp 689

³³ Ibidem.

³⁴ CUADROS GARRIDO, M.H *Trabajadores tecnológicos y empresas digitales*. (...) Op.cit. pp. 72

de la actividad laboral. Es decir, el trabajador al ser contratado queda sometido a las instrucciones y controles del empresario. Esto supone una limitación o modulación de los derechos fundamentales.

Y, por último, la relación laboral es el marco que deberá tomarse en consideración a la hora de valorar hasta qué punto ha de producirse el equilibrio entre los poderes del empresario y los derechos del trabajador.

Siguiendo a Cruz Villalón³⁵, el TC expresa que el sistema de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas se extiende a los empresarios en el ejercicio de sus poderes directivos. Por tanto, el empleador en el ejercicio de sus poderes directivos queda sometido al respeto del conjunto de derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas constitucionalmente.

Respecto a los poderes organizativos del empresario, este no solo deberá ser respetuoso con los derechos fundamentales específicos como es el caso del derecho a la huelga (art 28.2 CE). Deberá respetar también los derechos fundamentales inespecíficos como son la libertad ideológica y religiosa, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 20.4 CE), la libertad de expresión y de información entre otros muchos.

El TC expresa que la rigurosidad con la que se les exige a los poderes públicos el respeto a los derechos fundamentales no es la misma que en las relaciones laborales. Sin embargo, el derecho fundamental del trabajador solo deberá ceder cuando sea imprescindible para satisfacer el interés del empresario, siempre y cuando la medida impuesta por este cumpla con el principio de proporcionalidad.

Además, la Jurisprudencia Constitucional ha defendido que el ejercicio de los poderes de organización y disciplinario no podrán servir en ningún caso para la realización de actos inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador, ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos.

De acuerdo con Segoviano Astaburuaga,³⁶ se deberá mantener un equilibrio entre los derechos fundamentales y las facultades organizativas del empresario, entre las que se encuentra la vigilancia del trabajador. Tal y como lo expresa el TC en su sentencia 186/00

³⁵ CRUZ VILLALÓN, J. *Compendio del derecho del trabajo*. (...) Op.cit.pp 206-207

³⁶ SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.A "El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores" *Revista Jurídica de Castilla y León*. Núm 2/2004 Pág. 158

del 10 de julio³⁷ se deberá tener presente dos cuestiones. Por una parte, según el artículo 20.3 ET el empresario deberá tener presente en todo momento la dignidad del trabajador. Es decir, no podrá llevar a cabo sus facultades de vigilancia y control si con esto vulnera los derechos del trabajador. Y, por otro lado, el Tribunal advierte que los derechos fundamentales no son absolutos. Pues, pueden ceder ante intereses constitucionalmente relevantes siempre que esto sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y respetuoso con el contenido esencial del derecho.

Por tanto, de acuerdo con Segoviano Astaburuaga³⁸ deberá tenerse en cuenta que el poder de dirección, indispensable para el correcto funcionamiento de la organización empresarial y reconocido en el artículo 20 ET, atribuye al empresario la facultad de adoptar medidas que estime más oportunas para verificar el correcto funcionamiento de las actividades laborales. Aunque esta facultad deberá producirse siempre dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador como aparece reflejado en los artículos 4.2 c) y 20.3 ET.

Por último, el TC advierte que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por el cumplimiento del principio de proporcionalidad. Es decir, las facultades de vigilancia y control empresariales no autorizan al empresario la realización de intromisiones ilegítimas en la intimidad del trabajador, salvo que esta intromisión supere el principio de proporcionalidad.

1. Principio de proporcionalidad

Según Cuadros Garrido³⁹, el principio de proporcionalidad es un criterio que estructura el procedimiento interpretativo del contenido de los derechos fundamentales. Es decir, sirve para controlar los actos que inciden sobre los intereses de los particulares. Además de esto, para Rodríguez Escanciano⁴⁰ el principio de proporcionalidad es un parámetro utilizado en las resoluciones que causan problemas surgidos en torno al ejercicio de las facultades empresariales de control.

³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 186/2000, de 10 de julio Sala primera, recurso de amparo 2662/97

³⁸ SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.A "El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores" (...) Op.Cit. pp 158

³⁹ CUADROS GARRIDO, M.H Trabajadores tecnológicos y empresas digitales. (...) Op.cit. pp.79

⁴⁰ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. (2015) Págs. 49-50

Desde el punto de vista del Derecho del Trabajo, lo que se busca con el principio de proporcionalidad es que los intereses del empresario no se logren a costa de los derechos e intereses de los trabajadores. Por consiguiente, se deberá buscar un equilibrio entre los intereses de ambos. Para ello, el TC ha tratado de precisar la técnica que ha de emplearse para medir la licitud de las medidas adoptadas por el empresario. En concreto, las medidas restrictivas de los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito laboral.

Este principio aparece dividido en tres juicios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno expresa exigencias diferentes que toda intervención en derechos fundamentales debe cumplir, según Cuadros Garrido.⁴¹

El juicio de idoneidad, también conocido como juicio de adecuación, advierte que toda intervención en los derechos fundamentales deberá ser adecuada para la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Esto aplicado al control empresarial, quiere decir que, si la medida aplicada por el empleador es susceptible de conseguir dicho objetivo propuesto, supera el juicio de idoneidad. Por consiguiente, lo que se quiere decir con el juicio de idoneidad es que la medida no podrá ser irracional, arbitraria ni caprichosa.

El juicio de necesidad, también denominado juicio de indispensabilidad implica una comparación entre la medida adoptada por la empresa y otras alternativas que se podrán haber escogido. En esta comparación, se analiza si alguna de las alternativas que se podían haber escogido logran cumplir dos exigencias: en primer lugar, si reviste el grado de idoneidad para poder alcanzar el objetivo inmediato de esta última. Y, en segundo lugar, si afecta a los derechos fundamentales en una menor medida. Esto quiere decir, que no podrá existir una medida más moderada para la obtención del objetivo perseguido por la empresa con igual eficacia.

El juicio de proporcionalidad, también conocido como juicio de ponderación, expresa que la importancia de la intervención del derecho fundamental debe estar justificada por la magnitud del objetivo perseguido por el empresario. Es decir, que las ventajas que se obtienen mediante la intervención del empleador en el derecho fundamental deberán equilibrar los sacrificios que ésta implica para el trabajador. Por

⁴¹ CUADROS GARRIDO, M.H Trabajadores tecnológicos y empresas digitales. (...) Op.cit. pp.82-83

consiguiente, la medida será equilibrada si derivan de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios, según Bernal Pulido.⁴²

El principio de proporcionalidad, en sentido estricto, se estructura en tres pasos:

En el primer paso se deberá determinar las magnitudes que deban ser ponderadas. Es decir, la importancia de los derechos fundamentales y la relevancia del objetivo perseguido por el empresario.

En el segundo paso se trata de comparar dichas magnitudes, con el fin de determinar si la importancia del objetivo perseguido por el empresario es mayor que la intervención en los derechos fundamentales. Para poder realizar esta comparación, se deberá fijar la magnitud de la importancia de los dos objetivos perseguidos. Por un lado, se deberá proteger los derechos fundamentales y; por otro lado, se deberá visualizar lo que se obtendría con la intervención empresarial.

El tercer paso consiste en que, una vez se haya determinado la intensidad de la intervención se deberá llevar a cabo la ponderación. Esta ponderación consiste en una comparación entre el grado de intensidad de la intervención en el derecho fundamental y el grado de realización de la medida empresarial adoptada, para establecer una relación entre el derecho y la medida de control empresarial.

Según Cuadros Garrido⁴³, el TC advierte que en caso de colisión de derechos fundamentales se otorgará la preferencia a aquel que lo merezca, tanto por su propia naturaleza como por las circunstancias concurrentes de su ejercicio. Por tanto, no se trata de establecer jerarquía de derechos, si no de darle el privilegio al que se ajuste más a la finalidad que exige la Constitución.

2. Sistemas de control

⁴² BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Ed. Universidad externado de Colombia. (2014) Pág. 581

⁴³ CUADROS GARRIDO, M.H *Trabajadores tecnológicos y empresas digitales*. (...) Op.cit. pp. 86

Existen medios utilizados por los empresarios dentro de las empresas para llevar a cabo sus poderes de dirección y control.

De acuerdo con Rodríguez Escanciano⁴⁴ las medidas de control y vigilancia adoptadas por el empresario tienen como objetivo salvaguardar el interés mercantil de éste y el derecho de propiedad que se encuentra en el artículo 33 CE, en relación con el derecho de libertad de empresa (art. 38 CE). Todo ello reforzado mediante el deber del empleado de cumplir con las órdenes del empresario, según el artículo 5 c) ET.

Sin embargo, según el artículo 64.5 f) ET el empresario deberá emitir un informe sobre la implantación de sistemas de organización y control, para poder adoptar cualquier medida de control. Esto implica una necesaria información previa a los representantes de los trabajadores sobre cualquier sistema que se quiera implantar.

Rodríguez Escanciano⁴⁵ y Cuadros Garrido⁴⁶ han analizado algunos de estos sistemas donde el empresario lleva a cabo el control de vigilancia dentro de la empresa. El objetivo que se persigue con ello es cerciorarse de que los trabajadores están realizando correctamente sus actividades laborales, como bien aparece expresado en el artículo 20.3 ET.

a) Videovigilancia

El primero de los métodos examinados es la videovigilancia. Esta le permite al empresario vigilar a través de una cámara de video, lo que los trabajadores están realizando en su puesto de trabajo. Posibilita la imagen en directo desde cualquier parte a través de Internet.

Para Cuadros Garrido⁴⁷ el trabajo es un acto social que puede estar inspeccionado mediante videovigilancia. Siempre que esta vigilancia tenga unos límites estrictamente laborales. Dicha supervisión tiene como objetivo la prevención de actos ilícitos o bien, la prevención de riesgos laborales.

⁴⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales (...)* Op.cit.pp 42

⁴⁵ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales (...)* Op.cit. pp. 78-120

⁴⁶ CUADROS GARRIDO, M.H *Trabajadores tecnológicos y empresas digitales. (...)* Op.cit. pp. 190- 425

⁴⁷ CUADROS GARRIDO, M.H *Trabajadores tecnológicos y empresas digitales. (...)* Op.cit. pp. 254

La LOPD y la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, máxima autoridad judicial para la garantía de los derechos humanos (en adelante TEDH) abren un escenario donde se deberá distinguir tres tipos diferentes de videovigilancia, con reglas y garantías diferenciadas.

La disparidad entre, de un lado, la libertad de empresa que fundamenta el posible poder contractual de control laboral con estas herramientas, y, de otro, los derechos de intimidad y protección de datos personales del trabajador, está presente en estos tres tipos, pero la solución jurídica es diferenciada.

El primer tipo es la cámara estructural laboral, que tiene como finalidad el control estable y continuo de determinados trabajadores, según Lahera Forteza.⁴⁸

Teniendo en cuenta el artículo 89.1 LOPD para aplicar esta prevención de vigilancia, el empresario deberá poner en conocimiento del trabajador y de su representante legal dicha medida. Informándolos en todo momento dónde se encontrarán las cámaras de vigilancia, su funcionamiento y el fin por las que han sido colocadas en el lugar de trabajo.

Aun cuando el empresario tenga el derecho de colocar las cámaras con el objetivo de comprobar que todo marcha bien dentro de la empresa no significa que las pueda colocar en cualquier lugar. En los vestuarios y zonas de descanso esto no se podrá llevar a cabo pues se estaría vulnerando la intimidad del trabajador, por lo que únicamente podrán colocarse en los lugares de trabajo (art 89.2 LOPD).

De acuerdo con el artículo 22.3 LOPD las imágenes grabadas por dichas cámaras solamente podrán permanecer en posesión del empresario durante un mes, después deberá eliminar dichas imágenes.

Por otra parte, aunque el empresario tiene derecho a colocar cámaras en los lugares de trabajo, esto no quiere decir que el sonido pueda grabarse. Solamente podrá ser posible la grabación de sonidos cuando corra peligro alguna instalación o las personas que trabajen en dicho lugar de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad (art 89.3 LOPD). Estas grabaciones de sonidos se realizarán atendiendo al artículo 22.3 de esta ley.

⁴⁸ LAHERA FORTEZA, J. *Seguridad jurídica en la videovigilancia laboral*. El país. (2019) Recuperado el 6 de octubre, de: <https://bit.ly/2WOBViB>

De acuerdo con Cuadros Garrido⁴⁹ y Preciado Domenech⁵⁰, estos advierten que los derechos con los que se puede entrar en colisión son los que se encuentran en el artículo 18 CE referidos al honor, la intimidad y la imagen y el derecho a la protección de datos.

El derecho a la intimidad resulta lesionado en el caso de que el control a través de la videovigilancia se practicara con una intensidad superior a lo razonablemente consentido por el trabajador, extendiéndose en su intimidad. Por consiguiente, sería ajeno al funcionamiento normal de la empresa y anularía en este caso el desenvolvimiento de su personalidad. Aunque la grabación no provoca en sí una lesión del derecho al honor, esto puede producirse después, si se divulga o difunde lo anteriormente grabado.

Además, la videovigilancia deberá realizarse conforme a los principios del artículo 5 del Reglamento 2016/679 relativo al tratamiento de datos (en adelante RGPD). Dichos principios son la licitud, lealtad, transparencia, limitación de la finalidad, minimización de datos, exactitud, limitación del plazo de conservación, integridad confidencialidad y responsabilidad proactiva.

El artículo 4 de la Instrucción núm. 1/2006 advierte que *“las imágenes sólo serán tratadas cuando sean adecuadas, pertinentes y no excesivas en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, legítimas y explícitas, que hayan justificado la instalación de cámaras o videocámaras.”* Por ende, no se prohíbe la videovigilancia en el trabajo, pero deberá existir una justificación razonable para dicha implantación.

Además, la jurisprudencia del TC exige que la medida sea proporcional. Deberá existir un equilibrio entre la instalación de cámaras y las necesidades de la empresa. Por consiguiente, se ha de confirmar que se cumple con los tres requisitos establecidos por la regla del triple test.

Aparte de estos tres requisitos fundamentales según la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD) el empresario deberá inscribir un fichero de videovigilancia en dicha agencia. En ese fichero especificará el fin por el cual se instalan esas cámaras de seguridad. Además, en el lugar donde se vayan a colocar dichas cámaras deberá haber un cartel informativo indicando que esa zona está siendo grabada.

⁴⁹ CUADROS GARRIDO, M.H Trabajadores tecnológicos y empresas digitales. (...) Op.cit. pp. 261

⁵⁰ PRECIADO DOMENECH, C.H. *“Los derechos digitales de las personas trabajadoras”* Ed. Aranzadi, Navarra. (2019) Pág. 154



Figura 2. "Cómo adaptar cámaras de videovigilancia a la Ley de Protección de Datos" Recuperado el 4 de mayo, de: <https://bit.ly/2l265t3>

El segundo tipo, también previsto en el artículo 89 LOPD, es el hallazgo causal de imagen, que capta la comisión evidente de acto ilícito del trabajador, a través de una cámara de seguridad en la empresa. Las empresas pueden instalar, según el artículo 22 LOPD y de acuerdo con las instrucciones de la AEPD, cámaras de seguridad que pueden grabar no solo a trabajadores, si no a clientes y ciudadanos.

En el caso de que una cámara de seguridad capte un acto ilícito del trabajador, el artículo 89 LOPD avala la grabación como prueba laboral, siempre que la empresa tenga expuesta la cámara de manera visible. Este hallazgo a través de la cámara de seguridad puede servir así de prueba, no solo penal si no también laboral.

El tercer tipo, y más polémico, es la instalación, puntual y excepcional de una cámara oculta ante indicios irregulares del trabajador en la empresa. Este tipo de cámaras no está regulado en el artículo 89 LOPD. La solución a la admisión de este tipo de control es revitalizada por el TEDH. La prueba de la imagen grabada será válida si existen acreditados indicios de irregularidad del trabajador, la instalación es puntual, proporcionada y delimitada a quien comete los actos ilícitos, temporal y con la duración menor posible, en

zona laboral y nunca de privacidad dentro de la empresa, siendo sometida la imagen a mayores exigencias de protección de datos personales que eviten la difusión fuera de un juicio penal o laboral.

En conclusión, esta distinción entre los tres tipos de cámaras; las laborales estructurales, de seguridad con hallazgos causales y ocultas puntuales, con reglas y límites diferenciados, concede ya un gran margen de seguridad jurídica a la videovigilancia en las empresas.

b) Ordenador

El segundo medio estudiado por Rodríguez Escanciano⁵¹ y Cuadros Garrido⁵² es el uso del ordenador. Cuadros Garrido manifiesta que el ordenador es un medio de trabajo puesto a disposición del trabajador para la realización de sus actividades laborales. Por tanto, el control de su uso le corresponde al empleador, según el art 20.3. Pues el medio es propiedad de la empresa.

Es necesario diferenciar el uso de internet por el empleado cuando sea necesaria para desempeñar su trabajo o, por el contrario, cuando no lo sea. En este último caso se puede restringir la navegación. Y también hay que atender a la política implantada por la empresa respecto al uso informático.

La Recomendación CM/rec (2015) 5, relativa al tratamiento de datos personales en el entorno laboral se refiere a la utilización de Internet y de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo. En su número 14, advierte que, en primer lugar, deberán prevalecer las medidas preventivas sobre las de control o monitorización.

En segundo lugar, las comunicaciones electrónicas privadas en el trabajo no deberán monitorizarse en ningún caso. Tampoco deberá permitirse el uso de sistemas que tengan por principal finalidad la monitorización de la actividad y el comportamiento de los empleados. Cuando esta monitorización responda a fines legítimos como puede ser el correcto funcionamiento de la actividad empresarial, deberán adoptarse garantías adicionales, incluida la consulta a los representantes de los trabajadores.

Y, por último, el empresario deberá evitar infringir ataques injustificados y no razonables al derecho al respecto de la vida privada de los trabajadores.

⁵¹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales (...)* Op.cit.pp 78-79

⁵² CUADROS GARRIDO, M.H *Trabajadores tecnológicos y empresas digitales. (...)* Op.cit. pp. 190

c) Redes sociales

Otra de los sistemas analizados por Rodríguez Escanciano⁵³ y Cuadros Garrido⁵⁴ son las redes sociales. Actualmente las redes sociales sin duda se están convirtiendo en una parte fundamental de la vida de las personas (Facebook, Instagram, LinkedIn, Hi5, Twitter...) pues gracias a ellas la población puede comunicarse desde cualquier lugar del mundo, expresar lo que sienten, dar su opinión etc.

Desde el punto de vista jurídico, las redes sociales son un servicio de la sociedad de la información. Pues cumplen los cuatro requisitos exigidos en el Anexo de la Ley 34/2002 del 22 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico. Estos requisitos son el servicio prestado a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario, según Cuadros Garrido.⁵⁵

De acuerdo con el dictamen 5/2009, sobre redes sociales en línea adoptado el 12 de junio de 2009 sobre protección de datos del artículo 29, se destacan tres características de las mismas. En primer lugar, el usuario proporciona datos personales para crear su perfil o descripción; en segundo lugar, la red social proporciona unas herramientas para que este pueda colgar contenidos; y, en tercer lugar, el funcionamiento de las redes se realiza gracias al uso de unas herramientas que ponen a disposición una lista de contactos para cada usuario y éste a su vez pueda interactuar.

Siguiendo con Cuadros Garrido⁵⁶, esta expresa que el centro de trabajo no podrá constituir un espacio ajeno a los derechos y libertades que le corresponden al trabajador. Por ende, según el artículo 20.1 CE el trabajador deberá poder expresar su opinión libremente siempre y cuando no atente contra la empresa o sus compañeros. Sin embargo, los derechos y obligaciones que genera el contrato modulan el ejercicio de los derechos fundamentales.

Conforme al artículo 7 LOPD, el derecho al honor y a la propia imagen resultan vulnerados cuando se obtiene, graba o reproduce información relativa a la vida íntima de las personas.

⁵³ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales (...)* op.cit. pp.88-96

⁵⁴ CUADROS GARRIDO, M.H *Trabajadores tecnológicos y empresas digitales. (...)* Op.cit. pp. 344-364

⁵⁵ CUADROS GARRIDO, M.H *Trabajadores tecnológicos y empresas digitales. (...)* Op.cit. pp. 344

⁵⁶ CUADROS GARRIDO, M.H *Trabajadores tecnológicos y empresas digitales. (...)* Op.cit. pp. 350

Además, si esta utilización de las redes sociales no se gestiona correctamente por parte de la empresa, algunos comentarios podrían repercutir negativamente en la imagen de la misma. Por consiguiente, en este punto puede adquirir un papel muy importante que la empresa tenga repartido un código sobre la utilización de las redes dentro de la misma, entre sus empleados, según Cuadros Garrido.⁵⁷

d) Teléfono móvil

El cuarto sistema examinado por Rodríguez Escanciano⁵⁸ y Cuadros Garrido⁵⁹ es el uso del teléfono móvil y la grabación de llamadas telefónicas.

Según Cuadros Garrido⁶⁰, en relación con el control empresarial de la actividad laboral y el uso del móvil, se advierte que la existencia de un hábito social de tolerancia con los usos personales del teléfono facilitado por la empresa crea una expectativa de confidencialidad en los trabajadores. Sin embargo, si existe una prohibición de los usos personales por normas establecidas por la empresa, queda anulada toda expectativa de confidencialidad.

La grabación de llamadas telefónicas es más sensible que la grabación de imágenes. Pues con las llamadas la persona está expresando sus sentimientos, lo que piensa y puede ser más fácil de utilizar para ver si está incumpliendo con su trabajo o despedir al trabajador, de acuerdo con Rodríguez Escanciano.⁶¹

El Tribunal Europeo ha expresado que esta vigilancia de las llamadas puede vulnerar el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. A pesar de esto, la doctrina judicial lo acepta y es favorable a ello debido a que cumple con el principio de proporcionalidad, pero a la hora de intervenir en dichas conversaciones es más estricta para con ello garantizar el derecho al secreto de las comunicaciones.⁶²

⁵⁷ CUADROS GARRIDO, M.H Trabajadores tecnológicos y empresas digitales. (...) Op.cit. pp. 347

⁵⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales* (...) Op.cit.pp. 107-108

⁵⁹ CUADROS GARRIDO, M.H Trabajadores tecnológicos y empresas digitales. (...) Op.cit. pp. 243-251

⁶⁰ CUADROS GARRIDO, M.H Trabajadores tecnológicos y empresas digitales. (...) Op.cit. pp. 251

⁶¹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales* (...) Op.cit.pp 107

⁶² Art 18.3 CE. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

Ocurre algo contrario cuando se habla de prestación de servicios a través de la actividad telefónica. Como es el ejemplo de los teleoperadores o en el caso del sector del telemarketing con las actividades promocionales de servicios móviles. Pues para que la organización de la empresa sea eficaz, y se compruebe que los trabajadores están cumpliendo con su trabajo no es suficiente con la grabación de imágenes, sino que además precisa la grabación de la conversación llevada a cabo entre el trabajador y el cliente pues es con lo que principalmente se trabaja, así lo expresa el Tribunal Supremo.⁶³

Por lo tanto, no todas las grabaciones de sonido son ilícitas, como se ha recalcado anteriormente, en el caso del telemarketing el Tribunal Supremo ha entendido que es la única forma de comprobar que los trabajadores están realizando correctamente su trabajo.

Además, la empresa antes de que el trabajador comience a trabajar deberá advertir que las conversaciones serán grabadas por el simple hecho de que es la única herramienta que van a utilizar para realizar su trabajo, como bien aparece explicado en el artículo 5 LOPD.

Sin embargo, esta vigilancia solamente se podrá realizar en el puesto de trabajo. Pues, de acuerdo con el artículo 88.1 LOPD los trabajadores tendrán derecho a la desconexión digital con el fin de garantizar su tiempo de descanso. Es decir, el empleador no podrá hacer uso de su poder de vigilancia y control fuera del ámbito laboral.

e) Correo electrónico

El quinto método estudiado por Rodríguez Escanciano⁶⁴ y Cuadros Garrido⁶⁵ es el correo electrónico. El correo electrónico en los últimos años a nivel laboral ha supuesto un gran auge casi llegando a sustituir a las llamadas telefónicas. Debido a que gracias a este los trabajadores pueden comunicarse entre sí desde cualquier parte del mundo, pudiendo adjuntar a sus mensajes fotografías, archivos, sonidos etc.

Según Cuadros Garrido⁶⁶, en más de la mitad de las empresas no existe una política respecto al uso del correo electrónico y es exactamente ahí donde reside el problema, en la existencia de una expectativa razonable de intimidad.

⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo 5 diciembre 2003 Sala cuarta, sección primera nº recurso 52/2003

⁶⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales (...)* Op.cit.pp 79-84

⁶⁵ CUADROS GARRIDO, M.H *Trabajadores tecnológicos y empresas digitales. (...)* Op.cit. pp. 208-235

⁶⁶ CUADROS GARRIDO, M.H *Trabajadores tecnológicos y empresas digitales. (...)* Op.cit. pp. 208

Siguiendo a Marín Alonso⁶⁷, el trabajador está amparado en el caso del correo electrónico, por el artículo 18.3 CE que garantiza el secreto de las comunicaciones, pues la conversación por correo electrónico se produce entre personas a cierta distancia y a través de un soporte técnico. Por consiguiente, no se vería amparado por el artículo 18.1 CE puesto que este solamente protege el derecho a la intimidad de una conversación en persona. Mientras que el artículo 18.3 CE lo que protege es el secreto de la conversación que se mantiene entre personas a través de un soporte técnico como es en este caso el correo electrónico.

De acuerdo con la AEPD, lo esencial es que el trabajador esté informado en todo momento acerca del control en cuanto al uso del correo electrónico. De forma que conozca las conductas permitidas y los medios de control que se utilizarán. Si estos aspectos se regulan, tanto representante como trabajador deberán estar informados del tipo de tecnología utilizada por el empresario para vigilar y controlar la actividad laboral.

Siguiendo a Cuadros Garrido⁶⁸, esta expresa que a nivel constitucional el correo electrónico posee algunas peculiaridades. Por consiguiente, en su control pueden resultar lesionados tres derechos fundamentales: el derecho a la intimidad, el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la protección de datos.

El TEDH, ha establecido que la Convención Europea de Derechos Humanos en su artículo 8 ampara a los correos electrónicos enviados desde el trabajo y su vulneración da lugar a la indemnización por daños morales.

El derecho al secreto de las comunicaciones, el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos no dependen de la ubicación y de la propiedad de los medios electrónicos utilizados, según establecen los principios jurídicos fundamentales de la CE, por tanto, deberán respetarse siempre.

Siguiendo con Marín Alonso⁶⁹, los tribunales en su sentencia 2249/1994⁷⁰ argumentan que, aun existiendo un contrato de trabajo, el empresario no se considera un “tercero cualificado” para visualizar el correo de los empleados. Pues de esta manera se estaría vulnerando su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art 18.3 CE).

⁶⁷ MARÍN ALONSO, I. *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa: su limitación en base el secreto de las comunicaciones*. Ed, Tirant lo Blanch, Valencia. (2005) Pags. 119-120

⁶⁸ CUADROS GARRIDO, M.H *Trabajadores tecnológicos y empresas digitales*. (...) Op.cit. pp. 211

⁶⁹ MARÍN ALONSO, I. *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa* (...) Op.cit. pp.159

⁷⁰ Sentencia Tribunal Supremo núm. 2249/1994 (Sala de lo Penal), de 23 diciembre. Recurso núm. 3407/1993.

Sin embargo, de acuerdo con la resolución del 19 de diciembre de 2013⁷¹ en su artículo 13, cuando existan indicios de un uso ilícito o abusivo del correo electrónico por parte de un trabajador, el empresario podrá comprobar el correo de dicho trabajador, siempre en presencia de un representante legal.

Por tanto, el empresario únicamente podrá revisar el correo cuando haya sospechas fundamentadas de un uso abusivo, de lo contrario estaría vulnerando el derecho fundamental del secreto de las comunicaciones, el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos.

f) Infrarrojos, radiofrecuencias y controles biométricos

El penúltimo medio propuesto por Rodríguez Escanciano⁷² y Cuadros Garrido⁷³ son los infrarrojos, radiofrecuencias y controles biométricos.

Aretio Bertolín⁷⁴ define la biometría como el estudio de métodos ideados para el reconocimiento de forma única de personas en base a uno o más rasgos físicos intrínsecos o de comportamiento. Por ende, el control biométrico asegura la imposibilidad de que un miembro pueda suplantar a otro.

Según Cuadros Garrido⁷⁵, existen tres clases de componentes dentro del sistema biométrico. En primer lugar, el sensor; que es el dispositivo que captura los rasgos o características biométricas. Para registrar y convertir los rasgos biométricos en datos de computador se precisa de sensores adecuados. En segundo lugar, el repositorio; que es la base de datos donde se almacenan las plantillas biométricas inscritas para su comparación. Y, en tercer lugar, los algoritmos para la extracción de características y su comparación.

⁷¹ BOE (2014): "Resolución de 19 de diciembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Repomarket, SLU". Recuperado el 17 de junio, de: <https://bit.ly/2WR8QGH>

⁷² RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales (...)* Op.cit.pp 108-112

⁷³ CUADROS GARRIDO, M.H *Trabajadores tecnológicos y empresas digitales. (...)* Op.cit. pp.413-425

⁷⁴ ARETIO BERTOLÍN, J y ARETIO BERTOLÍN, M.T. *Análisis en torno a la tecnología biométrica para los sistemas electrónicos de identificación y autenticación*. Revista Española Electrónica, (2007) núm 630. Pág 52

⁷⁵ CUADROS GARRIDO, M.H *Trabajadores tecnológicos y empresas digitales. (...)* Op.cit. pp. 414

Continuando con esta autora⁷⁶, señala que existe una clasificación de las tecnologías biométricas. En primer lugar, según los rasgos físicos. Son aquellos rasgos que corresponden a características estáticas del cuerpo humano, concretamente de la apariencia física. Un ejemplo de esto es la huella dactilar o el reconocimiento facial. Y, en segundo lugar, según los rasgos del comportamiento. Estos rasgos están relacionados con la conducta de la persona, es decir, son rasgos más dinámicos. En este caso sería la firma o el tecleo del ordenador.

Este medio tiene una parte positiva y una negativa. La positiva es que existe un control por parte del empresario sobre sus trabajadores. Pero ese control también tiene un lado negativo y es que con esas medidas se manejan muchos datos de los empleados. Por lo que la Comisión de las Comunidades Europeas en su Recomendación⁷⁷ del 12 de mayo de 2009 en su apartado 7º aconseja que los estados deberán asegurar que las empresas realicen una política donde se informe de forma precisa, exacta, y a su vez fácil de comprender la utilización de estas herramientas, así como del lugar donde se van a encontrar localizadas en todo momento, el motivo por el que se instalan y los posibles riesgos de la intimidad si existiesen.

Además, la AEPD recomienda en su guía sobre la seguridad y privacidad de la tecnología que el empresario deberá informar previamente al trabajador sobre el uso de esta medida, así como del funcionamiento y objetivo de la misma.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Contencioso-Administrativo del 2 de julio de 2007⁷⁸ advierte que los datos recogidos son personales. Por lo que se deberá aplicar todos los principios de tutela de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal para que de esta forma se proteja en todo momento al trabajador pues, aunque se aplique el principio de proporcionalidad, también se debe velar por la seguridad y la información del trabajador.

⁷⁶ CUADROS GARRIDO, M.H Trabajadores tecnológicos y empresas digitales. (...) Op.cit. pp. 414

⁷⁷ Diario Oficial de la Unión Europea (2009): "Recomendación de la Comisión de 12 de mayo de 2009" Recuperado el 23 de mayo, de: <https://bit.ly/2Z5ecuH>

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Contencioso-Administrativo, 2 julio 2007 Sala tercera, sección séptima nº recurso 5017/2003

DATOS BIOMÉTRICOS

DATOS DE CARÁCTER PERSONAL



Figura 4. ¿Cómo cumplir el RGPD si manejas datos biométricos? Recuperado el 23 de mayo, de: <https://bit.ly/2lphAcT>

Para velar por la seguridad de los trabajadores según Sala Franco y Todolí Signes⁷⁹ se deberá seguir la óptica de la normativa administrativa. En concreto la Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (en adelante LORTAD) en la que su artículo 10 advierte “*El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo.*”

g) Sistema de geolocalización

El último medio estudiado por Rodríguez Escanciano⁸⁰ y Cuadros Garrido⁸¹ es el sistema de geolocalización. Es un método que se utiliza para referenciar un punto en el plano a través de un software y un hardware normalmente. El sistema más común de

⁷⁹ TODOLÍ SIGNES, A. Y SALA FRANCO, T. *El deber de los trabajadores de no violar los secretos de la empresa y los acuerdos de confidencialidad*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia. (2016) Pag. 32

⁸⁰ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales (...)* Op.cit.pp 112-115

⁸¹ CUADROS GARRIDO, M.H *Trabajadores tecnológicos y empresas digitales. (...)* Op.cit. pp.318-338

geolocalización es el GPS. Este GPS está compuesto por un mínimo de 30 satélites que orbitan alrededor de la tierra; 4 de los satélites de los que está compuesto este GPS son visibles y cada cierto tiempo emiten una señal sobre su ubicación⁸².

Si por lo contrario se quiere tener una localización del móvil lo que se utiliza es un GSM que es el sistema global para las comunicaciones móviles. Este sistema funciona buscando la geolocalización con la mayor proximidad a las torres de telefonía, averiguando el tiempo que tarda la señal de una torre a otra y la fuerza de dicha señal. El móvil de cada persona contiene una dirección IP, en la cual se indica la ubicación exacta; los tres primeros números de esta IP indica el país donde está ubicado y los números restantes suelen indicar el área donde se encuentra esa persona.

Con arreglo al artículo 90.1 LOPD *“Los empleadores podrán tratar los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo.”* De acuerdo con Preciado Doménech⁸³ estos límites se refieren al principio de proporcionalidad y al contenido esencial de los derechos a la protección de datos y a la intimidad.

Los sistemas de localización colisionan con el derecho a la intimidad, según Cuadros Garrido⁸⁴. El art 7.2 LOPD considera *“como intromisiones ilegítimas la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas, así como la grabación, registro o reproducción”* siempre y cuando el titular del derecho no haya dado el consentimiento expreso.

Estos sistemas de geolocalización y los controles biométricos tienen en común la creación de un fichero de datos en el que se identifica a la persona (art 26.1 LOPD). Según el informe AEPD núm. 0324/2009 estas bases de datos deben estar sometidas a lo establecido por la LOPD en cuanto al registro del fichero de datos que deberá estar

⁸² ARISTASUR “Cómo funciona el sistema de posicionamiento GPS” (2019) Recuperado el 17 de junio, de: <https://bit.ly/2INX85T>

⁸³ PRECIADO DOMENECH, C.H. *“Los derechos digitales de las personas trabajadoras”* (...) Op. Cit. Pp 185

⁸⁴ CUADROS GARRIDO, M.H *Trabajadores tecnológicos y empresas digitales.* (...) Op.cit. pp. 318

controlado por la AEPD. Por tanto, estos datos de localización son datos personales por lo que deberán regirse por las disposiciones de la LOPD.

Siguiendo con Cuadros Garrido⁸⁵, el trabajador deberá conocer con antelación la realización de un control a través de las tecnologías de geolocalización implantadas en su empresa, así como de la finalidad del mismo. Esto aparece señalado en el artículo 90.2 LOPD.

En caso de que la empresa no informe previamente al trabajador y quiera sancionar al mismo, no podrá. Pues el haber obtenido los datos sin el conocimiento previo del trabajador estaría vulnerando la intimidad de este (art 18.1 CE) así como su derecho a la protección de datos (art 18.4 CE).

Además, según la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el día 13 de octubre de 2009 advierte que este sistema instalado sin previo aviso del trabajador y de forma oculta se puede calificar como una infracción de la buena fe por parte del empresario.⁸⁶

Como se ha podido ver, el empresario cuenta con gran cantidad de técnicas para ejecutar el control que desea de sus trabajadores y por consiguiente poder llevar a cabo la actividad empresarial de una forma segura y efectiva. Pero también se debe tener en cuenta, que éste deberá tener siempre presente los derechos fundamentales del trabajador antes de aplicar cualquier medida que pueda vulnerar estos.

Aparte de estos medios mencionados, en la actualidad existe una forma de controlar la realización de las actividades que desempeña cada trabajador, es el llamado “*Mystery Shopper*.”

IV. EL SISTEMA DE CONTROL *MYSTERY SHOPPER*

De acuerdo con la Sociedad Europea de Opinión e Investigación de Mercados⁸⁷, (en adelante “ESOMAR”) el “*Mystery Shopping*” es un estudio llevado a cabo por “*Mystery Shoppers*” o compradores simulados. El objetivo del mismo es que estos observen, experimenten y midan todos los aspectos que crean oportunos de los servicios ofrecidos

⁸⁵ CUADROS GARRIDO, M.H Trabajadores tecnológicos y empresas digitales. (...) Op.cit. pp. 319-328

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Madrid 13 octubre 2009 Sentencia sección segunda nº 636/2009 recurso nº 4032/2009

⁸⁷ ANEIMO Y AEDEMO: “Guía ESOMAR para los estudios *Mystery Shopping*” (2015) Recuperado el 24 de mayo, de: <https://bit.ly/2WrXNne>

por los trabajadores. Para ello realizan una serie de acciones, que después servirán para evaluar dicho servicio.

Estos estudios pueden incluir desde la observación de un punto de venta hasta una observación más minuciosa como el tiempo de espera en un establecimiento, la limpieza, la señalización, el trato de los trabajadores con los clientes etc.

El objetivo principal del *Mystery Shopping* es ayudar a los profesionales que contratan sus servicios a mejorar el trato con los clientes ofreciéndoles información que quizás desconozcan y de esta forma poder prosperar como negocio.

Los estudios pueden ser sobre el servicio que presta la organización que solicita la ayuda, los agentes intermedios como el distribuidor, el minorista, consultores y sobre la competencia.

El análisis que se realiza puede incluir observación, llamadas telefónicas, visitas o correo electrónico y páginas web.

La principal característica del *Mystery Shopper* es que las personas a las que se les está realizando el estudio desconocen que están participando en dicha investigación. Debido a que, si fuesen conscientes de ello, provocaría que su comportamiento no fuese natural, lo que ocasionaría que los resultados del estudio no valiesen. Dentro de este análisis, hay diferentes clases de *Mystery* para cada ocasión en particular.

1. Tipos de *Mystery Shopper*

Dentro del estudio "*Mystery*" se encuentra el "*Mystery Shopper*" pero según las empresas "*Mystery Shopper Spain*"⁸⁸ y "*Take a tip*"⁸⁹ aparte de esta investigación centrada en las compras, hay muchas más modalidades.

En primer lugar, se encuentran el *Mystery Shopper* y *Mystery Dinner*. El *Mystery Shopper* es un método que utilizan las empresas para evaluar el trato con los clientes en los diferentes establecimientos.

El *Mystery Dinner* es la modalidad del *Mystery* aplicada a los restaurantes, donde el investigador se hace pasar por comensal y evalúa el trato de los trabajadores con los clientes. Los resultados obtenidos de esta investigación son utilizados para realizar un

⁸⁸ MYSTERY SHOPPER SPAIN "Nuestros servicios" (2016) Recuperado el 24 de mayo, de: <https://bit.ly/2EXCPli>

⁸⁹ TAKE A TIP "Servicios: mystery" (2019) Recuperado el 8 de noviembre, de: <https://bit.ly/33upwTG>

informe para la empresa donde se vean las fortalezas y debilidades de sus establecimientos y así poder mejorar como negocio.

En segundo lugar, se encuentra el *Mystery Guest* o huésped misterioso. Es la modalidad de *Mystery* aplicada a los hoteles, cruceros, casas rurales, es decir, a los establecimientos donde los clientes precisan de un alojamiento. En este caso los investigadores hacen de auditores externos y evalúan la calidad de dichos establecimientos. El *Mystery Guest* va más allá que el *Mystery Shopper* y evalúa servicios tales como la reserva realizada y el trato en recepción, la limpieza y el estado tanto interno como externo del establecimiento, los servicios en relación con las habitaciones y al baño, la comida y el restaurante, el trato recibido por las personas que trabajan en dichos establecimientos y otros servicios que puedan encontrarse en esos lugares.

En tercer lugar, el *Mystery Patient*. Se dedica a evaluar la calidad del servicio de los centros de salud. Consiste en enviar a un supuesto paciente que pase por el proceso rutinario y preste atención a detalles como las condiciones de higiene, atención de los médicos, tiempos de espera.

Después se halla el *Mystery Calling* o llamada misteriosa. Es la modalidad de *Mystery* aplicada a las llamadas telefónicas. Con este método uno de los investigadores se hace pasar por cliente y realiza una o varias llamadas a la empresa correspondiente evaluando puntos tales como el tiempo de espera, la empatía con el cliente, el conocimiento de los productos y servicios ofrecidos, el seguimiento correcto del protocolo del servicio al cliente, la solución de incidencias y la satisfacción general con el trato recibido.

En quinto lugar, está el *Mystery Market*. Es la técnica aplicada al sector de gran consumo de alimentación (supermercados, hipermercados...). El comprador misterioso se encarga de visitar el establecimiento para analizar el estado de la imagen de cada empresa o franquiciados, la disposición de las ofertas y promociones etc.

Por último, se encuentra el *Mystery Web, Online, Redes Sociales*. Esta modalidad de *Mystery* se utiliza para medir la satisfacción de los clientes a la hora de ponerse en contacto con la empresa que ha solicitado el estudio a través del correo electrónico, su página web, las redes sociales etc. Principalmente se evalúan aspectos como las consultas realizadas a través del correo electrónico/página web y opiniones de la página web de la empresa y del marketing online realizado.

2. Requisitos fundamentales del *Mystery Shopper*

Continuando con ESOMAR⁹⁰, para llevar a cabo estos estudios de forma correcta, los investigadores que los realizan tienen que cumplir una serie de requisitos.

En primer lugar, cuando el cliente solicite que se lleve a cabo este estudio en su establecimiento, este deberá con anterioridad haber informado a los afectados argumentando que el estudio se realizará en un plazo de futuro y explicando con qué objetivo se realiza dicha investigación. En el caso de que se realicen videos y audios del estudio deberá explicar cómo se realizarán y cómo será almacenada esa información. Y si los datos personales serán clave para la investigación o no. Y en el caso de que los trabajadores tengan un salario que dependa de comisiones, si existirá una pérdida de este al realizar el estudio.

En segundo lugar, el análisis realizado en el establecimiento del cliente se deberá llevar a cabo de la forma más clara posible. Es decir, el cliente deberá conocer previamente todos los pasos que se van a realizar, así como el tiempo empleado para ello y el precio del servicio, y además estar de acuerdo con todo ello. Además, el personal encargado de realizar el estudio del cliente que lo ha solicitado deberá ser tratado de la misma forma que el personal que trabaja en la organización del cliente, así como recibir la misma información.

En los casos en los que se realiza la investigación a los competidores, es imprescindible que el tiempo y las actividades realizadas sean razonables. Solamente se podrá llevar a cabo este estudio en competidores cuando como resultado de este no surja ninguna desventaja significativa, por la observación del personal de ese establecimiento.

Cuando en el análisis que se realiza no interviene el proceso de compra de un producto o servicio, el tiempo empleado para ello se deberá ajustar a la naturaleza del mercado. Pues el tiempo no deberá sobrepasar más de lo que ocurriría con un cliente normal, debido a que se estarían desperdiciando los recursos y el tiempo de los investigadores.

Otro de los casos ocurre cuando el estudio del *Mystery Shopper* implica un seguimiento posterior por parte del establecimiento fruto de la investigación. Como por ejemplo la provisión de un folleto, en este caso la duración del tiempo también deberá ser la mínima posible.

⁹⁰ ANEIMO Y AEDEMO: "Guía ESOMAR para los estudios *Mystery Shopping*" (2015) Recuperado el 27 de mayo, de: <https://bit.ly/2WrXNne>

Si en el caso de que el estudio implique algún tipo de reserva que no forme parte del análisis principal, se deberá cancelar lo antes posible una vez terminada la investigación.

Es muy importante que los datos manejados en estos estudios tengan unas medidas de protección para que no se pierdan, dañen o distribuyan a personas que no estén autorizadas, pues se estarían vulnerando los derechos de intimidad del trabajador.

En el caso de que se realicen grabaciones, solamente podrán ejecutarse para cumplir con el objetivo de la investigación, es decir, no podrán excederse. Además, solamente se podrán entregar las grabaciones al cliente si las personas grabadas dan su consentimiento y únicamente para usarlo con el objetivo del estudio.

Además de estos requisitos expuestos, existen otros a tener en cuenta. En el caso de que los datos obtenidos en el análisis no sean totalmente confidenciales y se utilicen también con otros objetivos, se estaría haciendo referencia al *"Mystery Shopping Project"* pero no al *"Mystery Shopper Research"*. En todo caso, para realizar un estudio de *"Mystery Shopper Research"* además de estos requisitos principales, deberán cumplirse otros adicionales.

En primer lugar, los datos personales recogidos no deberán ser identificativos ni mucho menos revelados. En segundo lugar, no se deberá grabar a las personas entrevistadas si con ello se pone en peligro su anonimato. En cualquier caso, para que se produzca esa grabación se tendrá que obtener previamente el consentimiento de estos (art 5 LOPD).

En caso de que el cliente que solicita la investigación conoce previamente los establecimientos donde se llevarán a cabo las entrevistas, los resultados obtenidos en estas no se podrán dar de forma que perjudique individualmente a algún trabajador. Sin embargo, si, por ejemplo, solamente se encuentra una persona encargada en el establecimiento que da lugar a una posible identificación del individuo, no se puede decir que se esté realizando un estudio de *"Mystery Shopper Research."*

3. Caso práctico

En marzo de 2011 la empresa SGS Logde realizó un estudio de “Cliente Misterioso” en un grupo de restaurantes de la Comunidad Valenciana⁹¹.

El objetivo que se quería conseguir con este estudio era medir el servicio ofrecido y la atención al cliente en estos establecimientos, identificar los puntos débiles que se encontraban y modificarlos para prosperar en el negocio y, por último, medir el grado de motivación y profesionalidad de los empleados.

Para realizar dicha investigación la Consellerie de Turisme solicitó la realización del estudio *Mystery* en 76 restaurantes de la Comunidad Valenciana. Por consiguiente, se realizó una visita a cada establecimiento ejecutando una valoración sobre las instalaciones y el equipamiento de los establecimientos tanto exteriores como interiores, la oferta gastronómica, la profesionalidad de los trabajadores y el servicio, donde se encuentra el servicio y acogida, el desarrollo de dicho servicio, los tiempos y por último la facturación y el cobro.

| | | | |
|------------------------------------|------------|-------------------------|------------|
| INSTALACIONES- EQUIPAMIENTO | 20% | SERVICIO | 30% |
| EXTERIORES | 30% | RESERVA Y ACOGIDA | 20% |
| INTERIORES | 70% | DESARROLLO DEL SERVICIO | 30% |
| OFERTA GASTRONÓMICA | 25% | TIEMPOS DE SERVICIO | 30% |
| PROFESIONALIDAD | 25% | FACTURACIÓN Y COBRO | 20% |

Figura 5. Generalitat Valenciana (2011): “Mystery Tourist. Restaurantes” Recuperado el 27 de mayo, de: <https://bit.ly/2MbufW7>

En primer lugar, se valoraron las instalaciones tanto exteriores como interiores de los establecimientos. En segundo lugar, la oferta gastronómica ofrecida y por último el servicio y la profesionalidad prestado por los trabajadores de los lugares analizados. Como se puede observar, el servicio prestado es el que más ponderación adquirió pues lo que se quería conseguir con este estudio era mejorar dicho servicio para así incrementar su calidad. Aparte de estos apartados, se incluyó al final una valoración por parte de los clientes sobre la satisfacción del servicio prestado.

⁹¹ GENERALITAT VALENCIANA: “Mystery Tourist. Restaurantes” (2011) Recuperado el 27 de mayo, de: <https://bit.ly/2MbufW7>

| | |
|------------------------------------|--------------|
| INSTALACIONES- EQUIPAMIENTO | 87,6% |
| EXTERIORES | 79,0% |
| INTERIORES | 91,2% |
| OFERTA GASTRONÓMICA | 94,4% |
| SERVICIO | 83,1% |
| RESERVA Y ACOGIDA | 85,8% |
| DESARROLLO DEL SERVICIO | 76,2% |
| TIEMPOS DE SERVICIO | 92,1% |
| FACTURACIÓN Y COBRO | 77,4% |
| PROFESIONALIDAD | 89,1% |

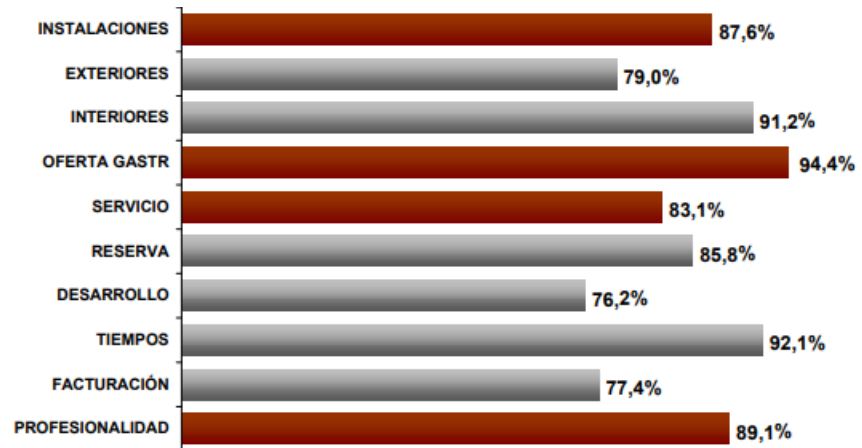


Figura 6. "Resultados globales 88.3%" (2011) Recuperado el 27 de mayo, de: <https://bit.ly/2MbufW7>

El índice de la calidad global fue de 88,3%. Dentro de esta calidad global se encuentran puntuadas las instalaciones y equipamientos, la oferta gastronómica ofrecida por el negocio; la cual obtuvo la mayor ponderación. Además del servicio desglosado en reserva, desarrollo del servicio, tiempos y facturación y cobro; todos ellos puntuados respectivamente. Y, por último, la profesionalidad que obtuvo una puntuación alta.

| | | |
|-----------------------------------|---|--------------|
| INSTALACIONES EQUIPAMIENTO | | 87,6% |
| EXTERIORES | | 79,0% |
| EXT1 | Señalización direccional (indicaciones externas de cómo llegar al restaurante) | 34,7% |
| EXT2 | Señalización posicional (en exterior categoría, etc.) | 54,1% |
| EXT3 | Limpieza zona de entrada al local | 96,0% |
| EXT4 | Letrero y carta exterior estaban limpios | 96,6% |
| EXT5 | Buena iluminación externa (en caso de haber oscurecido se percibe correcta iluminación) | 93,3% |
| EXT6 | Rotulación exterior bien conservada | 98,6% |
| EXT7 | Puertas de la entrada limpias | 96,0% |
| INTERIORES | | 91,2% |
| INT1 | Temperatura agradable | 88,0% |
| INT2 | Ausencia de olores desagradables | 94,7% |
| INT3 | Ausencia de ruidos desagradables en el comedor | 95,9% |
| INT4 | Ventanal limpio | 95,3% |
| INT5 | Vistas al exterior (comentar) | 80,0% |
| INT6 | Iluminación correcta | 97,3% |

Figura 7. "Análisis general por apartados" Recuperado el 27 de mayo, de: <https://bit.ly/2MbufW7>

| INSTALACIONES EQUIPAMIENTO | | 87,6% |
|-----------------------------------|--|--------------|
| INTERIORES (CONTINUACIÓN) | | 91,2% |
| INT7 | Accesibilidad para minusválidos (rampa, aseos, etc.) | 63,5% |
| INT8 | Vajilla limpia y bien conservada | 93,3% |
| INT9 | Cubertería limpia y en buen estado | 97,3% |
| INT10 | Cristalería limpia y en buen estado | 95,9% |
| INT11 | Suelo limpio | 98,7% |
| INT12 | Comedor ordenado y limpio | 97,3% |
| INT13 | Música ambiente acorde con el establecimiento | 87,8% |
| INT14 | Servicios limpios y correctamente equipados | 90,7% |

Figura 8. "Análisis general por apartados" Recuperado el 27 de mayo, de: <https://bit.ly/2MbufW7>

Más tarde se procedió a valorar cada uno de los apartados más minuciosamente. En primer lugar, se valoró las instalaciones tanto interiores como exteriores de los establecimientos, donde se puede observar todos los aspectos que se evaluaron detenidamente.

Algunos de estos aspectos aparecen en rojo, pues es la menor puntuación obtenida dentro del bloque analizado. Y, por tanto, el establecimiento deberá reaccionar a esa puntuación para poder mejorar en el negocio.

| OFERTA GASTRONÓMICA | | 94,4% |
|----------------------------|--|--------------|
| GENERALIDADES | | |
| GE1 | Cartas en buen estado de conservación | 91,5% |
| GE2 | Variedad de la carta por categoría de productos | 90,3% |
| GE3 | Uso de los productos autóctonos de la Comunidad Valenciana | 72,1% |
| GE4 | En general, la oferta gastronómica le pareció atractiva | 88,6% |
| APERITIVO | | |
| AP1 | Presentación atractiva | 96,5% |
| AP2 | Cantidad adecuada | 100,0% |
| AP3 | Temperatura correcta | 96,5% |
| AP4 | Buen sabor (estaba rico) | 94,7% |
| AP5 | El pan estaba tierno y bueno | 98,3% |

Figura 9. "Análisis general por apartados" Recuperado el 27 de mayo, de: <https://bit.ly/2MbufW7>

Después de valorar las instalaciones de los diferentes establecimientos, se evaluó la oferta gastronómica, dividiendo ésta en aspectos generales, aperitivo, primer plato, segundo plato y postre.

Dentro del apartado de la oferta gastronómica se tuvo en cuenta cada detalle de la comida; tanto temperatura, como la presentación de cada plato, entre muchos otros. A su vez, cada plato fue valorado por separado de forma suficientemente minuciosa, para que de esta manera se viese reflejado cuáles eran las debilidades de estos establecimientos y cuáles sus fortalezas.

| OFERTA GASTRONÓMICA | | 94,4% |
|---|---|--------|
| PRIMER PLATO (En caso de consumir un solo plato se valorará en 2º plato) | | |
| PP1 | Presentación atractiva | 94,5% |
| PP2 | Cantidad adecuada | 98,2% |
| PP3 | Temperatura correcta | 100,0% |
| PP4 | Buen sabor (me resulto sabroso) | 96,4% |
| SEGUNDO PLATO | | |
| SP1 | Presentación atractiva | 95,7% |
| SP2 | Cantidad adecuada | 94,4% |
| SP3 | Temperatura correcta | 100,0% |
| SP4 | Buen sabor (estaba rico) | 90,3% |
| POSTRE - CAFE | | |
| PC1 | Presentación atractiva | 93,8% |
| PC2 | Cantidad adecuada | 96,9% |
| PC3 | Temperatura correcta | 96,9% |
| PC4 | Buen sabor (estaba rico) | 100,0% |
| PC5 | El café tenía buen sabor y una temperatura correcta | 98,1% |

Figura 10. "Análisis general por apartados" Recuperado el 28 de mayo, de: <https://bit.ly/2MbufW7>

Cabe destacar que el apartado que menos puntuación obtuvo con un 72.1% fue el de uso de los productos autóctonos de esta comunidad, mientras que el buen sabor y la temperatura de dichos platos alcanzaron la máxima puntuación.

La característica que más se valoró en este estudio fue el servicio. Esta investigación en lo que principalmente se centra es en el servicio ofrecido por los trabajadores a los clientes con el objetivo de que los establecimientos mejoren esto y prosperen en el negocio. Además de esta valoración del servicio, los clientes fueron

encuestados por la empresa encargada del estudio *Mystery*, para conocer su impresión acerca del personal, y a su vez saber cómo se sintieron estos durante su visita.

| SERVICIO | | 83,1% |
|--------------------------------|--|--------------|
| RESERVA Y ACOGIDA | | 85,8% |
| RA1 | En la reserva le ofrecieron un trato amable y se pudo efectuar con normalidad | 91,9% |
| RA2 | La hora de la reserva fue respetada en el momento de tomar mesa | 98,5% |
| RA3 | Si existían clientes en cola, se desarrolló correctamente la gestión de la misma | 75,0% |
| RA4 | El camarero / maitre recibió correctamente (buenos días / noches o similar) | 91,9% |
| RA5 | El camarero / maitre acompañó a la mesa | 79,7% |
| RA6 | Los camareros trataron de usted | 74,7% |
| DESARROLLO DEL SERVICIO | | 76,2% |
| DS1 | Ofrecieron un aperitivo (bebida) antes de pedir la comida | 72,6% |
| DS2 | En caso de duda, aconsejaron o sugirieron a la hora de pedir los platos | 76,5% |
| DS3 | Los camareros mostraron un buen conocimiento de los platos de la carta | 98,4% |
| DS4 | A lo largo de la visita, se mostraron amables y atentos con los clientes | 92,0% |
| DS5 | La actitud de los camareros fue de intentar agradar | 85,1% |
| DS6 | Tomaron nota con educación de los productos solicitados | 98,6% |
| DS7 | Siguieron el orden de llegada de los clientes para tomar nota | 96,5% |
| DS8 | Informaron espontáneamente sobre los platos del día / sugerencias del chef | 50,0% |
| DS9 | Sirvieron las bebidas, pan o complementos antes de servir los primeros platos | 98,6% |
| DS10 | El camarero le deseó que la comida fuera de su agrado o algo similar al servir los primeros platos | 68,9% |

Figura 11. "Análisis general por apartados" Recuperado el 28 de mayo, de: <https://bit.ly/2MbufW7>

| SERVICIO | | 83,1% |
|---|--|--------------|
| DESARROLLO DEL SERVICIO (CONTINUACIÓN) | | 85,8% |
| DS11 | El camarero resolvió alguna pregunta sobre los platos de forma satisfactoria | 98,6% |
| DS12 | Ofrecieron de forma espontánea algún menú | 50,8% |
| DS13 | Explicaron los platos del menú | 79,6% |
| DS14 | Fomentaron la gastronomía de la Comunidad Valenciana | 36,2% |
| DS15 | Retiraron silmultáneamente los platos, complementos y bebidas finalizadas al servir los segundos platos y postres | 89,0% |
| DS16 | A cada comensal se le sirvió el plato que había pedido (sin preguntar) (Sólo para rtes. de categoría superior, el resto N/A) | 100,0% |
| DS17 | Ofreció espontáneamente segundas bebidas o complementos una vez finalizados los primeros | 37,9% |
| DS18 | En caso de duda o solicitarlo, aconsejaron o sugirieron a la hora de pedir el vino | 57,1% |
| DS19 | Al aconsejar, ofrecieron varias alternativas en vinos para decidir, explicando las diferencias | 38,5% |
| DS20 | Abrieron la botella de vino delante del cliente | 86,7% |
| DS21 | Dieron a probar el vino | 28,6% |
| DS22 | La temperatura del vino era la correcta | 100,0% |
| DS23 | Tras la comida, se consideró que asesoraron adecuadamente en la elección de los vinos | 57,1% |
| DS24 | Tras la comida, se consideró que asesoraron adecuadamente en la elección de la comida. | 76,3% |
| DS25 | El servicio de café / infusiones le pareció cuidado | 85,2% |
| DS26 | Tras el café, el servicio siguió siendo igual de atento | 90,9% |
| DS27 | El maitre / camarero comprobó el grado de satisfacción del cliente, como mínimo una vez a lo largo de la visita | 52,8% |
| DS28 | El camarero / maitre se despidió correctamente (adiós, muchas gracias o similar) | 87,7% |

Figura 12. "Análisis general por apartados" Recuperado el 28 de mayo, de: <https://bit.ly/2MbufW7>

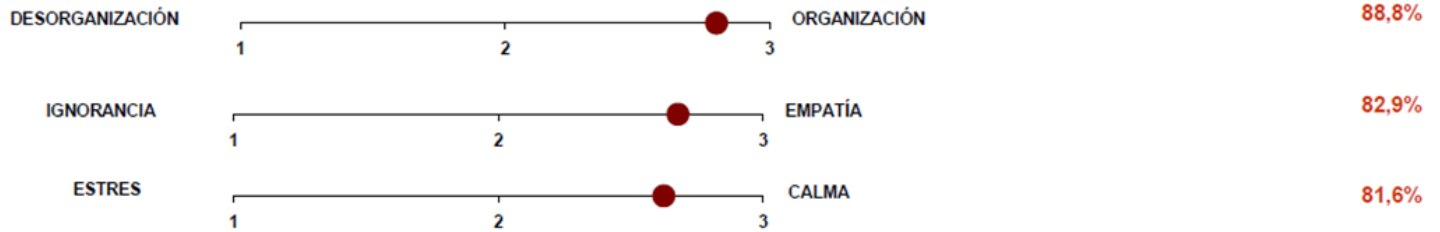
| SERVICIO | | 83,1% |
|----------------------------|---|--------------|
| TIEMPOS DE SERVICIO | | 92,1% |
| TS1 | El ritmo entre platos y la comida en general fue correcto | 89,2% |
| TS2 | Que no tardaron mucho en servir el primer plato | 94,4% |
| TS3 | Que no tardaron mucho en traer los postres | 92,2% |
| FACTURACIÓN Y COBRO | | 77,4% |
| FC1 | Cobraron exactamente lo consumido | 94,7% |
| FC2 | Entregaron el cambio al cliente en un tiempo prudencial | 100,0% |
| FC3 | Le dieron las gracias al depositar el cambio | 92,9% |
| FC4 | Se realizó correctamente el pago con tarjeta de crédito | 97,9% |
| FC5 | En el pago con tarjeta de crédito solicitaron el DNI al cliente de forma espontánea | 80,0% |
| FC6 | Le acompañaron a la salida del comedor | 22,5% |

Figura 13. "Análisis general por apartados" Recuperado el 28 de mayo, de: <https://bit.ly/2MbufW7>

PROFESIONALIDAD

89,1%

PF1 ¿Cuál es la impresión que te produce el personal a la entrada al local?



| | | |
|-----|--|-------|
| PF2 | Correcta presencia del empleado | 93,3% |
| PF3 | Personal a la vista activo y organizado | 91,8% |
| PF4 | Percepción de coordinación entre los camareros | 95,2% |

Figura 14. "Valoración cualitativa de la visita" Recuperado el 28 de mayo, de: <https://bit.ly/2MbufW7>

En esta evaluación cualitativa de la visita, se expresó las valoraciones de los clientes normales de estos establecimientos, con el fin de saber qué es lo que ellos opinaban, cuáles pensaban que eran las debilidades y fortalezas, y qué es lo que se podía llegar a mejorar para que de esta manera los negocios de la Comunidad Valenciana prosperasen y aumentasen sus ventas y beneficios.

VALORACIÓN CUALITATIVA DE LA VISITA

75,3%

VC1 ¿Cómo se ha sentido tras su visita al Restaurante?

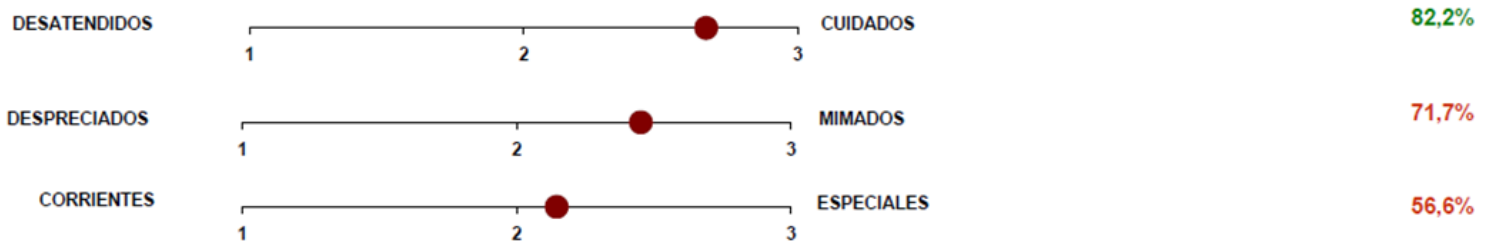


Figura 15. "Valoración cualitativa de la visita" 2011 Recuperado el 28 de mayo, de: <https://bit.ly/2MbufW7>

Niveles de Satisfacción

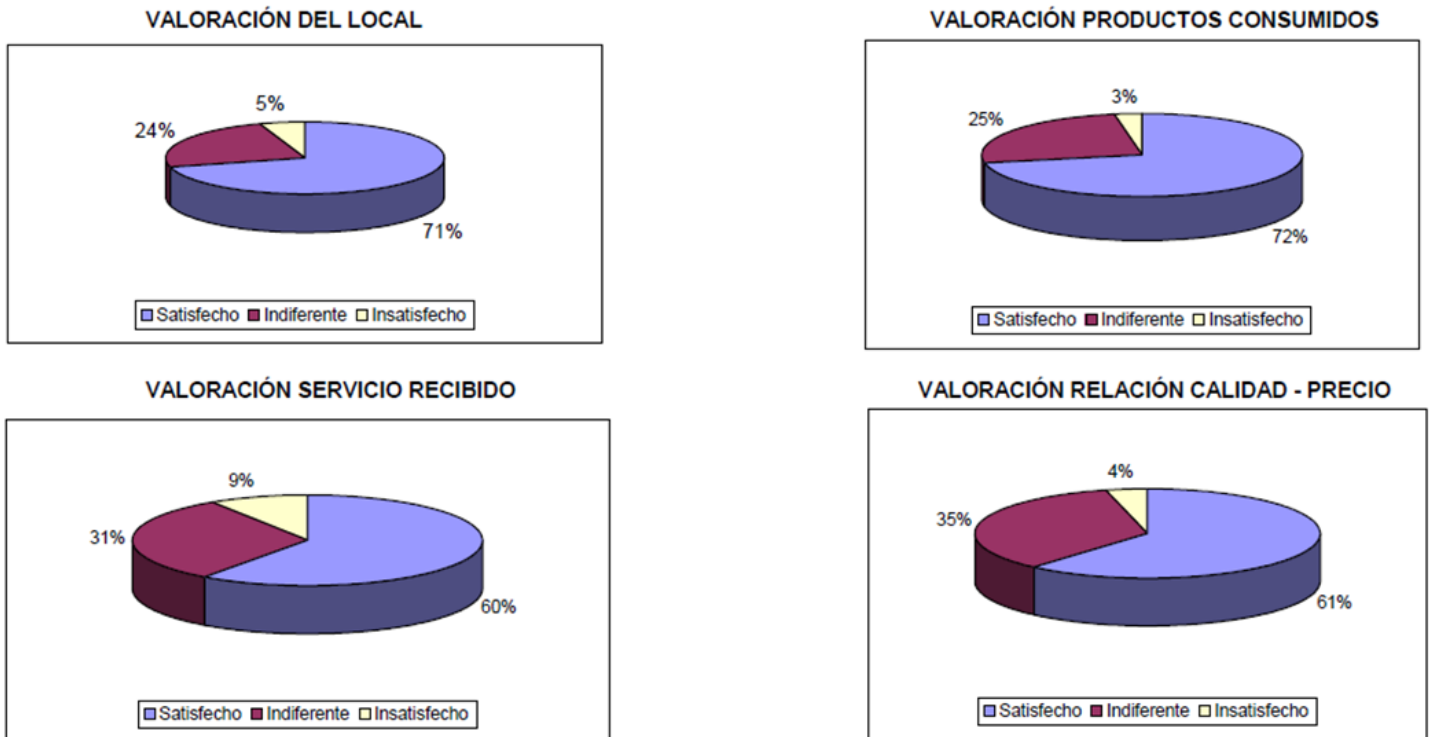


Figura 16. "Valoración cualitativa de la visita" Recuperado el 28 de mayo, de: <https://bit.ly/2MbufW7>

Por último, se realizó una valoración sobre el local, los productos consumidos dentro del mismo, el servicio recibido y la relación calidad-precio, para conocer de esta forma la opinión de los clientes.

Como se ha podido observar, esta es otra de las medidas con las que cuenta el empresario para poder realizar una vigilancia minuciosa acerca de las labores que desempeñan los trabajadores dentro de su ámbito laboral, siempre y cuando no vulnere ni dañe los derechos fundamentales de dichos trabajadores.

4. ¿Es lícito el "Mystery Shopper"?

Hernando, Lechuga, y Ávila⁹² expresan que no se ha encontrado aún una regulación específica que trate el sistema de control "Mystery Shopper."

Pese a esto, argumentan que podrá verse amparado bajo la regulación del Comité Ético de la Asociación Española de Mercado, Marketing y Opinión (en adelante AEDEMO).

⁹² HERNANDO, P., LECHUGA, F. J Y ÁVILA, A. *La utilización del cliente simulado en la evaluación de los servicios de atención al cliente*. *Revista de Calidad Asistencial*, 22(2), 78-84. (2007) Recuperado el 21 de junio, de: <https://bit.ly/2x5ET6x>

AEDEMO por su parte manifiesta que para que estas prácticas estén reguladas, se deberá seguir los requisitos fundamentales expuestos en la guía ESOMAR.

Según ESOMAR cuando el estudio “*Mystery Shopper*” es llevado a cabo de forma profesional y respetando al máximo los derechos fundamentales de los trabajadores estudiados, la actividad es totalmente lícita y legítima.

Por eso, a la hora de realizar estas investigaciones el personal encargado de ello deberá poner máximo cuidado y atención en el manejo de los datos obtenidos para que no se vulnere la intimidad ni privacidad de las personas investigadas.

Para que estos estudios sean legítimos deberán realizarse siguiendo las pautas de la legislación de protección de datos. Además, deberán producirse adecuados controles de seguridad tanto durante la investigación como cuando se procesan los datos. Para que de esta forma se obtenga el informe final y se pueda avalar que los datos se encuentran en poder de personal autorizado (art 9.1 LOPD).

Antes de proceder a realizar cualquier estudio, se deberá observar la legislación correspondiente con el fin de conocer el modo lícito de obtener la información, por ejemplo, en las llamadas telefónicas.

Por otro lado, los estudios nunca podrán realizarse con el objetivo de ejecutar despidos disciplinarios o para producir desventajas en los individuos a los que se realiza la investigación (art 13.1 LOPD).

Existen dos tipos de “*Mystery Shopper*”. El primer tipo, los datos deberán ser tratados de forma confidencial y guardando el anonimato de las personas investigadas debido a que esta información solamente será utilizada para esta investigación en concreto (art 10 LOPD). Este primer caso se denomina “*Mystery Shopper Research*” y los datos obtenidos son considerados como una investigación de mercado.

En el segundo, los datos de las personas investigadas se tratan de forma individual y se utilizan para fines distintos aparte de la investigación. Como, por ejemplo, esfuerzos de venta o creación de incentivos, por lo que no son totalmente confidenciales. A este tipo de investigación se le denomina “*Mystery Shopper Project*.”

En ambos casos, la investigación que se vaya a llevar a cabo deberá ser segura, en el sentido de que no se le podrá encomendar a la persona que ejecuta la investigación, realizar actos ilegales ni actividades que ponen en peligro su persona (art 4.7 LOPD).

Por último, ESOMAR en su código Internacional ICC/ESOMAR,⁹³ advierte que esta práctica solamente podrá llevarse a cabo con fines de investigación. Y que, además, los datos de las personas investigadas no se verán afectados (art. 1 ICC/ESOMAR).

En conclusión, el sistema de control “*Mystery Shopper*” tiene multitud de formas de llevarse a cabo con el objetivo de mejorar el servicio al cliente en los establecimientos que contraten esta investigación. Por consiguiente, siempre y cuando se realice de forma segura y cumpliendo la normativa de Protección de Datos, el Código Internacional ICC/ESOMAR y el principio de proporcionalidad se podrá aplicar con el fin de mejorar el negocio y aumentar los beneficios.

⁹³ ESOMAR “*Código Internacional ICC/ESOMAR para la práctica de la Investigación de Mercados, Opinión y Social y del Análisis de Datos*” (2016) Recuperado el 21 de junio, de: <https://bit.ly/2AKNJET>

V. CONCLUSIÓN

A lo largo de este Trabajo de Fin de Grado (TFG) se ha podido observar que el empresario cuenta con dos poderes empresariales, el poder de dirección y control y el poder disciplinario o sancionador. Sin embargo, este no podrá ejercer estos poderes de cualquier forma, pues estos se encuentran limitados por los derechos fundamentales de los trabajadores.

Los trabajadores por su parte cuentan con derechos por ser ciudadanos y a su vez por ser trabajadores, por ello no podrán ser privados de estos por el comienzo de la relación laboral entre estos y el empresario. Además, también disponen de unas obligaciones que según el artículo 5 ET deberán cumplir por el comienzo de la relación laboral.

Es por ello por lo que, en el transcurso de este trabajo, se han estudiado algunos de los sistemas de control que se podrían llevar a cabo dentro de las empresas con el fin de asegurar el buen funcionamiento de la actividad empresarial. Asimismo, se ha analizado si estos sistemas cumplen con el principio de proporcionalidad pues es el medio utilizado para que no existan dificultades en la relación laboral y no vulneren a su vez los derechos fundamentales de los trabajadores. Algunos de estos sistemas son la videovigilancia, los datos biométricos, las llamadas telefónicas entre otros muchos.

Para finalizar, se ha querido estudiar en profundidad el sistema de control *Mystery Shopper* y sus posibles variantes como el *Mystery Guest*, el *Mystery Patient*, el *Mystery Market*, entre otros. Es un sistema poco conocido hasta ahora, pero que en los últimos años ha ido tomando protagonismo dentro de las empresas hasta tal punto que ya existen empresas especializadas en este tipo de estudio, con la finalidad de ayudar a las empresas en la mejora del servicio con los clientes.

Al ser un medio muy reciente, no existe una regulación específica para este, por consiguiente, las empresas que realizan dicho servicio de *Mystery Shopper* deberán seguir las normas establecidas en la guía ESOMAR y atender a la Ley Orgánica de Protección de datos y al principio de proporcionalidad. Debido a que si no se llegan a cumplir estas pautas se estaría vulnerando los derechos fundamentales de los trabajadores y sería una actividad ilícita que no podría llevarse a cabo.

VI. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA

1. Bibliografía

ARETIO BERTOLÍN, J y ARETIO BERTOLÍN, M.T *Análisis en torno a la tecnología biométrica para los sistemas electrónicos de identificación y autenticación*. Revista Española Electrónica, núm 630. (2007)

BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Ed. Universidad externado de Colombia. (2014)

CRUZ VILLALÓN, J. *Compendio del derecho del trabajo*. Ed. Tecnos, Madrid. (2016)

CUADROS GARRIDO, M.H. *Trabajadores tecnológicos y empresas digitales*. Ed. Aranzadi, Navarra. (2018)

MARÍN ALONSO, I. *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa: su limitación en base el secreto de las comunicaciones*. Ed, Tirant lo Blanch, Valencia. (2005)

MARTÍN VALVERDE, A. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F. GARCÍA MURCIA, J. *Derecho del Trabajo*, Madrid. (2019)

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. *Los derechos laborales en la CE*. ED, Centro Estudios Constitucionales, Salamanca. (1991)

PECES BARBA, G. *Textos básicos de Derechos Humanos*. ED. Aranzadi, Navarra (2001)

PEREZ LUÑO, A. *Los derechos fundamentales*. ED. Tecnos, Madrid (2011)

PRECIADO DOMENECH, C.H. *Teoría General de los Derechos Fundamentales en el Contrato de Trabajo*. Ed, Aranzadi, Pamplona. (2018)

PRECIADO DOMENECH, C.H. "Los derechos digitales de las personas trabajadoras" Ed. Aranzadi, Navarra. (2019)

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. (2015)

SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L *El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores*. Revista Jurídica de Castilla y León nº 2. (2004)

TODOLÍ SIGNES, A. Y SALA FRANCO, T. *El deber de los trabajadores de no violar los secretos de la empresa y los acuerdos de confidencialidad*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia. (2016)

2. Webgrafía

ANEIMO Y AEDEMO (2015): “Guía ESOMAR para los estudios *Mystery Shopping*” Recuperado el 27 de mayo, de: <https://bit.ly/2WrXNne>

ARISTASUR (2019): “Cómo funciona el sistema de posicionamiento GPS” Recuperado el 17 de junio, de: <https://bit.ly/2INX85T>

BOE (2014): “Resolución de 19 de diciembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Repomarket, SLU”. Recuperado el 17 de junio, de: <https://bit.ly/2WR8QGH>

Diario Oficial de la Unión Europea (2009): “Recomendación de la Comisión de 12 de mayo de 2009” Recuperado el 23 de mayo, de: <https://bit.ly/2Z5ecuH>

ESOMAR (2016) “Código Internacional ICC/ESOMAR para la práctica de la Investigación de Mercados, Opinión y Social y del Análisis de Datos” Recuperado el 21 de junio, de: <https://bit.ly/2AKNjET>

GENERALITAT VALENCIANA (2011): “Mystery Tourist. Restaurantes” Recuperado el 27 de mayo, de: <https://bit.ly/2MbufW7>

HERNANDO, P., LECHUGA, F. J Y ÁVILA, A. (2007). *La utilización del cliente simulado en la evaluación de los servicios de atención al cliente*. *Revista de Calidad Asistencial*, 22(2), 78-84. Recuperado el 21 de junio, de: <https://bit.ly/2x5ET6x>

MYSTERY SHOPPER SPAIN (2016) “Nuestros servicios” Recuperado el 24 de mayo, de: <https://bit.ly/2EXCPji>

TAKE A TIP “Servicios: mystery” (2019) Recuperado el 8 de noviembre, de: <https://bit.ly/33upwTG>

3. Sentencias

Sentencia Tribunal Supremo núm. 2249/1994 (Sala de lo Penal), de 23 diciembre. Recurso núm. 3407/1993.

Sentencia del Tribunal Supremo, Contencioso-Administrativo, 2 julio 2007 Sala tercera, sección séptima nº recurso 5017/2003.

Sentencia del Tribunal Supremo 5 diciembre 2003 Sala cuarta, sección primera nº recurso 52/2003.

Sentencia del Tribunal Constitucional 186/2000, de 10 de julio Sala primera, recurso de amparo 2662/97.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Madrid 13 octubre 2009 Sentencia sección segunda nº 636/2009 recurso nº 4032/2009.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, nº 2497/2008, de 11/07/2008, Rec. 1754/2008.