

LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL TELETRABAJADOR¹

PROTECTION OF THE RIGHT TO PRIVACY OF THE TELEWORKER

RAQUEL POQUET CATALA
Profesora asociada de la UNIR

Artículo recibido el 28 de octubre de 2017.

Artículo aceptado el 14 de noviembre de 2017.

RESUMEN

En este trabajo se analiza desde un punto de vista de la doctrina judicial, constitucional y científica la conjugación del derecho fundamental a la intimidad del teletrabajador con el poder de vigilancia y control del empresario. Así se estudia la regulación y la interpretación realizada del poder de control empresarial en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la propia imagen, el derecho al secreto de las comunicaciones, el derecho a la protección de datos, y el derecho a la intimidad del teletrabajador.

¹ Esta actividad ha sido parcialmente financiada por UNIR Research (<http://research.unir.net>), Universidad Internacional de La Rioja (UNIR, <http://www.unir.net>), dentro del Plan Propio de Investigación 2016-2018, Grupo de Investigación «Trabajo líquido y riesgos emergentes en la sociedad de la información».

PALABRAS CLAVE: Intimidad, control y vigilancia, teletrabajador, secreto de las comunicaciones, propia imagen, protección de datos.

ABSTRACT

In this work it is analyzed from a point of view of judicial, constitutional and scientific doctrine the conjugation of the fundamental right to privacy of the teleworker with the power of surveillance and control of the employer. It is studied the regulation and interpretation of the power of corporate control in relation to the right to inviolability of the home, the right to own image, the right to secrecy of communications, the right to data protection, and the right to the privacy of the teleworker.

KEY WORDS: Privacy, teleworker, secrecy of communications, own image, data protection.

SUMARIO

1.- INTRODUCCIÓN.

2.- MARCO NORMATIVO.

2.1.- Derecho a la intimidad.

2.2.- Poder de dirección empresarial.

3.- TELETRABAJO E INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO.

3.1.- Prevención de riesgos laborales e inviolabilidad del domicilio.

3.2.- Instalación de videocámaras en el domicilio del teletrabajador.

4.- TELETRABAJO Y SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.

4.1.- El control del correo electrónico.

4.2.- La navegación por internet.

5.- TELETRABAJO Y PROTECCIÓN DE DATOS.

7.- BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La introducción de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación ha dado lugar a nuevas formas de trabajo, entre las cuales se halla el teletrabajo. Esta nueva modalidad de organización, no obstante, precisa de una adaptación de la regulación normativa, pues existen muchos vacíos legales en su art. 13 ET.

Uno de ellos es el derecho a la intimidad y privacidad del teletrabajador, en relación con la facultad de control empresarial pues, como es sabido, en la relación laboral presencial genera considerables conflictos nada fáciles de dilucidar.

De hecho, el propio Libro Blanco del Teletrabajo señala como tema pendiente a tratar por el legislador el conflicto que se plantea entre el poder de control empresarial y la vigilancia de la actividad productiva, y el derecho a la intimidad del teletrabajador. De hecho, el actual art. 13 ET ha suprimido la mención que realizaba el anterior texto que, refiriéndose al trabajo a domicilio, establecía que la actividad se realizaba sin vigilancia del empresario. “Dicha supresión, puede interpretarse en el sentido de que el trabajo a distancia, no impide el control empresarial, en línea con la actividad laboral general. Ahora bien, pese a que el control y la vigilancia empresarial puede colisionar con los derechos a la intimidad del trabajador y la inviolabilidad de su domicilio, previstos en el art. 18 de la Constitución Española, la nueva normativa nada prevé a tales efectos”².

Por tanto, se plantea la existencia de un vacío legal en relación con el derecho a la intimidad y la protección de datos personales del trabajador.

No existe una definición legal del teletrabajo, de tal forma que ha sido la doctrina la que ha ido configurándolo. Un sector doctrinal lo define como “aquellas actividades laborales prestadas total o mayoritariamente desde un lugar distinto del centro de trabajo o unidad productiva autónoma de la empresa, por medio del uso intensivo de nuevas tecnologías, básicamente, herramientas informáticas y de las telecomunicaciones”³. La OIT lo entiende como “la forma de trabajo efectuada en un lugar alejado de la oficina central o del centro de producción y que implica una nueva tecnología que permite la separación y facilita la comunicación”. “Es el trabajo a distancia (incluido el trabajo a domicilio) efectuado con auxilio de medios de telecomunicación y/o de una computadora”⁴.

² (s.n.) *El Libro Blanco del Teletrabajo en España*, 2012. p. 63.

³ SEMPERE NAVARRO, A.V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*. Pamplona: Aranzadi, 2002. p. 113.

⁴ Tesoro OIT, 6.ª edición, Ginebra, 2008.

Según el Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo⁵ puede conceptuarse como “una forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular”.

De las anteriores definiciones se pueden extraer como características básicas del mismo, por un lado, la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación y el lugar de prestación de trabajo y, por otro lado, en cuanto al lugar de trabajo, se requiere que se preste fuera de la sede física de la empresa, pudiendo ser tanto en el domicilio del trabajador como en cualquier otro establecido al efecto como podrían ser los denominados “telecentros” o “centros de recursos compartidos”, o bien en centro satélite o móvil⁶.

Además, el teletrabajo puede prestarse de diferentes formas. Según el tipo de comunicación con la empresa se distingue entre teletrabajo *off line*, *on line* y *two way line*. El teletrabajo *off line* o “desconectado” se produce cuando el teletrabajador trabaja con un equipo informático, pero recibe o envía las instrucciones de trabajo y el resultado por medios convencionales no telemáticos. El trabajo *on line* o “conectado” ocurre cuando para recoger las especificaciones del trabajo, para realizarlo o enviarlo se utilizan las comunicaciones telemáticas. El teletrabajo *two way line* o “en doble sentido” se da cuando el teletrabajador trabaja conectado a una red de comunicaciones telemáticas, mientras que en el *one way line* la conexión del ordenador del teletrabajador con el central de la empresa es muy rudimentaria.

2. MARCO NORMATIVO

2.1. Derecho a la intimidad

El art. 13.3 ET no contiene una mención específica del derecho a la intimidad de los teletrabajadores, sino que se remite a la regulación general, pues expresamente señala que éstos “tendrán los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial”. Por tanto, cabe acudir al art. 4.2 e) ET que indica como derecho de todo trabajador “*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*”. Asimismo, el

⁵ De 16 de julio de 2002.

⁶ CERVILLA GARZÓN, M.J.; JOVER RAMÍREZ, C., “Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 4, 2015, (versión on line)

art. 18 ET contiene referencia al derecho a la intimidad al regular los registros de la persona del trabajador y en sus taquillas y efectos personales.

Aparte de esta regulación legal, se dispone de otros textos, pero que no tienen la consideración de vinculantes. Así, a nivel europeo se halla el Acuerdo Marco Europeo, que regula la definición y el campo de aplicación del mismo, así como su carácter voluntario, pues es fruto de las voluntades de los agentes sociales a nivel comunitario para influir en la negociación colectiva y su aplicación efectiva depende de la voluntad de diálogo social. En su apartado 5) recoge la protección de datos y señala que *“El empresario es responsable de tomar las medidas que se imponen, especialmente en lo que se refiere a software, para garantizar la protección de los datos utilizados y procesados por el teletrabajador para fines profesionales. El empresario informa al teletrabajador de toda legislación o normativa de la empresa referente a la protección de datos. Es responsabilidad del teletrabajador el cumplimiento de estas normas. El empleador deberá informar al trabajador especialmente sobre:*

1. Cualquiera limitación en la utilización del equipo o de herramientas informáticas tales como internet.

2. Las sanciones en caso de incumplimiento”.

En su apartado 6 regula el derecho a la intimidad y vida privada y señala que *“El empresario respeta la vida privada del teletrabajador. Si se instala un sistema de vigilancia, éste debe ser proporcional al objetivo perseguido e introducido según lo establecido en la directiva 90/270 relativa a las pantallas de visualización”.*

Este Acuerdo Marco, por tanto, ordena que se garantice el respeto a la vida privada del trabajador, exigiendo que el método de vigilancia utilizado por el empresario sea proporcional al objetivo perseguido, así como la responsabilidad del empresario para salvaguardar y garantizar la protección de los datos utilizados y procesados por el teletrabajador. Igualmente, respecto al uso adecuado de las herramientas informáticas puestas a disposición del teletrabajador, se prevé que el empleado responderá en caso de incumplimiento si, previamente, el empresario ha tomado las medidas oportunas con respecto a las herramientas informáticas aportadas al trabajador, le ha informado de las normas de la empresa pertinentes para la protección de datos, de las restricciones en el uso de equipos o herramientas informáticas, y de las sanciones en caso de incumplimiento.

En segundo lugar, a nivel interno, el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2015, 2016, 2017⁷ también hace hincapié en el teletrabajo en su punto 4 indicando que sería deseable que se negociasen en esta materia *“aspectos como la privacidad, la confidencialidad.”*

⁷ De 8 de junio de 2015.

En tercer lugar, el Libro Blanco del Teletrabajo en España⁸ se conforma como un informe sobre la situación del teletrabajo y su aplicación, y la Nota Técnica de Prevención núm. 412 constituye una guía para la implementación del teletrabajo.

La intimidad se concibe como un bien jurídico positivo, o como “el derecho a controlar el uso que otros hagan de informaciones concernientes a un determinado sujeto”⁹. El valor que subyace en común a todos los derechos del art. 18 CE es la *privacy*, siendo el objeto lo que varía, pues en el caso de la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones el objeto se define según un criterio formal, se protege el secreto en sí; mientras que en el caso de la intimidad se define el criterio por un elemento sustancial, dado que lo que se protege es un “ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”¹⁰.

Según nuestro TC¹¹ la garantía de la intimidad goza actualmente de “un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona”. Toda persona tiene derecho para decidir por sí misma de qué datos pueden disponer y en qué condiciones pueden ser revelados, en la medida en que forman parte de su intimidad.

Cabe tener siempre presente que como señala el TC “la celebración de un contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano”¹².

2.2. Poder de dirección empresarial

Por su parte, la facultad de dirección del empresario se halla regulada en el art. 20.3 ET que delimita las facultades del empresario, que establece que el “*el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad*”. De este precepto se deduce que son muchos los instrumentos de que dispone el empresario para poder proceder a dicho control, tales como los sistemas de videovigilancia, controles sobre el ordenador, intervención de las conversaciones telefónicas, etc.

⁸ De junio de 2012. Disponible en <http://www.teledislab.es/descargas/libroblancoteletrabajoespana.pdf>

⁹ ALIAGA CASANOVA, A.C., “El teletrabajo, la necesidad de su regulación legal y el respeto a la intimidad”, en *Diario La Ley*, 2001 (versión on line) citando a CARRASCOSA LÓPEZ, V., “Protección de datos de carácter personal”, en *Estudios Jurídicos. Secretarios Judiciales*, núm. 1, 2000. p. 460.

¹⁰ STC 209/1988, de 10 de noviembre.

¹¹ STC 254/1983, de 20 de julio.

¹² STC 88/1985, de 19 de julio.

Siendo una de las características básicas del teletrabajo, el que éste se realiza, en principio, fuera del ámbito de dirección y control directo por parte del empresario, se plantea en qué medida y cómo va a existir dicho control.

Cabe señalar, en primer lugar, que el poder de dirección y control del empresario no desaparece por completo, sino que se ve matizado. Es decir, no existe un control directo ni constante, pero sí puede existir una cierta vigilancia, pues sin la misma, no se estaría ante una auténtica relación laboral al faltar la nota de dependencia. De ahí que se haya planteado la posibilidad de que el teletrabajo no fuera una relación laboral, sino trabajo por cuenta propia.

De cualquier forma, y en relación con esta facultad de control, la doctrina considera que en el teletrabajo sí existe una vigilancia, aunque limitada, básicamente, al inicio y al fin de la relación laboral. No obstante, con las facilidades ofrecidas por las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, se ofrecen al empresario nuevos cauces de control que permiten una vigilancia casi constante de la prestación laboral.

En este sentido, las posibilidades que los nuevos medios audiovisuales e informáticos ofrecen a las empresas son muy variadas, si bien cuando tales medios se ponen a disposición del ejercicio de los poderes empresariales, hay que prestar especial cautela.

Así, aunque se ha afirmado que el teletrabajo es un medio para modernizar la organización laboral de la empresa y, al mismo tiempo, una forma de cumplir la prestación laboral que permite a los trabajadores conciliar su vida laboral y familiar, atribuyéndoles una mayor autonomía organizativa, lo que es cierto en muchos casos en los que el teletrabajo dota al trabajador de un cierto grado de libertad, permitiéndole llevar a cabo su tarea sin hallarse bajo el constante control del empresario, también es verdad que en otras ocasiones, el recurso a esos nuevos sistemas de comunicación permitirán incrementar ese control hasta el punto de posibilitar la intromisión en la esfera privada del trabajador¹³.

En definitiva, la regulación actual se revela insuficiente en el caso del teletrabajo donde la frontera del derecho a la inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones e inviolabilidad de los datos personales puede ser traspasada con facilidad por el empresario.

3. TELETRABAJO E INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO

3.1. Prevención de riesgos laborales e inviolabilidad del domicilio

Uno de los mayores problemas con que se tropieza el teletrabajador es el derivado de su propia naturaleza de ser, es decir, el hecho de que el teletrabajo se preste

¹³ MELLÁ MÉNDEZ, L., (Edit.), *Trabajo a distancia y teletrabajo*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015. p. 121.

en un lugar fuera del centro de trabajo, generalmente, en el propio domicilio del teletrabajador, pues se plantea el problema de su conjugación con el deber básico del empresario derivado de la LPRL, concretamente, de sus arts. 3 y 14 de velar por la seguridad y salud de los trabajadores. Es decir, esta obligación empresarial encuentra su principal obstáculo en que el trabajador no se encuentra presente en el centro de trabajo, por lo que la falta de presencia física del trabajador ante el empresario, le priva a éste de sus facultades para poder llevar a cabo una adecuada protección en materia de seguridad y salud en el trabajo.

De hecho, según el art. 5 RD 488/1997¹⁴ señala que el empresario debe informar directamente a cada trabajador sobre los riesgos específicos que afectan a su puesto de trabajo y las medidas de protección y prevención aplicables, garantizando una formación adecuada de cada trabajador sobre el uso de equipos antes de empezar a trabajar y cada vez que se modifique la organización del trabajo.

No obstante, cabe señalar que el art. 29 LPRL también establece unas obligaciones dirigidas a los trabajadores, como la de velar por su propia seguridad y salud en el trabajo y, en particular, usar correctamente los aparatos y otros medios con que se desarrolla su actividad. Por tanto, el art. 29 LPRL obliga a los teletrabajadores a utilizar adecuadamente los medios de trabajo.

De ahí, que un sector de la doctrina¹⁵ señala que en esta materia existe una corresponsabilidad entre el empresario y el teletrabajador en materia de seguridad, existiendo un reparto obligacional en materia de seguridad, de manera que el empresario sólo responde de aquello que se encuentre en su ámbito obligacional.

Por ello, es necesario que se haga constar en el contrato de trabajo de forma expresa la forma y tiempo en que el empresario debe realizar las visitas al domicilio del teletrabajador para comprobar el estado de los equipos de trabajo y cumplir con su obligación del art. 14 LPRL. Es decir, debería establecerse de forma expresa cómo y cuándo el empresario deberá proceder a realizar una visita inicial al domicilio del teletrabajador así como las posteriores visitas periódicas, limitando también la parte de la vivienda en que se ejecute la prestación laboral¹⁶.

3.2. Instalación de videocámaras en el domicilio del teletrabajador

El art. 20.3 ET permite al empresario que adopte “las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real

¹⁴ De 14 de abril, sobre trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización de datos.

¹⁵ ALIAGA CASANOVA, A.C., “El teletrabajo, la necesidad... *op. cit.*”

¹⁶ THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*. Madrid: CES, 2000. p. 168.

de los trabajadores con discapacidad”. Asimismo, el art. 7 LO 1/1982¹⁷ considera intromisión ilegítima el uso de medios de escucha, ópticos, de filmación, etc. destinados a grabar o conocer la vida íntima de la persona.

Según la doctrina¹⁸, pese a este límite de la LO 1/1982, ello no significa que se establezca una prohibición de la instalación de dispositivos de vigilancia de vídeo y audio, sino que se limita su uso a la vigilancia de la prestación del trabajador, pues lo que se prohíbe son las conductas que incurran en una ilegal utilización de los medios disponibles. Por tanto, dicha ley no debe interpretarse como interdicción de la tecnología de control en la empresa, sino limitativa de conductas que incurran en uso torticero de los medios tecnológicos.

De cualquier forma, la clave se halla en que la instalación de sistemas de control de audio y vídeo como norma general debe responder a razones técnicas, productivas o de seguridad y cumpliendo una serie de condiciones. Así, según el TC el derecho a la intimidad no es absoluto ni ilimitado, pues puede “ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revela como necesario para lograr el fin legítimo, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho”.

Como señala un sector doctrinal¹⁹, en realidad, las razones técnicas difícilmente van a concurrir en el ámbito del teletrabajo, puesto que puede realizarse el control del trabajo mediante medios telemáticos. Sin embargo, podrían concurrir razones de seguridad para la adecuada protección de los equipos o cuando el teletrabajador tenga acceso a datos sensibles. El objeto a proteger debe ser realmente valioso para legitimar la intromisión en la intimidad del domicilio, y deberá limitarse la filmación a la zona en que se desempeñe el trabajo.

Según el TC, la instalación de un circuito cerrado de televisión en la zona en la que el trabajador desarrolla sus funciones fue una medida justificada, al existir sospechas razonables de comisión de irregularidades por parte del trabajador; idónea para la finalidad pretendida, consistente en verificar si el trabajador cometía irregularidades, adoptando en tal caso medidas disciplinarias; necesaria, ya que la grabación serviría de prueba de las irregularidades; y equilibrada, por cuanto se limitó a una zona de caja y por un período de tiempo determinado, suficiente para comprobar que no era un hecho aislado o una confusión.

Es decir, el empleo de dispositivos de control audiovisual se considera lícito si los mismos están a la vista, y el control se lleva a cabo con exclusión de dependencias

¹⁷ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

¹⁸ DEL VALLE VILAR, M.J., “El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación del trabajo”, en *AL*, Tomo III, 1991. p. 488.

¹⁹ THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral... op. cit.* p. 149.

privadas y se limita a un uso interno y sin difusión²⁰. Además, la vigilancia debe recaer sobre la actividad laboral del trabajador aunque excepcionalmente, se admite la videovigilancia como medida de supervisión de la conducta del trabajador fuera de su tiempo y lugar de trabajo, cuando de ella se detrae una transgresión de la buena fe contractual²¹. Según la última doctrina constitucional²², es suficiente con que la empresa coloque pegatinas informadoras de la existencia de videovigilancia, pues ello considera que no vulnera el derecho a la intimidad del trabajador, ya que permite el conocimiento de la existencia de control.

No obstante, no se considera legítima aquella grabación de una cámara que se instala como vigilancia inicial, ya que no se acredita que existieran desapariciones de objetos en la empresa, ni que el trabajador fuera sospechoso de dicho comportamiento. Tampoco resulta necesaria dicha medida, pues “resulta extraño que se coloquen determinados objetos en una mesa en un lugar de paso dentro de cajas que se abren sin dificultad alguna, y luego se instale una cámara para vigilar esa mesa, como si no pudieran existir en la empresa medios habituales (locales cerrados, cajas cerradas) de proteger los objetos cuya sustracción se quería evitar”²³.

La doctrina en relación a los requisitos para que las pruebas obtenidas mediante la grabación de imágenes en cámara de vídeo se puede sintetizar, en primer lugar, en que se obtenga en el ejercicio regular de los poderes de vigilancia y control, de tal forma que no se consideran idóneas las instaladas en lugares de la empresa donde no se desarrolla la relación laboral como aseos o vestuarios. Por ello, en el ámbito del teletrabajo, se deberá instalar únicamente en el lugar en que el trabajador preste sus servicios. De ahí, que se proponga la separación del local de trabajo del resto de la vivienda, en la medida de lo posible²⁴.

En segundo lugar, debe informarse previamente al trabajador de la posibilidad de que se capten imágenes con la finalidad de controlar la actividad laboral y que no se utilizan para finalidades distintas de aquellas para las que el trabajador ha sido informado. Este informe previo al trabajador será excepcionado en los casos de indicios razonables de realización de actos contrarios a la buena fe contractual que puedan merecer sanción de despido. Así el TS²⁵ ha declarado ilícita la grabación de imágenes sin previa información a los trabajadores en un caso sobre posibles incumplimientos

²⁰ SSTSJ Galicia, de 21 de abril de 1995, rec. núm. 1036/1995; Galicia, de 29 de marzo de 2001, rec. núm. 1119/2001.

²¹ STSJ Madrid, de 1 de julio de 1994, rec. núm. 6001/1993.

²² STC 39/2916, de 3 de marzo. Literalmente señala que “el empresario no necesita el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidas a través de las cámaras instaladas en la empresa con la finalidad de seguridad o control laboral, ya que se trata de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral y es conforme con el artículo 20.3 TRET”.

²³ STSJ Madrid, de 12 de marzo de 2012, rec. núm. 5929/2011.

²⁴ LEONÉS SALIDO, J. M., “Razones urgentes para una regulación del teletrabajo en España”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 432, 2000. p. 26.

²⁵ STS de 13 de mayo de 2014, rec. núm. 1685/2013.

laborales genéricos. Es decir, se considera que por parte de la empresa “no se dio información previa a la trabajadora de la posibilidad de tal tipo de grabación ni de la finalidad de dichas cámaras instaladas permanentemente, ni lo que resultaría más trascendente, tampoco se informó con carácter previo ni posterior a la instalación, a la representación de los trabajadores de las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse”²⁶. Considera, en fin, que es irrelevante que la existencia de las cámaras fuera apreciable o que éstas llevaran los distintos preceptivos, pues lo relevante es que se omitió la información previa y expresa a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral. En el caso del teletrabajador, además de cumplir con todos estos requisitos, también precisa el permiso del titular para su colocación en el lugar específico del mismo en que se lleve a cabo la prestación de los servicios por el trabajador, debiendo ser desconectadas a la finalización de la actividad laboral. Dicha autorización también se necesitaría en casos en los que el empresario pretenda acceder a dichos espacios a fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones del trabajador.

Por último, se debe respetar la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador, estando sujetas las medidas de vídeo al triple test de proporcionalidad.

Según la última doctrina jurisprudencial la instalación de cámaras es lícito y no vulnera ningún derecho fundamental cuando además los trabajadores han sido informados expresamente de la instalación del sistema de vigilancia y de la ubicación de las mismas por razones de seguridad, expresión que incluye la vigilancia de actos ilícitos de los empleados y de terceros y en definitiva de la seguridad del centro de trabajo²⁷. Pero además también lo considera lícito, aunque no se informe previamente al trabajador, si la instalación de la cámara se realiza por existir sospecha de una conducta irregular y se coloca a la vista de los trabajadores, aunque éstos no sean advertidos de su posible uso con fines disciplinarios, pues entiende que en el ámbito laboral, el consentimiento del trabajador para el tratamiento por la empresa de sus datos de carácter personal pasa a un segundo plano, ya que el consentimiento se entiende implícito en la relación negocial, siempre que el tratamiento de dichos datos sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes y no se lesionen derechos fundamentales del trabajador²⁸.

4. TELETRABAJO Y SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.

En el teletrabajo el uso de las nuevas tecnologías de la información, concretamente, internet y el correo electrónico, constituye una herramienta

²⁶ STS de 13 de mayo de 2014, rec. núm. 1685/2013.

²⁷ STS de 31 de enero de 2017, rec. núm. 3331/2015.

²⁸ STS de 2 de febrero de 2017, rec. núm. 554/2016.

indispensable y básica, por lo que cabe plantearse la problemática que surge en relación al mismo y el poder de control del empresario.

La característica de este control consiste en que el mismo se proyecta sobre instrumentos de producción que han sido facilitados por la empresa a sus trabajadores para la ejecución del trabajo, pero al mismo tiempo son instrumentos que se convierten, en el caso de los teletrabajadores, de uso personal por parte de éstos, realizándose incluso a través de los comunicaciones con terceros.

4.1. El control del correo electrónico

El art. 18.3 CE recoge el derecho al secreto de las comunicaciones, salvo autorización judicial. Por su parte, como se ha dicho, el empresario, según el art. 20 ET, tiene facultad para controlar la ejecución de la prestación de trabajo por parte de sus empleados, y el uso que de los instrumentos de trabajo realizan, siempre que ello respete el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones del teletrabajador.

El problema se plantea en que para poder controlar el correo electrónico, el empresario debe proceder a la monitorización, esto es, la intromisión en el contenido de los mensajes, identificando, como mínimo, el emisor y el destinatario, lo que ello supone directamente una violación del secreto de las comunicaciones²⁹. Se hace necesario así definir lo que es el correo electrónico, el cual según la Directiva 2002/58/CE³⁰ en su art. 2 h) señala que es “*todo mensaje de texto, voz, sonido o imagen enviado a través de una red de comunicaciones pública que pueda almacenarse en la red o en el equipo terminal del receptor hasta que éste acceda al mismo*”. Es decir, el correo electrónico es un mensaje, de variado tipo, que se envía a través de una red específica.

El TC ha señalado que cuando se tratan de conciliar los derechos de control del empresario y de la intimidad del trabajador, se deriva del art. 10 CE “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana”³¹. No obstante, reconoce que “el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes”. Asimismo, señala que el poder de dirección del empresario y sus facultades de control del art. 20.3 ET tienen su límite en el respeto a la dignidad del trabajador.

²⁹ STC 114/1984, de 29 de noviembre.

³⁰ De 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los Datos Personales y a la Protección de la Intimidad en el Sector de las Comunicaciones Electrónicas.

³¹ STC 98/2000, de 10 de abril.

El TC³² realiza una interpretación tecnológicamente actualizada del derecho al secreto de las comunicaciones, entendiendo que el mismo ofrece tutela frente a las interferencias en todo tipo de comunicación, independientemente de la técnica de transmisión utilizada y con independencia del contenido del mensaje. La protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan otros derechos³³. Así, el TC en relación al concepto de secreto del art. 18.3 CE señala que el mismo tiene un carácter formal en tanto se predica de lo comunicado, con independencia del contenido, pertenezca o no al ámbito de lo personal o reservado. La comunicación es secreta y lo es cual sea su contenido, ni siquiera el mecanismo de la autorización judicial varía esa naturaleza. Se trata de un derecho objetivo, sea cual sea el ámbito objeto del concepto de comunicación. La norma constitucional se dirige “a garantizar su impenetrabilidad por terceros públicos o privados dada la eficacia erga omnes del derecho mismo y, por tanto y también al empresario, al que el contrato de trabajo no le convierte en interlocutor de las comunicaciones que sus trabajadores lleven a cabo entre sí o con terceras personas”³⁴.

Para evaluar la legitimidad del control empresarial sobre el uso del correo electrónico, se deberá aplicar la doctrina del TC³⁵ referente al criterio de proporcionalidad, esto es, la superación del triple juicio de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Es decir, las limitaciones de los derechos fundamentales deben ser “las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes”³⁶.

En todo caso, para analizar este conflicto cabe tener presente si se han establecido una serie de pautas vía negociación colectiva, pacto de empresa, contrato individual o instrucciones del empresario o, por el contrario, no existe nada expreso en este sentido.

En el primer caso, esto es, si se ha establecido en el contrato, en el convenio colectivo, pacto de empresa o código de conducta interno que el uso del correo electrónico está limitado a asuntos laborales, no atenta contra la intimidad del trabajador el establecimiento de controles sistemáticos no arbitrarios a los trabajadores e incluso a un teletrabajador concreto con causa justificada, siempre que se haya informado, como se ha dicho, al teletrabajador de dicha instalación. La razón de ello, como declara la

³² SSTC 114/1984, de 29 de noviembre; 123/2002, de 20 de mayo.

³³ STC 70/2002, de 3 de abril.

³⁴ STS de 26 de septiembre de 2007, rec. núm. 966/2006.

³⁵ STC 98/2000, de 10 de abril.

³⁶ STC 98/2000, de 10 de abril.

doctrina judicial, es que “no nos encontramos en presencia de una correspondencia privada entre particulares cuyo secreto debe ser preservado, sino ante una utilización indebida de medios e instrumentos de la empresa para fines ajenos a los estrictamente laborales, pudiendo la empleadora ejercer un control sobre la forma de utilizar tales medios, que son de su propiedad”³⁷. De esta forma, cuando existan sospechas de que un teletrabajador esté utilizando el correo electrónico para fines personales puede ser requerido para monitorizar su correo³⁸. Además, el TC³⁹ entiende que es suficiente con que sea el convenio colectivo el que prohíba el uso del correo electrónico para usos diversos al profesional, sin requerirse que el empresario avise de forma expresa a los trabajadores. Por tanto, aunque la empresa no protocolice una política corporativa al respecto, la prohibición establecida en el convenio es suficiente para entender que no queda vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones por parte del poder de dirección empresarial.

De cualquier forma, según el art. 64.1.4 d) ET, para establecer un sistema general de control del correo electrónico, se requiere, además de la información previa a los trabajadores, un informe previo del comité de empresa.

En el caso de que no exista ningún pacto o protocolo interno sobre el uso del correo electrónico, ni que los trabajadores hayan recibido información al respecto, se aplicará la doctrina del TC de que la medida debe estar justificada, debe ser idónea para la finalidad pretendida, necesaria y proporcionada. De hecho, a efectos de prueba en un proceso judicial, el art. 11.1 LOPJ señala que “*no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”.

Un sector doctrinal⁴⁰ aboga por aplicar a estos supuestos el art. 18 ET sobre registros personales a trabajadores, de tal forma que para los registros personales se requiere la presencia de un representante legal de los trabajadores, y en caso de no haberlo, de otro trabajador. Lo que no parece que sea exigible es el consentimiento del teletrabajador, por el equilibrio que exige la intimidad con el poder de dirección del empresario.

De cualquier forma, cabe señalar que el Grupo de Trabajo del art. 29 de la Directiva 95/46/CE, en el documento de trabajo relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo⁴¹, establece una serie de pautas aconsejables para, partiendo de una tolerancia matizada en cuanto a la admisión de

³⁷ STSJ Cataluña, de 5 de julio de 2000, rec. núm. 1718/2000.

³⁸ STSJ Asturias, de 30 de enero de 2015, rec. núm. 28/2015, que declara que no existe vulneración del derecho a la intimidad por el registro del ordenador del trabajador cuando estaba prohibida la utilización de los recursos telemáticos de la empresa para actividades no relacionadas con el puesto de trabajo y el trabajador había firmado un documento de confidencialidad en que la empresa se reserva el derecho de revisar los mensajes de correo electrónico.

³⁹ STC 170/2013, de 7 de octubre.

⁴⁰ ALIAGA CASANOVA, A.C., “El teletrabajo, la necesidad... *op. cit.*”

⁴¹ Documento 5401/01/ES/Final WP55, aprobado el 29 de mayo de 2002. Disponible en http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2002/wp55_es.pdf

ciertos usos privados del trabajador, intentar situar el conflicto en sus justos términos. Desde el Grupo se apuesta por las políticas de transparencia informativa “salvo si existen razones imperiosas que justifiquen la continuación de la vigilancia encubierta, lo que normalmente no sucede”. Para que pueda garantizarse el equilibrio entre el derecho a la vida privada del trabajador y el del empresario de controlar el funcionamiento de su empresa, deben aplicarse los siguientes principios: necesidad de la vigilancia para un objetivo específico; la vigilancia de las comunicaciones electrónicas es la última ratio, proporcionalidad; principio de calidad de datos, esto es, adecuación, pertinencia y necesidad; finalidad de los datos, puesto que “deben recogerse con fines determinados, explícitos y legítimos, y no ser tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines”; conservación vinculada a finalidad; transparencia informando previamente al interesado de las políticas de uso de los recursos; los mensajes electrónicos deben beneficiarse de la misma protección de los derechos fundamentales que el correo tradicional; y el consentimiento del trabajador no se considera suficiente, pues deberá limitarse a los casos en los que el trabajador pueda expresarse de forma totalmente libre y tenga la posibilidad de rectificar posteriormente sin verse perjudicado por ello.

El TC⁴² considera que el secreto de las comunicaciones y la intimidad no se ve afectado en un caso en que la empresa accede a los ficheros informáticos en que quedaban registradas las conversaciones de dos trabajadoras a través de un programa de mensajería instalado por ellas mismas sin autorización de la empresa, en un ordenador de uso común y sin clave de acceso. El TC entiende que el grado de intensidad del poder de vigilancia del empresario debe ser valorado en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y una de las herramientas informáticas y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas por el empresario a tal fin. Sostiene que el hecho de que los ordenadores sean de uso común permite afirmar que la pretensión de secreto carece de cobertura constitucional, pues las conversaciones de las trabajadoras quedan fuera de la protección constitucional del secreto de las comunicaciones por tratarse de formas de envío que se configuran legalmente como comunicación abierta, esto es, no secreta.

Así la doctrina judicial⁴³ ha declarado procedente el despido disciplinario por la inadecuada utilización por parte de una trabajadora del correo electrónico al utilizarlo para fines no estrictamente profesionales.

En definitiva, no se trata de negar la facultad del empresario de controlar el uso de los medios informáticos, pero sí de exigir que en su ejercicio se utilicen métodos de control respetuosos con los derechos fundamentales. En definitiva, de realizar un esfuerzo que permita conciliar los intereses de ambas partes⁴⁴.

⁴² STC 241/2012, de 17 de diciembre.

⁴³ STSJ Cataluña, de 13 de junio de 2016, rec. núm. 2131/2016.

⁴⁴ CARDONA RUBERT, M.B., “La privacidad del teletrabajador”, en *TyD*, núm. 24, 2016 (versión on line)

4.2. La navegación por internet

Respecto al uso de internet cabe remitirse a lo previsto para el correo electrónico, es decir, la legitimidad del trabajador para utilizar internet para fines personales y la facultad del empresario de controlar dicho uso.

Cabe señalar que hasta el 2007 no existía un criterio uniforme en la doctrina judicial. Para un sector⁴⁵, el control se justificaba en función de que fuera un medio de producción del que es titular la empresa y que se proporciona para el desarrollo del trabajo. Para otro sector⁴⁶, el control tenía que partir de la advertencia previa sobre su existencia. Y otro⁴⁷ consideraba que el control tenía que someterse a las exigencias que para los registros personales establece el art. 18 ET.

Fue en 2007 cuando el TS⁴⁸ marcó un punto de inflexión al indicar que esta facultad empresarial de controlar el uso del ordenador por parte de los trabajadores no puede regirse por las reglas sobre registro de taquillas del art. 18 ET, sino que, por el contrario, son los poderes empresariales ordinarios de vigilancia y control de la actividad laboral del art. 20.3 ET los que facultan al empleador para la fiscalización del uso del ordenador de sus empleados. Y ello porque el puesto de la norma del art. 18 ET “es completamente distinto del que se produce con el control de los medios informáticos en el trabajo”, pues el art. 18 ET atribuye al empresario un poder extraordinario que excede del que se deriva de su posición en el contrato de trabajo. Además, señala que la empresa debe “establecer previamente las reglas de uso de estos medios –con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- e informar a los trabajadores de que va a existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones”⁴⁹.

⁴⁵ SSTSJ Murcia, de 15 de junio de 1999, rec. núm. 620/1999; Cataluña, de 5 de julio de 2000, rec. núm. 1718/2000; Cataluña, de 14 de noviembre de 2000, rec. núm. 4854/2000; Andalucía, de 9 de mayo de 2003, rec. núm. 591/2003.

⁴⁶ SSTSJ Comunidad Valenciana, de 19 de julio de 2005, rec. núm. 1343/2005; Comunidad Valenciana, de 4 de julio de 2007, rec. núm. 1846/2007.

⁴⁷ SSTSJ Andalucía, de 25 de febrero de 2000, rec. núm. 2207/1999; Cantabria, de 20 de febrero de 2004, rec. núm. 47/2004; Cantabria, de 23 de febrero de 2004, rec. núm. 46/2004; Cantabria, de 26 de agosto de 2004, rec. núm. 840/2004; Cataluña, de 4 de noviembre de 2004, rec. núm. 3603/2004; Castilla-La Mancha, de 17 de mayo de 2006, rec. núm. 1282/2005.

⁴⁸ STS de 26 de septiembre de 2007, rec. núm. 966/2006.

⁴⁹ STS de 26 de septiembre de 2007, rec. núm. 966/2006. Asimismo es seguido por la doctrina judicial, SSTSJ Comunidad Valenciana, de 5 de octubre de 2010, rec. núm. 2195/2010; Comunidad Valenciana, de 28 de septiembre de 2010, rec. núm. 1480/2010.

Esta doctrina es reiterada posteriormente por el TS⁵⁰ cuando señala que es exigencia de la buena fe el concretar, previamente, el uso de los medios informáticos y su control, y que, si antes se ha tolerado el uso personal, la medida de control del ordenador sin advertencia previa supone una lesión del derecho a la intimidad.

Posteriormente, el TS ha entendido que la sola formulación de una prohibición absoluta en el uso de los medios informáticos por parte de la empresa implica la inexistencia de un margen para una expectativa razonable de intimidad por suponer “implícita la advertencia sobre la posible instalación de sistemas de control del uso del ordenador”⁵¹. Ello supone sustituir la exigencia de transparencia en los controles por una indicación del empresario de prohibición absoluta, quebrando la línea jurisprudencial establecida hasta ese momento y distanciándose del criterio seguido por la AEPD en el sentido de considerar los elementos analizados de establecimiento de reglas de uso y advertencia y control como acumulativos y no optativos⁵².

Por tanto, en este ámbito del control de los dispositivos electrónicos, estos medios de comunicación pueden estar sometidos a instrucciones de uso y reglas de control del empresario que deben ser conocidas y respetadas por el trabajador y que pueden justificar, en su caso, una intervención de control del poder del empresario. Si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales, no hay tampoco derecho para hacerlo en unas condiciones que impongan un respeto a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, porque, al no existir una situación de tolerancia del uso personal, tampoco existe ya una expectativa razonable de intimidad, y porque si el uso personal es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte⁵³. Se parte de que el empresario en cuanto titular del medio de trabajo y del poder de dirección en la empresa puede prohibir los usos personales del ordenador, por lo que el trabajador sabe que su acción no es lícita y “sabe también que está utilizando un medio que, al estar lícitamente sometido a la vigilancia de otro, ya no constituye un ámbito protegido para su intimidad”.

Es más, las herramientas informáticas pueden cumplir, y así lo cumplen, un papel como instrumento de control a distancia. Esta vigilancia se refuerza sobre todo en la modalidad de teletrabajo on line, pues se estará en presencia de un control constante cuando el trabajador, además de la obligación de ponerse en contacto con la empresa tanto al inicio como al final de su jornada de trabajo por medio del denominado “dispositivo de presencia”, deba mantener abierta una comunicación continua y bidireccional con ésta, por lo que el control de su presencia virtual se perfila con contornos similares al que se produciría si físicamente estuviera presente en las propias

⁵⁰ STS de 8 de marzo de 2011, rec. núm. 1836/2010.

⁵¹ STS de 6 de octubre de 2011, rec. núm. 4053/2010, seguida por las SSTSJ Andalucía, de 14 de noviembre de 2013, rec. núm. 2083/2013; Extremadura, de 17 de diciembre de 2014, st. núm. 656/2014.

⁵² DE LAS HERAS GARCÍA, A., *El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas*. Madrid: CEF, 2016. p. 76.

⁵³ STS de 6 de octubre de 2011, rec. núm. 4053/2010.

instalaciones de la empresa. En los casos de teletrabajo on line pero con únicamente contactos puntuales o unidireccionales, la vigilancia se mitigará, llegándose a ser muy débil en la modalidad off line.

Como señala nuestro alto tribunal, en relación a la colisión del derecho de intimidad del trabajador con la facultad de control del empresario, “el conflicto surgirá, pues, si las órdenes del empresario sobre la utilización del ordenador –propiedad del empresario- o si las instrucciones del empresario al respecto –en su caso la inexistencia de tales instrucciones- permitiesen entender, de acuerdo con ciertos usos sociales, que existía una situación de tolerancia para un uso del personal moderado de tales medios informáticos, en cuyo caso existiría una “expectativa razonable de confidencialidad” para el trabajador por el uso irregular, aparentemente tolerado, con la consiguiente restricción de la facultad de control empresarial, que quedaría limitada al examen imprescindible para comprobar que el medio informático había sido utilizado para usos distintos de los de su cometido laboral. Sólo si hay un derecho que pueda ser lesionado habrá un conflicto entre este derecho y las facultades de control del empresario, que, a su vez, pueden conectarse con la libertad de empresa, el derecho de propiedad y la posición empresarial en el contrato de trabajo. La cuestión clave –admitida la facultad de control del empresario y la licitud de una prohibición absoluta de los usos personales- consiste en determinar si existe o no un derecho del trabajador a que se respete su intimidad cuando, en contra de la prohibición del empresario o con una advertencia expresa o implícita de control, utiliza el ordenador para fines personales. La respuesta parece clara: si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales, no habrá tampoco derecho para hacerlo en unas condiciones que imponga un respeto a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, porque, al no existir una situación de tolerancia del uso personal, tampoco existe ya una expectativa razonable de intimidad y porque, si el uso personal es lícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo. La doctrina científica, habla de los actos de disposición que voluntariamente bajan las barreras de la intimidad o del secreto. Una de las formas de bajar tales barreras es la utilización de un soporte que está sometido a cierta publicidad o a la inspección de otra persona: quien manda una postal, en lugar de una carta cerrada, sabe que el secreto no afectará a lo que está a la vista; quien entra en el ordenador sometido al control de otro, que ha prohibido los usos personales y que tiene ex lege facultades de control, sabe que no tiene una garantía de confidencialidad”⁵⁴.

Según la recién doctrina constitucional⁵⁵, que acoge el giro del TS, viene a establecer que la prohibición absoluta del uso de las herramientas informáticas de titularidad empresarial a través del convenio legitima el poder de control empresarial y rompe toda expectativa de intimidad, pudiendo éste fiscalizar el uso de las herramientas

⁵⁴ STS de 6 de octubre de 2011, rec. núm. 4053/2010.

⁵⁵ STC 170/2013, de 7 de octubre.

tanto a efectos de vigilancia del cumplimiento de la prestación laboral, como para comprobar si su utilización se hace para fines profesionales o para fines distintos de los relacionados con la prestación laboral. En otras palabras, el TC⁵⁶ señala que el correo electrónico queda dentro del ámbito del derecho al secreto de las comunicaciones, y por ende, excluido tanto de la vigilancia como del control del empleador, con salvedades notables, de tal forma que la regla general es que es incompatible con los usos personales.

Por tanto, estas oscilaciones de la jurisprudencia de nuestros tribunales que han pasado desde un reconocimiento preeminente de los derechos fundamentales del trabajador frente al poder de dirección empresarial, pasando por la defensa de un equilibrio entre ambos, para pasar a defender una yuxtaposición del poder de dirección y control empresarial respecto de aquellos, debe buscarse una interpretación alternativa⁵⁷.

En este sentido, la doctrina judicial⁵⁸ declara la procedencia del despido disciplinario de un trabajador que, vulneró la prohibición del uso de ordenadores y acceso a internet para fines ajenos a la actividad de la empresa que había indicado el código de conducta corporativo. Por el contrario, se declara improcedente cuando el empresario no había prohibido de forma expresa el uso del ordenador para fines particulares, ni exista ninguna declaración al respecto en el convenio colectivo⁵⁹.

Por ello, se propone que se establezca en el acuerdo de teletrabajo las reglas de uso de los medios informáticos en aras de una seguridad jurídica, tanto para los trabajadores como para la empresa, donde se especifiquen qué comportamientos están expresamente prohibidos, los que son inocuos y los que están permitidos pero con restricciones.

5. TELETRABAJO Y PROTECCIÓN DE DATOS

Los teletrabajadores también pueden ver vulnerado su derecho a la protección de datos de carácter personal, pues la gestión informatizada del personal permite que todos los datos concernientes al contrato de trabajo sean incluidos en la base de datos de la empresa.

⁵⁶ SSTC 170/2013, de 7 de octubre; 241/2012, de 17 de diciembre; 173/2011, de 7 de noviembre.

⁵⁷ DE LAS HERAS GARCÍA, A., *El teletrabajo en España... op. cit.* p. 78.

⁵⁸ STSJ Madrid, de 26 de enero de 2015, rec. núm. 679/2014. En términos similares, SSTSJ Extremadura, de 17 de diciembre de 2014, rec. núm. 543/2014; País Vasco, de 29 de septiembre de 2015, rec. núm. 1245/2015. Esta última enjuicia el caso de un trabajador que había navegado por internet para fines particulares ajenos al trabajo, pese a la prohibición absoluta fijada por la empresa, accediendo al perfil personal de otro compañero a través del servidor de un cliente por control remoto.

⁵⁹ STSJ Cataluña, de 16 de diciembre de 2016, rec. núm. 6194/2016.

La incorporación de las técnicas informáticas en el mundo laboral incide sobre la esfera de ejercicio del poder del empresario, aumentando su capacidad de control, pues no en vano, se identifica a las tecnológicas informáticas con las tecnologías de control⁶⁰.

Este poder afecta a la esfera de derechos fundamentales del teletrabajador. La protección que el ordenamiento español proporciona a esta faceta de la intimidad se despliega frente a intromisiones indeseadas en la privacidad del individuo y frente a su utilización ilegítima. Así la LOPD⁶¹ es la que regula legalmente a efectos profesionales.

En relación al teletrabajo, el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo exige al empleador que cumpla la normativa de tratamiento de datos y adopte medidas adecuadas para garantizar que los datos de carácter personal sean utilizados únicamente a efectos laborales.

La protección de datos se construye alrededor del concepto de autodeterminación informativa o libertad informática, entendida como el derecho de control sobre los datos personales (art. 6 LOPD) y que en el ámbito laboral se concreta en el concepto de intimidad informática del teletrabajador. Se trata de un mecanismo de garantía de otros derechos, como el de la intimidad, pero es también un derecho fundamental en sí mismo⁶². El TC⁶³ ha diferenciado entre el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE y el derecho fundamental a la protección de datos, pues tienen un objeto, contenido y función diferente. Así, la función del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir de todo conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad, mientras que el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. Por su parte, el objeto del derecho de la protección de datos es más amplio que el derecho a la intimidad, puesto que el derecho a la protección de datos extiende su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el art. 18.1 CE, sino a lo que el TC ha definido como esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. El objeto del derecho a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo. Por último, en cuanto al contenido, el derecho a la intimidad confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido, mientras que el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos de hacer.

⁶⁰ CARDONA RUBERT, M.B., “La privacidad del teletrabajador... *op. cit.*”

⁶¹ LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

⁶² STC 254/1993, de 20 de julio.

⁶³ STC 292/2000, de 30 de noviembre.

La LOPD establece unos principios básicos de protección de datos en la relación laboral a efectos de evitar los efectos perversos de su utilización. Uno de estos principios es el del consentimiento, pues el art. 6.1 LOPD establece como requisito sine qua non el consentimiento del afectado para proceder al tratamiento de datos que incumban a su personal, salvo que la Ley disponga otra cosa, exceptuando de la obtención del consentimiento a los datos que se refieren a personas vinculadas por una relación laboral y sean necesarios para su mantenimiento, disposición aplicable pues a los trabajadores. De esta forma, el empresario está legitimado para proceder al tratamiento de datos de carácter personal sin el consentimiento de los teletrabajadores. La razón de ser se halla en que el legislador es consciente de la necesidad del empresario de disponer de información de sus trabajadores.

Cuestión distinta es la información sobre la creación y existencia del fichero, pues siempre que se requieran datos personales de su titular es necesario recabar el consentimiento, para lo cual se le informará previamente de modo expreso, preciso e inequívoco de los extremos del art. 5.1 LOPD, concretamente, sobre la existencia de un fichero automatizado, finalidad de la recogida de datos y destinatarios de la información; carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas; las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos; la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación y cancelación; y la identidad y dirección del responsable del fichero.

Por otro lado, en el caso de que el empresario tenga acceso a información adicional sobre el teletrabajador, sin que se haya producido una petición relativa a tales extremos por parte de aquél sino que el mismo trabajador haya facilitado dicha información de forma voluntaria, ya sea de forma intencionada o no, según las exigencias de la buena fe contractual cabe entender que no debería incluirse en los ficheros de la empresa.

El TS⁶⁴ considera nula por abusiva aquella cláusula del contrato de trabajo que prevé la cesión de datos personales del trabajador a la empresa –concretamente, el correo electrónico y el número de teléfono- para que ésta pueda comunicar con el trabajador, vía SMS o e-mail, para “cualquier asunto relacionado con el contrato de trabajo o la relación laboral”. Entiende que es abusiva en tanto que antepone la libertad de empresa al derecho a la protección de datos personales del trabajador, pues según el art. 6.2 LOPDC en el marco del contrato de trabajo el consentimiento no se exige, pues algunos datos personales son precisos para el perfeccionamiento del mismo, pero otros, como el correo electrónico o el número de teléfono, no son datos profesionales sino personales.

⁶⁴ STS de 21 de septiembre de 2015, rec. núm. 259/2014.

6. CONCLUSIÓN

No cabe duda que para el teletrabajador, la tutela de la intimidad y la confidencialidad de los datos de éste deviene imprescindible. Cualquier sistema de control debe respetar la privacidad del teletrabajador, y debe ser proporcional en relación con su finalidad⁶⁵. Por ello, se necesita una regulación más precisa del teletrabajo en el que se establezcan una serie de pautas para la tutela de dichos derechos fundamentales.

Así, debería establecerse que la visita inicial al domicilio del teletrabajador para la instalación de los instrumentos de trabajo, así como las posteriores visitas de inspección, y en materia de seguridad y salud en el trabajo se anunciaran con antelación al teletrabajador, limitándose también a la parte del domicilio donde ejerce su actividad laboral⁶⁶. En segundo lugar, el establecimiento de sistemas de control, incluidos los de audio y vídeo, debe ser justificado y proporcionado al fin perseguido, debiendo establecerse la obligación del empresario de informar de antemano de las razones que las motivan, de las horas, de los métodos y de las técnicas empleadas. En tercer lugar, debe determinarse que, en defecto de convenio colectivo, de pacto empresarial o de acuerdo en el contrato de trabajo, el uso del correo electrónico y la navegación por internet debe limitarse, en principio, a fines laborales, y para la instalación de sistemas de control, debe indicarse que el empresario debe informar a los trabajadores previamente, indicándoles el tipo de control y la finalidad que con el mismo se persigue. En el caso de que por convenio, pacto de empresa o pacto en el contrato de trabajo se permitiera su uso para fines particulares, el control se debe limitar a los profesionales. En cuarto lugar, en materia de protección de datos, se debería establecer que el tratamiento de los datos no debe conducir a una actuación ilícita o discriminatoria en materia de empleo u ocupación y que las decisiones relativas a un trabajador no se deben basar exclusivamente en un tratamiento informático de los datos personales. Se debería recordar expresamente el deber de información del empresario en la recogida y tratamiento de datos⁶⁷.

No cabe duda que uno de los ámbitos en los que se podría establecer una regulación sobre el teletrabajo y recoger todos estos aspectos es en la negociación colectiva, donde se deberían delimitar con claridad las facultades de control del empresario y la protección del derecho a la intimidad del teletrabajador.

De cualquier modo, no sería desacertado promover la tolerancia de un cierto uso privado de estos medios tecnológicos, pues la prohibición absoluta puede repercutir en un efecto indeseado⁶⁸.

⁶⁵ SAN de 31 de mayo de 2004, proc. núm. 207/2003.

⁶⁶ ALIAGA CASANOVA, A.C., "El teletrabajo, la necesidad... *op. cit.*

⁶⁷ ALIAGA CASANOVA, A.C., "El teletrabajo, la necesidad... *op. cit.*

⁶⁸ CARDONA RUBERT, M.B., "La privacidad del teletrabajador... *op. cit.*

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALIAGA CASANOVA, A.C., “El teletrabajo, la necesidad de su regulación legal y el respeto a la intimidad”, en *Diario La Ley*, 2001 (versión on line)
- CARDONA RUBERT, M.B., “La privacidad del teletrabajador”, en *TyD*, núm. 24, 2016 (versión on line)
- CERVILLA GARZÓN, M.J.; JOVER RAMÍREZ, C., “Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 4, 2015, (versión on line)
- DE LAS HERAS GARCÍA, A., *El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas*. Madrid: CEF, 2016.
- DEL VALLE VILAR, M.J., “El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación del trabajo”, en *AL*, Tomo III, 1991.
- LEONÉS SALIDO, J. M., “Razones urgentes para una regulación del teletrabajo en España”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 432, 2000.
- MELLÁ MÉNDEZ, L., (Edit.), *Trabajo a distancia y teletrabajo*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*. Pamplona: Aranzadi, 2002.
- THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*. Madrid: CES, 2000.