



ANTRÀS
ABOGADOS ASOCIADOS

Desde 1940



OCTUBRE 2019

NEWSLETTER

INFORMACIONES LABORALES

Octubre 2019



La utilización de videocámaras en el centro de trabajo como mecanismo de control.

Ya hace años que las empresas, con objetivos diversos, utilizan dispositivos de videovigilancia en el centro de trabajo. En los últimos años, la simplificación, abaratamiento y mayor portabilidad de este tipo de tecnologías han determinado un uso más intensivo y, paralelamente, que se hayan incrementado los conflictos derivados de su utilización. Una mayor conflictividad a la que ha coadyuvado una normativa no lo suficiente clara y precisa en algunos puntos.

La utilización de sistemas de videovigilancia con finalidad de control laboral se halla amparada por el art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET) conforme al cual “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”. Una facultad que, con relación a las videocámaras es explícitamente reconocida por el art. 89 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDP), cuando establece que “1. Los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras 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. Los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida”.

¿Significa todo ello que las empresas tengan absoluta libertad para utilizar las videocámaras como mecanismo de control? La respuesta, a la luz de las normas existentes y de la jurisprudencia existente, es no. Veamos cuales son esas reglas:

- 1- Como criterio general, y conforme a ese mismo art. 89, la utilización de videocámaras deberá ser informada “con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes”. Una información que además debería ser acompañada del uso de los [dispositivos informativos de videovigilancia](#) previstos en el art. 22 de la LOPDP por cuanto los mismos servirán de información a terceros que eventualmente puedan ser captados por dichas cámaras.
- 2- Adicionalmente, debe tenerse en consideración que el art. 64 del ET exige que la empresa consulte, y no sólo informe, a los representantes de los trabajadores “la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo”, entre



los que habrían de incluirse los sistemas de videovigilancia.

3- Respecto al eventual uso de sistemas de videovigilancia ocultos, el art. 89 de la LOPDP, de manera un tanto confusa, tras haber exigido información previa, expresa, clara y concisa, admite, no obstante que, en el supuesto de la captación de la comisión flagrante de un acto ilícito, dicha información se entienda cumplida cuando “existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta ley orgánica”. Parecería de esta forma, que, en consonancia con la STC 39/2016, de 3 de marzo (asunto Bershka), se admitiría el uso de videocámaras ocultas cuando tuviesen por objeto la captación de un hecho ilícito sobre el que existiesen sospechas previas y siempre que existiese, en el centro de trabajo y en un lugar visible pero no necesariamente en el lugar de ubicación de la cámara, el dispositivo informativo genérico al que se refiere el art. 22 de la LOPDP. La muy reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2019 (asunto López Ribalda), tras admitir la validez de una videograbación oculta desarrollada en un centro comercial español ante las sospechas de comisión de sustracciones económicas relevantes por parte de un grupo de empleados, advierte, no obstante, que dicha motorización oculta no será posible ante la más mínima sospecha de apropiación indebida o cualquier otra irregularidad por parte del personal empleado sino sólo cuando exista una sospecha razonable sobre la comisión de una conducta irregular grave atendiendo al valor de las pérdidas o a la causación, por el número de trabajadores implicados, de una atmósfera general de desconfianza en el lugar de trabajo. Exigiendo, adicionalmente, que el control sea limitado en el tiempo y limitado a la zona donde se proyecta la sospecha.

4- ¿Resulta lícita la utilización de sistemas de videovigilancia para el control ordinario de la prestación de servicios? En atención a lo señalado, la utilización de sistemas de control ocultos parecería que no sería viable. Mayores dudas puede suscitar la monitorización no oculta. No obstante, y aunque no existe una jurisprudencia clara y consolidada al respecto, parecería que tampoco este tipo de control, con los matices que se señalarán, superaría el control de constitucionalidad/legalidad. Al respecto, debe tenerse en consideración que el Tribunal Europeo ha considerado ilegal la grabación no oculta de profesores en el aula universitaria (sentencia 28 de noviembre 2017, asunto Antović y Mirković) por considerar que existe un espacio de intimidad incluso en el desarrollo de actividades profesionales o actividades que tienen lugar en un contexto público. Creemos, no obstante, que, con cautelas, sería admisible la monitorización visible cuando la implementación se acompañase de garantías y condiciones que permitiesen la superación de los juicios de necesidad y proporcionalidad (así, por ejemplo, cuando la monitorización fuese un medio necesario para garantizar la seguridad y salud de las personas y bienes empresariales o tuviese un alcance temporal limitado).

5- En cualquier caso, queda prohibida expresamente y de forma tajante, “en ningún caso”, la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos. Serían todos aquellos espacios que se pueden considerar de máxima privacidad. Un supuesto al que habría que añadir, por incidir, en otros derechos, la grabación del acceso a los locales destinados a los representantes de los trabajadores.



La admisibilidad de sistemas de grabación de sonidos es mucho más restringida por cuanto la LOPDP advierte que únicamente se permitirá cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías de información previa (con la excepción prevista para las cámaras ocultas) y prohibición de uso en espacios de máxima privacidad.

Adicionalmente, la instalación de videocámaras debe sujetarse al conjunto de obligaciones que en materia de tratamiento de datos se establece en la LOPDP (designación de un delegado de protección de datos en aquellos casos en que sea obligatorio; elaboración, en todo caso de un registro de actividades referido a este tratamiento, obligación documental de carácter interno...).

En cualquier caso, la validez de las pruebas obtenidas y la evitación de las, en algunos casos muy cuantiosas, sanciones económicas previstas en la LOPDP aconsejan que la instalación de este tipo de sistemas de control sea supervisado y realizado con las mayores garantías posibles.

Comentarios en redes sociales y despido disciplinario.

Recientemente se hacía pública una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la que se confirmaba una sentencia de instancia que había declarado procedente el despido de un trabajador por una serie de comentarios vertidos en su cuenta personal de Twitter. No es esta la primera ocasión en la que un Tribunal se pronuncia sobre la cuestión y en el mismo sentido, pero conviene hacer un repaso a algunos puntos que pueden ser relevantes.

Las opiniones y comentarios vertidos en las redes sociales por los trabajadores y trabajadoras constituyen, en principio, una

manifestación de su libertad de expresión y, en algunos casos, de información. Sin embargo, que constituyan una manifestación de esos derechos fundamentales no significa, que estemos siempre y, en todo caso, ante manifestaciones lícitas de tales derechos. Cabe recordar que los derechos a la intimidad, al honor, a la integridad moral, y la buena fe constituyen límites a su ejercicio y que, por ello, los Tribunales han amparado en determinadas circunstancias el ejercicio del poder disciplinario ante comentarios efectuados en redes sociales.

Los Tribunales al enjuiciar estos supuestos efectúan un juicio de proporcionalidad en el que tienen en cuenta, obviamente, el contenido de los mensajes, siendo más restrictivos con la libertad de expresión cuando se vierten comentarios despectivos u ofensivos respecto al empresario o los compañeros que sobre situaciones sociolaborales en la empresa, máxime si las mismas se producen en contextos de conflictividad laboral.

Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Navarra de 21 de febrero de 2014 declaró improcedente el despido de una trabajadora por cuanto no consideró, en un contexto de conflictividad, que comentarios como “estamos hartos de la opresión” revistiesen de especial importancia para injuriar a la empresa, ni tampoco de la suficiente publicidad, al ser borrados después de publicarse, aunque no se especificase cuándo. Por el contrario, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 23 de febrero de 2012 consideró que publicar en redes un video manipulado en el que se identificaba a un jefe con Hitler sí suponía un ataque con evidente y “específico ánimo injurioso”, calificando el despido como procedente.

También resulta un factor relevante en el juicio de proporcionalidad desarrollado por los tribunales el daño causado a la empresa, valorándose de esta forma, que hayan tenido una publicidad suficiente y gocen de potencial



para dañar el prestigio de la empresa. En esta línea, el Tribunal Superior de Cataluña, el 30 de enero de 2013, confirmó la improcedencia del despido de un trabajador de un hotel por publicar en Twitter que dos personajes famosos se alojaban allí. No se consideró que el hecho, aunque sancionable, causase un daño reputacional ni tuviese la publicidad suficiente como para imponer la sanción de despido.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de julio de 2019 considera irrelevante para valorar el daño reputacional causado en la empresa y el carácter ofensivo de los mensajes que el trabajador no mencione expresamente a la empresa, si por su identificación en la red social era identificable el trabajador e, indirectamente, las personas a las que hacía referencia calificando, por ejemplo, a la responsable de ventas como *“cacho de mierda”*.

Debe destacarse que, aunque los comentarios no se refieran a la empresa o a compañeros de trabajo, si resultan ofensivos para otros colectivos también pueden ser sancionables con el despido, si quien emite el mensaje de mal gusto se identifica como trabajador de la empresa y con ello causa un daño a la reputación de la empresa. Así, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Palma de Mallorca, sentencia de 28 de febrero de 2018 consideró procedente el despido de un dependiente de Primark por los comentarios realizados en Facebook. La sentencia consideró que los comentarios iban más allá de lo que el trabajador en su defensa calificó como humor negro y que dada su identificación como trabajador de Primark en su Facebook ello había causado un evidente daño reputacional a la marca, por cuanto las críticas a su comportamiento y su vinculación con la empresa se habían hecho virales.



A vueltas con los riders: ¿próxima entrega en Plaza de la Villa de París, s/n, 28071 Madrid?

La reciente STSJ de Madrid de 19 de septiembre de 2019 ha confirmado, con un voto particular, la sentencia del Juzgado de lo Social que había desestimado las 3 demandas planteadas por un repartidor de Glovo. La sentencia descartó la laboralidad de la relación entre la plataforma y el trabajador y consideró que estábamos ante un TRADE (trabajador autónomo dependiente). Una consideración que es confirmada por el TSJ de Madrid que considera, en base a las siguientes circunstancias, que el repartidor organizaba con total autonomía su propia actividad sin sometimiento alguno al círculo rector y organicista empresarial:

- *Libertad de elección de la franja horaria en la que deseaba trabajar.*
- *Libertad para aceptar los pedidos que desea realizar, pudiendo rechazarlos incluso una vez iniciada su ejecución.*
- *Libertad para elegir la ruta para llegar al destino fijado por el cliente, que es quien establece las características del producto y la forma de entrega, estableciéndose una relación directa entre el repartidor y el cliente.*
- *Realización personal de la actividad sin tener trabajadores a su cargo, siendo los medios materiales empleados (una moto y un teléfono móvil) del propio repartidor.*
- *Afiliación al régimen especial de trabajo autónomo..*
- *Retribución basada en el número de servicios prestados y no fijada por unidad de tiempo.*
- *Inexistencia de pacto de exclusividad.*
- *No necesidad de justificar las ausencias bastando su mera comunicación.*
- *Asunción de la responsabilidad del buen fin del servicio, cobrándolo solo si el cliente terminaba satisfecho, y asunción frente al cliente final de los daños o pérdidas que pudiera sufrir el producto durante el transporte.*

La trascendencia de esta sentencia viene determinada, no tanto por su contenido o razonamientos, sino por la conclusión divergente a la que llega, en comparación con otras sentencias, significativamente con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 25 de julio también de este año, respecto a la calificación jurídica que merece el trabajo desarrollado en el ámbito de las plataformas digitales de trabajo a demanda. Una contradicción que, tal vez, suponga el paso necesario para que el Tribunal Supremo pueda pronunciarse de manera, si no definitiva, sí más concluyente.