

Geolocalización lícita, probablemente desproporcionada. La necesidad de una vigilancia cualitativa, no cuantitativa.

Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

Resumen: *Para el TEDH es lícita la vigilancia realizada por un empleador al trabajador instalando un GPS en el coche de empresa, que está activo 24 horas los 7 días de la semana, cuando se ha informado y la vigilancia busca la protección del patrimonio empresarial o verificar el cumplimiento del horario de trabajo. Incluso cuando se instala un segundo GPS oculto ante las dudas sobre la manipulación del primero por parte del trabajador.*

Palabras clave: *Vigilancia. Geolocalización. Cumplimiento de deberes laborales. Privacidad.*

Abstract: *For the ECtHR, surveillance carried out by an employer on his employee by installing a GPS in the company car that is active 24 hours a day, 7 days a week is lawful when the employer has been informed and the surveillance is aimed at protecting the company's assets or verifying compliance with working hours. Even when a second hidden GPS is installed due to doubts about the manipulation of the first one by the worker.*

Keywords: *Surveillance. Geolocation. Compliance with work duties. Privacy.*

I. Introducción

Una nueva sentencia del TEDH aborda de nuevo el problema que presenta la vigilancia en el lugar de trabajo y los límites que el derecho a la intimidad y a la protección de datos del trabajador imponen al empresario. Frente a la inicial posición restrictiva mantenida por el TEDH en las sentencias *Barbulescu* (2017) y *Antonovic* (2018), donde declaraba que la vigilancia había sido desproporcionada, en los últimos tiempos se comprueba una clara tendencia restrictiva de los derechos de las personas trabajadoras o, mejor dicho, una tendencia expansiva del derecho al control y vigilancia por parte del empleador, como ocurriera en el asunto López Ribalda, donde ciertamente había pocos medios alternativos de control por parte empresarial, pero, sobre todo, en el asunto que ahora se aborda (*Florindo de Almeida*) en el que probablemente existían medios alternativos menos incisivos para conseguir la finalidad lícita de control manifestada por el empleador.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Europeo de Derechos Fundamentales (Sección cuarta).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia de 13 de diciembre de 2022

Tipo y número procedimiento: demanda núm. 26968/16

ECLI:CE:ECHR:2022:1213JUD002696816

Fuente: HUDOC ECHR

Ponente: Excmo. Sr. D. Yonko Grozev

Votos Particulares: Si.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El demandante es un visitador médico al que la empresa le entrega un coche para realizar su trabajo, informándole de que puede usarlo para fines profesionales y privados, si bien los kilómetros que realicen privadamente deben ser compensados a la empresa. Aunque se venían controlando los kilómetros, en un momento determinado la empresa decide establecer un procedimiento más exacto para la gestión de las reclamaciones por gastos de viaje de negocios de los empleados. Todos los representantes médicos debían registrar, utilizando una aplicación informática llamada "Customer Relationship Management" ("CRM"), sus actividades diarias, semanales y mensuales, visitas, ausencias, gastos y el calendario de futuras visitas. La empresa informó a todos los afectados de la instalación del GPS y de su finalidad (seguridad de vehículos y equipos, así como para optimizar las rutas utilizadas para ventas y promoción y articular de manera más efectiva la actividad de los agentes comerciales de la empresa). Se advertía igualmente de que el dispositivo también permitía identificar y registrar, para su uso posterior, la ubicación del vehículo y los kilómetros recorridos en el transcurso de la actividad, especificando que el acceso a la información obtenida sólo la tendrían las personas responsables de la aprobación de visitas y gastos y que era confidencial. Se señalaba que "en caso de sospechas fundadas sobre las declaraciones de un empleado, la empresa podrá cotejar en cualquier momento la información facilitada por el empleado en el sistema de notificación de visitas con la información del sistema de posicionamiento". Esta información fue firmada por todos los afectados que se comprometían a respetar el procedimiento establecido, entre ellos el demandante. La instalación de estos dispositivos había sido puesta en conocimiento de la agencia de protección de datos portuguesa.

El demandante interpuso reclamación ante la agencia de protección de datos de Portugal (CNPD), que fue desestimada por considerar que la empresa no había infringido el marco legislativo sobre protección de datos. No consta que haya impugnado la resolución ante los tribunales contencioso-administrativos.

Ante la constatación de ciertas anomalías, el GPS instalado en el vehículo del demandante fue objeto de una inspección técnica, comprobándose que, en ocasiones, el GPS no funcionaba o estaba desactivado descubriendo el técnico que se había eliminado el mapa GSM del GPS, por lo que lo volvió a poner en el dispositivo. La empresa instaló un segundo GPS en el vehículo del demandante. La sociedad encargada del tratamiento de datos (exteriorizada), elaboró un informe relativo al dispositivo GPS instalado en el vehículo de empresa del demandante en el que se concluía que el mal funcionamiento del GPS de ese vehículo se debió a una intervención externa, teniendo en cuenta que todos los demás dispositivos instalados en la flota de vehículos de la compañía funcionaban normalmente.

Se inició procedimiento disciplinario contra el trabajador al comprobar que el número de kilómetros notificados entre el 16 y el 26 de mayo de 2014 por el primer GPS era siempre inferior al notificado por el segundo GPS. Sobre la base del control cruzado de los datos recogidos por el GPS instalado en el vehículo y de la información que ésta había registrado en el CRM, se imputaba al trabajador haber aumentado el

número de kilómetros recorridos con carácter profesional para diluir los kilómetros recorridos en el marco de viajes privados los fines de semana o días festivos. También se acusó a la demandante de manipular el GPS al retirar la tarjeta GSM del dispositivo y utilizar técnicas de interferencia. Por último, se alegaba que no trabajaba 8 horas al día, sobre la base de datos GPS basado en la hora de arranque del vehículo y la hora de parada al final del día.

El despido fue impugnado por el trabajador alegando que el tratamiento de datos del GPS era ilegal porque el seguimiento se podía llevar a cabo de otro modo (controlando los kilómetros declarados con las distancias entre los lugares de visitas) y que no tenía un horario fijo porque era representante médico y su horario dependía de las visitas y el tiempo dedicado por los médicos. Negó cualquier responsabilidad por el mal funcionamiento del GPS instalado en su vehículo y concluyó que había sido despedido porque era delegado sindical y uno de los empleados con más años de servicio en la empresa y, por lo tanto, el más propenso a reclamar sus derechos

Los tribunales nacionales consideraron el despido procedente y negaron que se hubieran vulnerado los derechos del trabajador a la intimidad o la protección de datos. Declararon probado que sólo después de la inspección técnica del GPS instalado en el vehículo el empresario se consideró al demandante responsable del mal funcionamiento del GPS. En relación con la alegación de que el sistema de geolocalización era ilegal a la luz de los fines perseguidos por la empresa, el tribunal de instancia declaró que el dispositivo no constituía un medio de vigilancia a distancia prohibido por el Código de Trabajo y que, incluso aunque se tratara de un medio de ese tipo, los datos que transmitió no estaban comprendidos en el ámbito de la vida privada: “dado que el vehículo puesto a disposición por el empresario es una herramienta absolutamente indispensable para el desempeño de las tareas asignadas al demandante y que el coste fue asumido íntegramente por el empresario, es comprensible que la demandada quiera –especialmente en el contexto de la grave crisis económica que vivimos desde hace algunos años– adoptar medidas para poder gestionar racionalmente los medios que se le encomiendan y poder garantizar que estos medios se emplean realmente con el propósito de realizar funciones profesionales, y no para ningún otro propósito. En una flota de diez vehículos, el uso inadecuado de esos medios puede representar un perjuicio significativo para el demandado”. A la luz de lo anterior, concluyó que el uso de un dispositivo GPS por parte del demandado era un medio de control legal fuera del alcance del monitoreo remoto prohibido y que no se había vulnerado la privacidad o la dignidad humana del demandante. Por consiguiente, los datos recogidos por dicho aparato son válidos y justificativos del despido.

En apelación la sentencia se confirma, aunque sobre la base de un razonamiento diferente. La sentencia declara que la utilización de un dispositivo GPS en un contexto profesional para controlar la actividad de un empleado sí constituye un medio de control a distancia en el sentido del artículo 20, apartado 1, del Código de Trabajo y como tal, prohibido, pues permite no sólo conocer la ubicación aproximada de una persona, sino también, como demuestra el caso examinado, la hora de inicio y la hora de finalización de un viaje, los lugares de partida y llegada, la distancia recorrida, la velocidad, etc. tiempo de tráfico y tiempo pasado en una parada, en tanto registra una parte muy significativa *de datos de la vida* del trabajador. A este respecto, declaró que, si el dispositivo GPS se utilizó para monitorear el cumplimiento del horario de trabajo, el lugar de trabajo, las visitas realizadas, su uso fue el de monitorear el desempeño profesional y por ello prohibido. Pero considera que el uso del GPS para determinar los kilómetros recorridos no está comprendido en el ámbito del “control del rendimiento profesional” que es lo único que está prohibido en los artículos 20 y 21 del Código de Trabajo portugués y que, por tanto, el control del kilometraje no incurre en infracción, en cuanto que no entraba en el control del rendimiento del trabajo. El Tribunal concluye que el despido del demandante era fundado. Consideró que el trabajador, al no haber contabilizado los kilómetros que había recorrido profesionalmente e interferir en el funcionamiento del dispositivo GPS instalado en su vehículo, había intentado

impedir la correcta transmisión de los datos de geolocalización y, por tanto, había incumplido su deber de lealtad hacia su empresario.

Junto al procedimiento por despido el demandante había abierto otro contra la propia agencia de protección de datos denunciándola porque se había filtrado que él había sido el autor de la denuncia de la empresa en la agencia. La agencia portuguesa confirma que por error el anonimato solo se garantiza en la fase inicial del procedimiento y que la empresa pudo conocer quien fue el denunciante cuando su abogado consultó el expediente. Pero precisa que el anonimato no constituye una obligación jurídica.

Por otro lado, a raíz de la denuncia presentada por otro empleado de la misma empresa, la agencia de protección de datos emitió resolución declarando que la empresa no le había solicitado autorización preceptiva para la instalación de los GPS, aunque la había informado. Por ello considera que el tratamiento de datos no puede iniciarse hasta que se obtenga la autorización, pero no sanciona a la empresa al no estar tipificado. La agencia observa que se había despedido a trabajadores sobre la base de los datos recopilados mediante el sistema de geolocalización, por lo que ante la falta de autorización impuso una medida provisional ordenando a la empresa cesar en todo procesamiento de datos personales y abstenerse de utilizar la información ya recopilada. La empresa impugnó la decisión. En el marco de este procedimiento la agencia certificó que había desestimado una denuncia sobre el sistema de geolocalización controvertido, debido a que se había cumplido la obligación de notificación de la empresa, pero que no había podido analizar, debido a la escasez de recursos humanos, el tratamiento de datos personales resultante de tal sistema. Por otra resolución de la agencia de protección de datos portuguesa se autorizó finalmente a la empresa a utilizar el sistema de GPS dado que la empresa en la nueva solicitud había indicado que la finalidad era “facilitar, por un lado, la gestión de la flota en servicio externo y, por otro lado, la presentación de denuncias penales en caso de robo”. En su resolución, la CNPD recordó los principios aplicables y señaló que no podía haber geolocalización cuando el vehículo de la empresa se utilizaba con fines privados y que, por lo tanto, la empresa tenía que encontrar una solución para hacer inaccesible la geolocalización en esas situaciones. Declaró que el período de retención de los datos de geolocalización era de una semana.

IV. Posición de las partes

La parte demandante alega que el tratamiento de datos de geolocalización obtenidos por el sistema y su despido sobre la base de estos datos vulneraron su derecho al respeto de su vida privada con arreglo al artículo 8 del Convenio porque no habían sido autorizadas por la CNPD agencia de datos portuguesa y porque considera que existían medios menos intrusivos para controlar el kilometraje. En relación con la vulneración del art. 6 CEDH considera que el despido vulnera el derecho a un proceso justo al basarse exclusivamente en pruebas ilegales (datos recogidos por el GPS)

El Gobierno portugués afirma que el trabajador fue informado por su empleador de la instalación del GPS, de los fines perseguidos con la medida y de que la información podría ser base de un procedimiento disciplinario. Además, aduce que el sistema era adecuado para garantizar la gestión de la flota de vehículos y para proteger la seguridad de las personas y de los bienes y señala que no había medios menos intrusivos para hacerlo. Destaca que el ordenamiento portugués cuenta con normas que garantizan los derechos de los trabajadores a su vida privada. En particular, los arts. 20 y 21 del TB, la Ley de protección de datos y la agencia protección de datos (CNPD) responsable de supervisar el uso de los datos personales. Considera que ha cumplido sus obligaciones positivas de proteger el derecho del demandante al respeto de su vida privada y que se han ponderado adecuadamente los derechos en juego por parte de los tribunales. En relación con el art. 6 CEDH alega que el demandante nunca ha impugnado la autenticidad de la información recogida mediante el controvertido dispositivo GPS, sino únicamente su utilización en su contra, siendo la información corroborada por otras pruebas. No se vulnera el art. 6 CEDH porque disfrutó de todas

las garantías procesales y obtuvo de los tribunales una respuesta razonable y fundada en Derecho.

V. Normativa aplicable al caso

- CEDH: Art. 8 CEDH sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar y la necesidad de que las posibles injerencias en este derecho estén previstas en la Ley y constituyas una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para, entre otras cosas (como la seguridad nacional, defensa, etc.) "la protección de los derechos y las libertades de los demás". Art. 6 CEDH derecho a un juicio justo.

- Constitución Portuguesa. Art. 26, reconociendo el derecho a la "intimidad de su vida privada y familiar".

- Código del Trabajo portugués: Ley n.º de 12 de febrero de 2009: Art. 20. Medios de control a distancia "1. El empresario no podrá utilizar medios de control a distancia en los lugares de trabajo, en particular utilizando equipos tecnológicos, con el fin de controlar el rendimiento profesional del trabajador. 2. La utilización de los equipos a que se refiere el apartado anterior será lícita cuando tenga por objeto la protección y seguridad de las personas y bienes, o cuando esté justificado por exigencias especiales inherentes a la naturaleza de la actividad. 3. En los supuestos a que se refieren los apartados anteriores, el empresario informará al trabajador de la existencia y finalidad de la finalidad de los medios de control establecidos mediante la fijación, en su caso, en los lugares previstos de un mensaje del tipo "lugar bajo vigilancia" o "lugar bajo videovigilancia con grabación de imágenes y sonidos ", seguido de un símbolo identificativo. 4. El incumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 constituirá infracción muy grave y el incumplimiento de las del apartado 3 una falta. Art. 21. Utilización de medios de control a distancia. "1. La utilización de medios de televigilancia en los centros de trabajo estará sujeta a la autorización del Supervisor Nacional de Protección de Datos. 2. La autorización sólo podrá concederse si la utilización de los medios es necesaria, adecuada y proporcionado a los fines perseguidos. 3. Los datos personales recogidos mediante televigilancia se conservarán durante el período necesario para perseguir los fines para los que se tratan. Se destruirán cuando el empleado sea trasladado a otro puesto o cuando finalice el contrato de trabajo. 4. La solicitud de autorización a que se refiere el apartado 1 deberá ir acompañada del dictamen del comité de personal comité de personal o, si no se dispone de dicho dictamen diez días después de la consulta, de una copia de la solicitud del dictamen. 5. El incumplimiento de lo dispuesto en el apartado 3 constituirá una infracción grave. "

VI. Doctrina básica

El TEDH considera que no existe violación del art. 8 (derecho a la vida privada) porque el trabajador conocía la instalación del GPS para controlar las distancias recorridas en el marco de su actividad profesional y, en su caso, en los desplazamientos privados. Asimismo, señala que el tribunal de apelación, al limitar los datos lícitos tan sólo a los de geolocalización relativos a las distancias recorridas, había reducido el alcance de la intromisión en la vida privada del demandante a lo estrictamente necesario para alcanzar el fin legítimo perseguido, a saber, el control de los bienes de la empresa, realizando una ponderación razonable de los derechos en juego. Tampoco considera que exista violación del derecho a un proceso justo (art. 6 CEDH) al usar los datos de geolocalización relativos a las distancias recorridas por el demandante en su vehículo de empresa al haber sido obtenidos legalmente.

VII. Parte dispositiva

El TEDH declara, por cuatro votos contra tres, que no ha habido violación ni del art. 8 CEDH ni del art. 6 CEDH.

VIII. Pasajes decisivos

- “116. (...) acreditado que el demandante había sido informado de que todo vehículo que se le entregara estaría equipado con un dispositivo GPS (...) firmó el documento de 5 de enero de 2012, que la empresa había enviado a los trabajadores afectados y que se refería a la instalación de este dispositivo y a los motivos de esta medida (...) este documento precisaba claramente que este dispositivo estaba destinado, en particular, a controlar los kilómetros recorridos en el ejercicio de las funciones de los empleados. También indicaba que se podía incoar un procedimiento disciplinario contra cualquier empleado en caso de incoherencias entre los datos kilométricos proporcionados por el GPS y la información proporcionada por los empleados (...), la empresa especificó que la finalidad de este sistema era aumentar la fiabilidad de la información sobre la distancia recorrida que era registrada por los empleados en el CRM, una aplicación informática a tal efecto creada en la empresa (...). Por lo tanto, no cabe duda de que el demandante sabía que la empresa había instalado en su vehículo un sistema GPS para controlar los kilómetros recorridos en el marco de su actividad profesional y, en su caso, durante sus desplazamientos privados (...).”

- “119. (...) el Tribunal de Apelación (...) dictaminó que los datos de geolocalización obtenidos por la empresa para controlar el rendimiento de los empleados entraban en el ámbito de la televigilancia prohibida por el artículo 20 § 1 del CPC y eran ilegales. Sin embargo, sostuvo que los datos de geolocalización que reflejaban los kilómetros recorridos no entraban en el ámbito del telecontrol en el sentido de dicha disposición y, por tanto, no eran ilegales (...) el Tribunal de Apelación no invalidó todos los datos de geolocalización impugnados, sino únicamente los que consistían en controlar la actividad profesional del trabajador” ; “120 (...) al retener únicamente los datos de geolocalización relativos a la distancia recorrida, el Tribunal de Apelación redujo el alcance de la intrusión en la vida privada de la demandante a lo estrictamente necesario para alcanzar un fin legítimo, a saber, el control de los gastos de la sociedad”.

- “121. (...) el demandante no niega que se le exigió que justificara los kilómetros recorridos no sólo en el marco de su actividad profesional, sino también a título privado, para, en este último caso, reembolsar a la empresa los correspondientes gastos. No obstante, alegó que existían medios menos intrusivos para garantizar dicho control, como explicó ante los órganos jurisdiccionales nacionales”; “122. (...) en la sentencia Vila Real, el Tribunal de Justicia declaró, entre otras cosas, que, a falta de tal sistema, sería difícil controlar los kilómetros recorridos de manera profesional y privado. El Tribunal de Apelación de Guimarães, por su parte consideró que no era necesario revisar este punto, dada la decisión que estaba a punto de pronunciarse sobre los hechos del caso (véase el apartado 59 supra). El Tribunal de Justicia no ve ninguna razón para sostener lo contrario ya que, de hecho, sólo los datos de geolocalización relativos a la distancia recorrida fueron aceptados por el Tribunal de Apelación de Guimarães contra el demandante a raíz del procedimiento judicial relativo a su despido”.

- 123. (...) la difusión de esta información fue muy limitada. En efecto, sólo los responsables de la asignación y aprobación de visitas y gastos tenían acceso a dichos datos de geolocalización.

- 124. “Dicho todo esto, y más concretamente el hecho de que la demandante no haya impugnado la resolución dictada por la CNPD en relación con la denuncia que presentó ante ella para queja por la instalación del dispositivo GPS en su vehículo de empresa, parece claro que el Tribunal de Apelación de Guimarães no podía haber hecho más de lo que hizo, sabiendo que debía pronunciarse únicamente sobre el motivo del despido del recurrente. Por consiguiente, el Tribunal de Primera Instancia considera que el Tribunal de Apelación de Guimarães ponderó detalladamente el derecho del demandante al respeto de su vida privada y el derecho de su empresario a garantizar el buen funcionamiento de la empresa, teniendo en cuenta la finalidad

legítima perseguida por la empresa, a saber, el derecho a controlar sus los gastos. Por lo tanto, el margen de apreciación del Estado en el presente asunto no fue rebasado”.

- 135 “(...) el Tribunal de Apelación de Guimarães, fallando en última instancia, consideró que la utilización del dispositivo de geolocalización para conocer la distancia recorrida no era contraria al artículo 20, apartado 1, del Código del Trabajo, es decir, que no era ilegal. Sin embargo, se trata de una cuestión de interpretación del Derecho interno que no parece manifiestamente irrazonable”.

- 136 “el demandante había tenido conocimiento de que se le había acusado de haber aumentado el número de kilómetros recorridos en el marco de una actividad profesional (...) impugnó la autenticidad de esta información ante los tribunales nacionales (...). Teniendo en cuenta los documentos adjuntos al expediente, así como las declaraciones de los testigos de las partes, el tribunal de Vila Real consideró no obstante probado que el recurrente había incrementado en CRM el kilometraje recorrido a título profesional e interferido en el funcionamiento del dispositivo GPS instalado en su vehículo (...). Señala además que el demandante no impugnó válidamente estos elementos de hecho ante el Tribunal de Apelación. En particular, señala que no impugna el punto de los hechos declarados probados, que se refería a las diferencias entre la información sobre los kilómetros recorridos que el recurrente había registrado en el CRM y los precedentes del dispositivo GPS”.

- 137. “la sentencia del Tribunal de Apelación de Guimarães de 3 de marzo de 2016 no se basa únicamente en los datos de geolocalización controvertidos, sino en un conjunto de elementos de prueba, entre ellos el expediente del procedimiento sancionador, los informes de la empresa informática T y las declaraciones de las partes y de sus testigos”.

- 138 “Además, señala que el demandante pudo impugnar su despido ante los tribunales nacionales presentando los argumentos y pruebas que consideraba pertinentes para su defensa, (...) valorados en un procedimiento contradictorio y (la sentencia) debidamente motivada de hecho y de Derecho, la valoración que se ha realizado no parece ni arbitraria ni manifiestamente irrazonable”.

IX. Comentario

La STEDH de 13 de diciembre de 2022, demanda 26968/2016, dictada en el caso *Florindo de Almeida Vasconcelos Gramaxo contra Portugal* alcanza la conclusión de que no se ha vulnerado el derecho a la vida privada y a la intimidad (art. 8 CEDH) aplicando los mismos parámetros ya ofrecidos en otras sentencias en las que se ha confrontado el poder de vigilancia electrónica del empleador y los derechos fundamentales del trabajador (test *Barbulescu*) y sobre la base de unos hechos declarados probados y que deben subrayarse, tales como: a) el trabajador ha sido *informado* con carácter previo y de modo claro y preciso sobre el objetivo de la vigilancia, un sistema GPS para controlar los kilómetros recorridos en el marco de su actividad profesional y, en su caso, durante sus desplazamientos privados (porque aunque el uso del vehículo era permitido, los kilómetros en los desplazamientos privados debían pagarse a la empresa); b) el despido es consecuencia de la *sospecha de irregularidades* por las incoherencias entre los datos kilométricos proporcionados por el GPS y la información proporcionada por el empleado; c) frente a la licitud de los datos de geolocalización de todo el tiempo controlado (24/7) declarada por el tribunal de instancia, el tribunal de apelación consideró nulos los datos recogidos relativos al desempeño del trabajador (prohibidos por la normativa laboral portuguesa) y declaró sólo lícitos los relativos al cumplimiento del tiempo de trabajo y al control del kilometraje, esto es, redujo el ámbito de injerencia a los datos estrictamente legales; d) no se ha cuestionado la realidad de que se hacían más kilómetros de los declarados; e) los tribunales consideran que no había medios menos intrusivos; f) la difusión de los datos sólo fue conocida por los responsables de gastos; g) el demandado interpuso una queja ante la CNPD (agencia protección de datos) por la instalación del dispositivo GPS en su vehículo de empresa, que fue desestimada pero no fue recurrida por el demandante. Declarada la legalidad de la injerencia y la licitud de los datos obtenidos

para proceder al despido, considera que no se ha vulnerado el derecho a un proceso equitativo (art. 6 CEDH) porque ha dispuesto de todas las garantías y medios de defensa para mantener su posición, si bien no ha impugnado que el número de kilómetros demostrado por la empresa no fuera real, y las sentencias nacionales han ponderado los derechos en juego de modo motivado y con argumentos jurídicos razonables y no arbitrarios.

La decisión adoptada por el TEDH resulta polémica, como pone de manifiesto el hecho de que la haya sido apoyada por cuatro de los miembros de la sección, siendo sin embargo cuestionada por los otros tres miembros que la conformaban mediante un voto particular disidente.

En su sentencia, el TEDH ha tenido en cuenta, sin duda, elementos a los que alude en el asunto *Barbulescu* (p. 121), como la información al empleado, de modo claro y con carácter previo no sólo de la finalidad sino de las consecuencias disciplinarias que podrían derivarse en caso de incoherencias entre los datos de kilometraje facilitados por el GPS u los informados por los propios empleados; la existencia de razones legítimas empresariales para la monitorización (la empresa indicó que el dispositivo tenía por objeto aumentar la fiabilidad de la información relativa al kilometraje recorrido registrada por los trabajadores en el CRM, aplicación informática creada a tal efecto por la empresa); el hecho de que el número de personas que ha tenido acceso a los datos haya sido reducido; que el empresario ha utilizado los resultados de la monitorización para alcanzar el objetivo declarado de la medida; o que el empleado ha tenido acceso a un recurso ante los tribunales a fin de que puedan comprobar, al menos en esencia, si se observaron los criterios y si las medidas impugnadas eran legales.

Pero el análisis realizado por el TEDH omite algunos de los elementos más relevantes del *test Barbulescu*, en especial el juicio de necesidad propio de toda ponderación de derechos. En efecto, uno de los criterios expresamente advertidos por el TEDH en *Barbulescu* era el del grado de intrusión en la intimidad del empleado, donde señalaba que, a este respecto, “debe distinguirse entre la monitorización del flujo de comunicaciones y de su contenido. También debe tenerse en cuenta si se han monitorizado todas las comunicaciones o sólo parte de ellas, así como la cuestión de si la monitorización fue limitada en el tiempo y el número de personas que tuvieron acceso a los resultados”. Junto a ello, se señalaba que debía tenerse también en cuenta “si hubiera sido posible establecer un sistema de supervisión basado en métodos y medidas menos intrusivos”. Es decir, se aludía a tomar en consideración los criterios que en nuestro ordenamiento jurídico pueden reconducirse al tradicional principio constitucional de proporcionalidad, en tanto muchos de las circunstancias a comprobar no son sino elementos integrantes de la necesidad o de la proporcionalidad en sentido estricto, como ya señalé con otras palabras la STS 119/2018, de 8-2-2018 en el caso Inditex.

En el caso concreto, queda claro que la vigilancia con el GPS era de 24 horas los 7 días de la semana y monitorizaba tanto los trayectos profesionales como los privados, además de que ello fue así durante 3 años seguidos lo que, ya de inicio, parece una injerencia excesivamente gravosa al no respetar el criterio todo/parte, temporal/permanente, o extensión/reducción del ámbito espacial.

Esa especial gravedad y la geolocalización permanente extendiéndose al ámbito personal es lo que cuestiona el voto particular. En efecto, el voto particular centra su atención en la ilicitud del control de geolocalización en el tiempo libre, entendiendo que se trata de una injerencia grave a la intimidad pues permite conocer donde, cuando y cuánto tiempo, se encuentra el trabajador en un momento dado fuera de su compromiso laboral teniendo en cuenta que “la información de geolocalización relativa a los kilómetros recorridos por el demandante durante su tiempo libre fue la base principal del despido del demandante, que innegablemente tuvo graves repercusiones en su vida privada” ya que el tribunal de apelación rechazó que pudieran ser lícitos los datos relacionados con los servicios profesionales. Considera el voto que dicha injerencia no fue legítima y que el tratamiento de datos fue ilegal como siempre alegó

el demandante siendo, por ello, las pruebas ilegales y el despido nulo. En este sentido, el voto critica a los tribunales nacionales que hicieran caso omiso a varias resoluciones de la agencia portuguesa de protección de datos en las que se declaraba la inadmisibilidad del seguimiento durante el tiempo libre del empleado y la prohibición de usar los datos obtenidos por el GPS hasta tanto no se obtuviera autorización administrativa (inexistente en el caso concreto del trabajador despedido), a pesar de conocer su existencia y de que en ellas se llegara a reconocer expresamente “la existencia de soluciones alternativas a la trazabilidad permanente del trabajador, como la instalación de un interruptor "simple" que permita distinguir entre el uso profesional y privado de la función del vehículo”.

En mi opinión, el juicio de la sentencia no es acertado, pero tampoco los argumentos del voto particular.

La mayor crítica que se puede hacer a la sentencia es el propio canon de enjuiciamiento adoptado, de mero control externo, es decir, un análisis excesivamente basado en la razonabilidad y ausencia de arbitrariedad en la motivación judicial. Este tipo de análisis es propio en nuestro ordenamiento cuando se enjuicia la constitucionalidad desde el prisma del art. 24.1 CE, es decir, tutela judicial efectiva. Pero no resulta válido cuando lo que se alega es un derecho sustantivo como aquí acaece. Existen sentencias absolutamente razonadas, razonales y no arbitrarias que pueden vulnerar derechos fundamentales sustantivos al no realizar una ponderación adecuada de los derechos en juego; prueba de ello son las decenas de sentencias del Tribunal Constitucional que terminan por considerar vulnerado un derecho fundamental en contra de la argumentación fundada y no arbitraria de los tribunales ordinarios, esto es, correcta desde el punto de vista del art. 24.1 CE pero vulneradoras del derecho de libertad sindical, por ejemplo, o del derecho a la no discriminación. Es cierto que la posición del TEDH no es la del TC. Pero también lo es que, cuando quiere, bien que el TEDH procede a analizar con profundidad el balance de derechos más allá de la mera razonabilidad o arbitrariedad (léase *Barbulescu I* y *II* como prueba de distintas perspectivas sustantivas sobre los derechos en juego).

Más allá de la mencionada, la quiebra sustantiva esencial que presenta la sentencia es la total omisión del criterio de necesidad como criterio medular en el principio de proporcionalidad que debe presidir el balance de derechos. En realidad, no se trata de una total omisión, sino una “extraña motivación”, no tanto por la forma de hacerlo (vía remisión a las sentencias nacionales, aunque en modo “remisión por saltos” por lo que ahora se dirá), cuanto por la difícil comprensión del hilo argumental seguido por el TEDH. Cuando se aborda la cuestión clave sobre si había medios menos intrusivos para lograr la misma finalidad, la sentencia señala que el tribunal de instancia nacional consideró que sin el sistema utilizado sería difícil controlar los kilómetros recorridos profesional y privadamente y resalta, sobre todo, que el tribunal de apelación limitó los datos lícitos a los relativos a los desplazamientos privados que permitían a la empresa controlar sus gastos reduciendo, con ello, el alcance de la injerencia en la vida privada del trabajador¹, así como que dicho tribunal de apelación consideró que no procedía examinar esta cuestión “a la luz de su decisión sobre los hechos del asunto” remitiéndose al apartado 59 de la sentencia. Este apartado tan sólo señala que el ahora demandante, en su recurso de apelación nacional, había alegado las dificultades que hubiera tenido la empresa para imputar los hechos si no hubiera contado con el mecanismo del GPS y que la corte de apelación consideró que no necesitaba revisar esta cuestión a la luz de su decisión sobre los hechos del caso, reenviando a los párrafos 40 y 45 de la sentencia (nuevo salto argumental)². Los apartados señalados contemplan los hechos probados (ap. 40), entre ellos, que “el sistema GPS es uno de los medios de que dispone la demandada para controlar el trabajo de la demandante y confirmar los datos introducidos manualmente en el CRM” y que “sin el sistema GPS, la demandada tendría grandes dificultades para verificar el desempeño de sus funciones, el cumplimiento del tiempo de trabajo, el cumplimiento del lugar de trabajo, los lugares de visita realizados y los kilómetros recorridos en forma profesional y privada, sabiendo que estos últimos son siempre responsabilidad de los representantes médicos y que causan un gasto adicional al demandado si no se

puede determinar su número”; asimismo se afirma que el GPS “permitía conocer el número de kilómetros recorridos de forma privada..., mediante una comparación con los kilómetros recorridos de forma profesional y que habían sido validados como tales” y que se había probado que “había muchas diferencias entre los kilómetros declarados por la demandante y los transmitidos por el GPS” (ap. 45). Es decir que, o bien se consideró que no había medios alternativos (instancia), o que hubiera sido muy difícil demostrar la diferencia de kilómetros con el sistema manual utilizado (necesidad atenuada en apelación), o bien, ya para el TEDH, que no entra en el tema porque se rebajó la injerencia en la vida privada del trabajador al eliminar de la prueba los datos obtenidos relativos al desempeño del trabajo. Sinceramente, creo que en este punto existe poca motivación por parte de todas las instancias judiciales, incluido el TEDH que viene a decir que no entra porque sería valoración de la prueba (control externo). La sentencia parece confundir, además, el grado de intrusión en la intimidad del empleado con la existencia de medios menos intrusivos, dos cuestiones diversas e independientes propias del canon Barborescu. Por el contrario resalta con énfasis que el tribunal de apelación minimizó la injerencia como si esta menor intrusión fuera un medio alternativo.

En el presente caso no me caben dudas de que existen medios alternativos menos intrusivos para obtener los mismos resultados protectores del patrimonio empresarial. La corte de apelación reconoce que el GPS es uno de los medios de que dispone la empresa, con lo que claramente hay otros (ingresar los datos manualmente en la aplicación). Las posibles irregularidades podrían hacerse de un modo estimativo calculando el promedio de kilómetros de los recorridos que se deben hacer para atender a los clientes. Hoy esto es tan fácil como buscar en Google maps y llamar a los clientes aleatoriamente para comprobar las visitas. Cabe igualmente establecer un máximo aproximado semanal de kilómetros profesionales a partir del cual presumir el uso personal salvo prueba en contrario. Cabe estimar los kilómetros que se hacen de media o debieran hacerse de media y comprobar una vez a la semana con una simple foto enviada a la empresa, el contador del kilometraje cada viernes o cada día al salir del trabajo. En fin, el GPS claramente puede servir a la empresa para dotar de mayor fiabilidad a la protección de su patrimonio. Pero el uso realizado en este caso parece excesivo y por ello desproporcionado, al no derivarse de dicha medida más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Por lo que se refiere ya al voto particular, en él se sostiene que se ha vulnerado el art. 8 CEDH básicamente por considerar que la injerencia es muy grave en la vida privada, porque debió declararse ilícita la geolocalización realizada durante el tiempo privado del trabajador y porque existían medidas menos intrusivas como las que puso de manifiesto la agencia portuguesa de protección de datos cuyas resoluciones no fueron tomadas en cuenta por el tribunal de apelación. A mi juicio que no se tengan en cuenta las resoluciones de la agencia no resulta un dato decisorio en tanto pueden ser impugnadas y, además, la medida que proponía dicha agencia como menos invasiva tampoco parece muy adecuada (interruptor para desconectar el GPS para diferenciar tiempo profesional del privado), ya que el objeto de la medida era controlar el kilometraje precisamente en dicho tiempo e impedir que se prolongara manual y artificialmente el kilometraje profesional. Razonar que en el tiempo privado no puede existir control alguno, en un caso como el presente, no parece tampoco razonable porque olvida el objetivo que se declaró lícito por los tribunales nacionales relativo al control del coste empresarial. El amplio control empresarial tenía todo el sentido del mundo ya que no se controlaba sólo el desempeño profesional (ilegal según la normativa portuguesa y así) y el cumplimiento de las obligaciones laborales en tiempo de trabajo por parte del empleado (declarado lícito), sino también que el uso personal del vehículo que la empresa permitía a sus empleados no le supusiera costes adicionales, de ahí el pago por los kilómetros particulares recorridos. No permitir este tipo de control extenso llevaría a un efecto desincentivo en el que las empresas redujesen el uso del vehículo de empresa a un uso estrictamente profesional prohibiendo totalmente el uso privado, lo que obligaría a los trabajadores a tener coche propio para sus desplazamientos privados y a asumir costes mayores (garaje para uno

de los dos coches, o desplazamientos para dejar el vehículo profesional en la sede empresarial, además de los costes de seguro, compra y mantenimiento). Cuestión distinta, muy distinta, es que los mecanismos de control del patrimonio empresarial necesariamente se tengan que realizar con una intensidad en la injerencia tan grave como la que se aprecia en el presente caso y que no lleva a declarar vulnerado el art. 8 CEDH de modo sorpresivo. Tan sorpresivo que hasta las predicciones de inteligencia artificial previeron un fallo positivo favorable para el trabajador^[1].

En fin, quedarían dos temas interesantes que abordar. De un lado, el derivado del voto particular que mantiene que la prueba del GPS debió declararse nula, así como el despido por ser su consecuencia. Me remito en este punto a la STC 61/2021 para el ordenamiento español y la dualidad de posiciones posibles en relación con los efectos que en la calificación del despido debe tener la prueba ilícitamente obtenida por obtenerse vulnerando derechos fundamentales (mi posición personal en esta misma Revista nº 3/2022). Por otro lado, el de la ocultación de un segundo GPS que puso la empresa cuando comprobó que no funcionaba el primero y que había sido manipulado. Supuesto de total ausencia de información del segundo GPS que recuerda a la STEDH del caso López Ribalda (información de las cámaras generales, no de las ocultas puestas tras las sospechas fundadas de irregularidades), donde en tal caso, a mi juicio^[2], la información general dada para el primer GPS cubre el mecanismo oculto necesario para comprobar el incumplimiento.

Referencias:

1. [^] *Jurisays ofrece predicciones sobre las sentencias de TEDH con un acierto el último mes del 63%. <https://www.jurisays.com>*
2. [^] *Nogueira Guastavino M., “La STEDH Gran Sala de 17 de Octubre de 2019, López Ribalda y otros contra España. Una sentencia razonable no razonada, Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo, 2020, Universidad complutense, pp. 883-893: https://www.academia.edu/85705878/La_Stedh_Gran_Sala_De_17_De_Octubre_De_2019_Lopez_Ribalda_y_Otros_Contra_Espana_Una_Sentencia_Razonable_No_Razonada*