

**EL PODER EMPRESARIAL DE CONTROL DIGITAL:
¿“NUEVA DOCTRINA” DEL TEDH O MAYOR RIGOR APLICATIVO DE LA
PRECEDENTE?**

A PROPÓSITO DE LA STEDH DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2017, CASO
BARBULESCU C. RUMANIA.

Cristóbal Molina Navarrete
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén.

Abstract

La STEDH, Gran Sala, de 5 de septiembre de 2017, conocida como Barbulescu II, por haber revocado la STEDH de 12 de enero de 2016 (caso Barbulescu c. Rumania), ha creado unas extraordinarias expectativas de innovación, tanto legislativa como, sobre todo, jurisprudencial, en el Derecho español, pese a tratarse de un caso rumano. Y ello sería así porque parecería destinada a revisar profundamente, según un autorizado sector de comentaristas, la doctrina constitucional y la jurisprudencia social, dictada a estela de aquélla, consolidadas en nuestro sistema jurídico-laboral y constitucional. La posición jurisprudencial estatal es notablemente más restrictiva de la efectividad del derecho de los trabajadores a la protección de su privacidad informática, y a su libertad y secreto de comunicaciones, favoreciendo notablemente el despliegue del poder empresarial, a su vez expresión de su libertad de empresa. Sin embargo, si bien analizada, los innegables aspectos de interés que presenta esta importante sentencia del TEDH, no necesariamente confirmarían unas expectativas tan elevadas de innovación jurídica, porque realmente la doctrina que mantiene es continuista con sus precedentes, si bien sí realizaría una puesta en práctica más rigurosa y severa que la realizada por la Sala del TEDH. Una vez más, la extraordinaria difusión mediática de un fallo jurisprudencial internacional no coincide estrictamente con su contenido práctico, sin perjuicio de su relevancia intrínseca, pues de todos es sabido que ni nuestra legislación ni nuestra jurisprudencia mantiene un justo equilibrio entre los derechos en juego, primando la posición empresarial sobre la de los trabajadores. Pero, en realidad, este desajuste ya fue apreciado internamente, ante la nada velada crítica que la Sala Penal del Tribunal Supremo hizo a la Sala Social del Tribunal Supremo y al Tribunal Constitucional en estas materias. Tampoco la negociación colectiva habría cumplido adecuadamente su misión de conseguir, de una forma concreta y precisa, ese debido equilibrio. El presente comentario analiza todos estos aspectos, tratando de situar adecuadamente el alcance del fallo del TEDH

The judgment of the European Court of Human Rights, Grand Chamber, of September 5, 2017, known as Barbulescu II, for revoking the judgment of the European Court of

Human Rights of January 12, 2016 (Barbulescu v. Romania), has created extraordinary expectations of innovation in Spanish Law. This legal case seems destined to profoundly revise the constitutional doctrine and the social jurisprudence of our country, according to an authorized sector of legal analysts. The national courts of justice restrict the effectiveness of the right of workers to the protection of their privacy, and their freedom and secrecy of communications, in order to promote entrepreneurial power. A detailed study of this judicial case does not necessarily confirm such high expectations of legal innovation. Actually, the principles and rules applied maintain the doctrine of its precedents, but apply them in a more rigorous and severe way than the Chamber. In any case, this judicial ruling has the value of once again revealing the existing imbalance, in Spanish law, between the exercise of workers' rights of privacy and entrepreneurial power. There is an urgent need for a legislative reform, a jurisprudential change and a more adequate collective regulation. The present comment analyzes, briefly, all these problematic aspects, trying to adequately situate the scope of the ECHR decision.

Title: The employer's digital control power: the "new doctrine" of the ECHR or a more severe practice? Comments to the decision of the ECHR September 5th, 2017, case Barbulescu v. Rumania.

Palabras clave: derecho a la privacidad del trabajador, poder empresarial, TEDH, subordinación digital, Barbulescu.

Keywords: Right to privacy in the workplace, employer power, ECHR, digital subordination, Barbulescu.

IUSLabor 3/2017, ISSN 1699-2938, p. 287-297

Sumario

1. Introducción: un persistente vacío regulatorio desequilibrador entre el poder empresarial de control y la privacidad de los trabajadores
2. Principales claves, fácticas y jurídicas, de la doctrina del TJUE: el doble test de transparencia informativa y proporcionalidad
3. Trascendencia real en el Derecho de precedentes español del test de legitimidad Barbulescu: ¿rectificar o tomar en serio la ponderación?
4. Conclusión
5. Bibliografía

1. Introducción: un persistente vacío regulatorio desequilibrador entre el poder empresarial de control y la privacidad de los trabajadores

La vigilancia del correcto funcionamiento de la prestación de los trabajadores es uno de los tópicos más clásicos de las relaciones laborales, y de su Derecho. Pero desde finales del siglo pasado readquiere un redoblado interés por el notable, y creciente, impacto de las tecnologías de la información y la comunicación (videovigilancia, ciber- vigilancia; para la distinción vid. STSJ Cantabria 18 de enero 2007, Rec. 1149/2006). De ahí que sea un tema de gran tensión para trabajadores, empleadores, gestores de “recursos humanos” y profesionales de la abogacía. Ya no es posible navegar un día por internet, ni moverse por las redes sociales, ni hojear un periódico en el que, en algún momento, hallemos una noticia relacionada con los desequilibrios entre los poderes de control empresarial en la era digital, intensificados y la privacidad de los trabajadores, cuyos derechos fundamentales como persona y como ciudadano quedan ensombrecidos, cuando no barridos, por aquéllos. Y en el futuro aún será más frecuente e invasivo, pues los avances tecnológicos tienden a actualizar aquel viejo temor -en tiempos y sociedades autoritarios- a devenir “personas completamente transparentes”.

Ningún reparo tienen las empresas más punteras del mundo (como *Three Square Market*, empresa norteamericana; o la belga *NewFusion*, etc.) en anunciar con fruición que instalarán microchips a sus empleados, siempre que den su consentimiento, claro, vanagloriándose de ser pioneras (aunque hace años que lo hacen empresas suecas, como *Epicenter*). El chip (Radio-Frequency Identification, RFID), tiene asignadas ciertas funciones pensadas, de inicio, para mejorar la calidad de vida de las personas, también el negocio (permitirá a los trabajadores realizar compras en su micro mercado, abrir puertas, acceder a ordenadores, utilizar la fotocopiadora, etc.). Eso sí, expresamente se señala que este dispositivo -similar al que se usa para identificar a las mascotas- no llevará geolocalización (GPS). Otros dispositivos más normalizados en los trabajos de hoy sí los tienen (ningún problema en su uso disciplinario vería la, muy discutible, STSJ Asturias 3 de octubre 2017, Rec. 1908/2017: valida el GPS de la *tablet* de un vendedor para probar que no trabajaba toda la jornada y que cobraba dietas pese a comer en casa).

Bien conocido es que todos los Estados desarrollados tienen contemplados en sus ordenamientos jurídicos algún tipo de normas que limitan los poderes y libertades de los empleadores en favor de la protección de la vida privada en general, y de los datos personales en particular. Sería el caso español, en el contexto del Derecho de la Unión Europea. Pero no menos cierto es que son muy pocos, y desde luego no sería nuestro caso, los que cuentan con regulaciones sistemáticas, precisas y coherentes para generar las necesarias y suficientes dosis de previsibilidad, confianza y equidad a la hora de establecer el debido equilibrio entre la libertad de empresa y la privacidad (y sus

libertades y derechos de autodeterminación informativas). Ni los artículos 18 y 20 ET, en el plano estrictamente laboral, ni la vigente -por muy poco tiempo- Ley de protección de datos personales, de una forma indiferenciada, por la ausencia de especificidad a la hora de tratar la dimensión laboral (Ley 15/1999, 13 de diciembre), pueden considerarse un marco adecuado, por lagunoso y deficitario, a tal fin. Los convenios colectivos tampoco han desplegado, hasta el momento, y es dudoso que lo hagan a corto y medio plazo, pese a la centralidad de la transformación digital del trabajo, una labor de complemento, o de suplencia de aquellas deficiencias reguladoras legislativas, verdaderamente útiles, no sólo por su escasez -diferencia sectorial y empresarial-, sino incluso por sus defectos -a menudo constituyen más una habilitación exorbitante del poder empleador que un régimen de justo equilibrio entre los legítimos intereses en juego.

En este contexto, muy incierto, por lagunoso y contradictorio, no es de extrañar que allá por inicios del año pasado, cuando se conoció la primera sentencia del “caso Barbulescu” (STEDH de 12 de enero de 2016, demanda 61496/08), el fallo adquiriese un gran eco mediático, causando tanta sensación en el sector de la abogacía de empresa como conmoción en la abogacía de trabajadores. ¿Por qué? porque la mayor parte de los analistas concluyeron que la Sala del TEDH que la dictó estaría dando poco menos que una suerte de “patente de corso”, un auténtico poder general, casi indiscriminado, de acceso a los correos electrónicos de las personas empleadas, que algunos medios no se coartaba en considerar incluso como un genuino aval para el espionaje empresarial de las comunicaciones de los trabajadores cuando éstas, aun personales, se hacían a través de equipos electrónicos aportados por el empleador, construyendo sobre el derecho de propiedad un derecho de dominación. Si los empresarios se las prometían muy felices por tanta comprensión hacia sus razones el TEDH, que se desbordó cuando la STC 39/2016, de 3 de marzo, siguiendo la estela del TEDH, diluyó el deber de información previa y específica sobre los instrumentos de video-vigilancia (STC 29/2013), para reducirlo a mera información indiferenciada (“pegatina” o distintivo ex Instrucción 1/2006 de la AEPD), los trabajadores, sus representantes y sus defensores veían, en cambio, desmoronarse toda expectativa de protección de su privacidad ex artículo 18.4 CE. Parafraseando al fundado voto particular que acompaña a la sentencia constitucional, asistíamos al “*retroceso en la protección de los derechos fundamentales*”, idea asumida también por el voto particular que acompaña a la sentencia del TEDH. Ni que decir tiene que la percepción empresarial era extremadamente exagerada, por lo tanto, errada.

Pues bien, un análogo, pero invertido, efecto ha producido la STEDH de 5 de septiembre de 2017, Gran Sala, que revoca la de Sala. Los trabajadores y sus defensas se congratulan sin medida. Para buena parte de los comentaristas, la “nueva doctrina” del TEDH obliga a un exigente test de legitimidad del ejercicio real del poder de videovigilancia (de todo control tecnológico de datos personales) y exigirá un giro radical de la doctrina del

Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, que sigue su estela. Los empresarios, por su parte, se lamentan del giro radical, aun discutido (11 votos contra 6), del TEDH, que dejaría en el aire la eficacia práctica de su poder de control ex artículo 20 ET, 38 CE y 16 CDFUE. ¿No habrá también -siguiendo la pernicioso, pero frecuente, “ley del péndulo”, exageración de quienes vocean la sentencia y de quienes la lamentan con gran amargura e inquietud?

2. Principales claves, fácticas y jurídicas, de la doctrina del TJUE: el doble test de transparencia informativa y de proporcionalidad

Para intentar responder a esa pregunta, o mejor, para ofrecer argumentos más ponderados a quien se interesen por este comentario, a fin de que puedan responder por sí mismo con más (y espero que mejores) elementos de juicio, conviene precisar, con la mayor brevedad posible, cuáles son los elementos fácticos y jurídicos que determinan la solución final, en este caso y que justificaría que la a Gran Sala revoque la decisión de la Sala del mismo TEDH. A mi juicio, tanto las circunstancias fácticas del caso como los principios y reglas generales son determinantes para entender la aplicación práctica del denominado “test barbulescu” de verificación de la legitimidad del ejercicio efectivo, concreto, no ya sólo abstracto o general, del poder de control empresarial del cumplimiento de la prestación de servicios a través del acceso a sus datos personales contenidos en instrumentos digitales de propiedad del empleador. Como trataré aquí de acreditar, no creo que haya una verdadera innovación en la doctrina del TEDH en esta materia, sino más bien una aplicación más severa o estricta de ese test, corrigiendo la aplicación más laxa realizada por los tribunales nacionales -rumanos- y por la propia Sala del TEDH. De ahí que, coincidiendo en gran medida la mayoría de la Gran Sala con la minoría que firma el nutrido voto particular -por cierto, del que suele olvidarse la gran mayoría de comentarios realizados hasta ahora, a diferencia de la trascendencia que se dio al voto particular de la sentencia de Sala, luego determinante para el sentido final del fallo de la Gran Sala, ciertamente-, hagan una valoración o ponderación diversa de los derechos fundamentales en juego.

En el plano fáctico, es bien conocido ya que el asunto atañe a un trabajador (ingeniero) que fue despedido por haber utilizado la red de internet de la empresa en sus horas de trabajo para usos particulares, incumpliendo un reglamento interior que prohibía la utilización de los ordenadores de la empresa para fines personales. El empresario había controlado durante cierto tiempo las comunicaciones de una cuenta de "Yahoo Messenger" que el trabajador había abierto a instancia empresarial, por lo tanto, con un uso productivo: facilitar las respuestas a las solicitudes de información de los clientes. Los registros internos de control mostraban que había intercambiado mensajes privados.

Considerando el trabajador que se había violado su derecho al respeto tanto de la vida privada como al secreto de su correspondencia y fallida la vía nacional, puesto que los tribunales nacionales rechazaron su pretensión, el TEDH sentenciará inicialmente que el Estado ha cumplido adecuadamente su obligación positiva -se trata de empresa de naturaleza privada, no de la propia Administración, por lo que hay que ir más allá del mero deber de no injerencia (obligación negativa)- de asegurar un justo equilibrio entre los derechos e intereses legítimos en juego. La Sala inicialmente competente del TEDH atenderá de forma prioritaria al hecho de que el empleador había accedido a la cuenta de “Yahoo Messenger” de buena fe, esto es, en la creencia legítima de que se trataba de mensajes profesionales, ya que el trabajador había afirmado que había usado con el fin de asesorar a los clientes y, por tanto, dicho acceso se considera legítimo por el TEDH. El Tribunal no ve ninguna razón para cuestionar estos hallazgos. Como luego aceptará la Gran Sala, mayoría y minoría, la relación de trabajo exigiría necesariamente, para su buen desenvolvimiento en el tiempo, un alto grado de confianza mutua, por lo que para la Sala del TEDH el empleador habría actuado en el ejercicio de esa confianza y de una forma razonable, porque habría prescindido de todo dato personal no relevante para el uso disciplinario -identidad de las personas con que se comunicaba, contenidos...

Pues bien, la Gran Sala no niega ni la elevada autonomía de los Estados en orden a desarrollar su obligación de garantizar, mediante una normativa específica, el equilibrio justo entre los derechos e intereses legítimos en juego. Ni tampoco el derecho que asiste a todos los empleadores de controlar de forma eficaz, mediante la vigilancia de sus datos de tipo personal, si fuese preciso, las comunicaciones de sus empleados durante la jornada, pese a forma parte del contenido esencial del derecho a la vida privada ex artículo 8 CEDH su protección. Antes al contrario, lo reafirma, asumiendo la legitimidad de todos aquellos sistemas de vigilancia (por video, o cibernéticos que sean) de los contenidos de las comunicaciones del trabajador que resulten estrictamente “justificados”, cuente con el “previo y específico conocimiento” (no necesariamente consentimiento) informado por parte de los trabajadores (*test de transparencia*) y resulten proporcionados (*test de proporcionalidad*: necesario, adecuado y equilibrado). En definitiva, una sosegada, completa y no sesgada lectura de la doctrina evidencia que el TEDH en absoluto incapacita al empleador para efectuar tales controles, y que trate de buscar su eficacia; lo que dice es que *deben estar sujetos a límites reales, fiables, no hipotéticos*.

3. Trascendencia real en el Derecho de precedentes español del test de legitimidad Barbulescu: ¿rectificar o tomar en serio la ponderación?

No infravaloraría yo en modo alguno la importancia, doctrinal y práctica, de esta doctrina del TEDH, pues sería tan erróneo como la posición de sublimación contraria que trato de cuestionar. Como evidencia la propia discusión interna en el seno del mismo TEDH, muy

interesante en el plano teórico, también para comprender cuáles son las singularidades del Derecho del Trabajo y las modulaciones a las que quedan sujetas las relaciones de trabajo en virtud de la existencia de una relación de subordinación, esto es, de poder, no ya sólo contractual, el caso y sus principios y reglas de solución no tienen desperdicio y han de analizarse con gran detalle. Pero conviene situarlos en su justa medida, como quiere la Gran Sala, aunque su valoración final resultante sea muy diferente, opuesta, a la de una significativa minoría (prácticamente un tercio del TEDH).

En el plano doctrinal, la sentencia aporta un instrumento técnico-jurídico de primer orden tanto para el legislador, a la hora de implementar el marco normativo para dar fundamento cierto al poder de control empresarial, salvaguardando el primario derecho a la vida privada del trabajador -con sus libertades informativas y sus poderes de autodeterminación que conllevan, más en una sociedad digitalizada-, cuanto para el juez nacional, cuente o no con aquel marco legislativo, a la hora de ponderar los derechos en juego. Un instrumento que se articula como canon de control de legitimidad supra-legal del poder empresarial o juicio de legitimidad, que bien se puede denominar “escrutinio o test Barbulescu” y que el TEDH precisa de forma muy significativa, articulándolo en torno a tres ejes básicos:

- a) Principio de transparencia. Debe asegurarse que hay una información previa y específica al trabajador sobre la posibilidad de que el empresario adopte medidas de vigilancia de su correspondencia y de sus otras comunicaciones, así como de la puesta en práctica de tales medidas. El carácter previo supone que la información ha de ser anterior al inicio de la vigilancia.
- b) Principio de causalidad real y seria. El empresario ha de proporcionar motivos concretos que justifiquen la vigilancia de las comunicaciones del trabajador. El artículo 20.3 ET resultaría de dudosa conformidad con ese test, por su vaguedad.
- c) Principio de proporcionalidad. Ha de valorarse el alcance de la vigilancia realizada (grado de intrusión en la vida privada del empleado), por lo que admite que sea variable, siempre y cuando resulte necesario y adecuado. Por eso, deberá preferirse el menos intrusivo al más intrusivo, si bien no descarta éste, siempre que no haya otra opción real, no por mera comodidad conveniencia empresarial. Asimismo, deben ponderarse debidamente las consecuencias concretas en la vida privada del trabajador, de modo que la máxima sanción debiera reservarse para máximos incumplimientos, atendiendo igualmente a la prevalencia que han de tener los derechos fundamentales de los trabajadores como personas, porque tales derechos exigen interpretación expansiva, no restrictiva
- d) Principio de efectividad de la tutela. En todo caso, el trabajador debe haber recibido las debidas garantías, en particular cuando las medidas de vigilancia del empresario tenían un carácter intrusivo

Como puede comprobarse, no hay una real innovación de la doctrina del TEDH, sino una mayor concreción y precisión de su Derecho de Precedentes. Por lo tanto, el mayor o menor alcance corrector o innovador en nuestro sistema jurídico, y sobre todo, en nuestra doctrina constitucional y jurisprudencia social, vendrá dado no tanto porque se trate de una gran novedad doctrinal, que no lo es, en modo alguno, sino porque ahora el TEDH ha decidido tomarse más en serio el control o el juicio de valoración y exigir que los límites, tanto al Estado como a los empleadores, sean reales, efectivos, no sólo de mera formalidad o de carácter teórico, simbólico. Y es evidente que aquí es donde reside el impacto real de esta doctrina, pues ni el Tribunal Constitucional (en especial en sus STC 241/2012, 170/2013 y 39/2016), ni el Tribunal Supremo, Sala Social, que se ha plegado a sus dictados, han asumido, al menos en las sentencias posteriores a la -muy correcta-STC 29/2013, con la eficacia y seriedad debidos, los condicionantes derivados del test de transparencia y proporcionalidad apenas resumido. Y no es que el Tribunal Constitucional lo desconociera, pues la citada STC 29/2013 fue muy precisa al exigir que era “...necesaria una información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que puede ser dirigido cualquier sistema de captación de imágenes, instalado en el recinto empresarial, debiendo concretarse...”.

Si no se supera ese test no puede irse al de proporcionalidad. Precisamente eso es lo que devaluó, o ignoró, la posterior doctrina constitucional y que, en consecuencia, sí que significó un retroceso protector pues “*el incumplimiento del deber de requerir el consentimiento del afectado para el tratamiento de datos o del deber de información previa solo supondrá una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos tras una ponderación de la proporcionalidad de la medida adoptada (...) pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución*” (STC 39/2016). Como devaluación de la doctrina del TEDH -antes y, más todavía, después de Barbulescu-, es presumir que hay un consentimiento contractual previo para arrumbar la exigencia de previsibilidad de la protección de una expectativa razonable de privacidad, sólo porque se usó un “canal abierto” para las comunicaciones o mensajería entre las diversas trabajadoras (STC 241/2012). Desnaturalización de la doctrina del TEDH, de hoy, y también de la de antes, que está ínsita en la asunción de que la existencia de una norma convencional que prohibía de manera expresa todo uso extra-laboral del correo electrónico suponía, por sí misma, una forma de habilitación especial de una facultad de control empresarial fuerte, primando el uso disciplinario sobre el uso privado, en virtud del deber de buena fe ex artículos 5 a) y 20.2 ET (STC 170/2013). Pero la norma convencional, cuyo valor regulatorio no debería de ser tampoco infravalorado, no puede ser patente de corso, sino que ha de someterse también a los mismos límites que la regulación legislativa, a fin de fijar un equilibrio justo real, concreto, no presunto o abstracto.

Superado el test de transparencia, condición necesaria, pero no suficiente para atender o satisfacer el juicio de legitimidad (obsérvese que resulta análoga exigencia a la del TJUE en torno a las cláusulas abusivas en la contratación en masa, sobre todo a fin de la protección de los consumidores frente a los abusos sistemáticos de las grandes empresas y sus sistemas de cláusula generales impuestas) es necesario superar igualmente el de proporcionalidad. Aquí también ha venido siendo muy generoso con el poder propio del empresario -cuya legitimidad teórica no puede ponerse en duda, como tampoco su clara dimensión constitucional, incluso de derecho fundamental ex artículo 16 CDFUE, conforme al TJUE) el Tribunal Constitucional. Para la puesta en práctica de dicha técnica de resolución de conflictos entre «normas de principios», ha venido asumiendo la plena legitimidad del artículo 20.3 ET (con amparo constitucional en sus artículos 33 y 38 CE).

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional -y el Tribunal Supremo como estricta boca del Alto Tribunal de garantías- ha venido actuando, de un lado, sobre la ponderación de la referida ausencia del deber de transparencia informativa (específica, previa y concreta), y, de otro, sobre la presunción de legitimidad de la medida de control adoptada, asumiendo, de inicio, que su adopción responde a una finalidad legítima, siempre que se ejerzan dentro del ámbito legal. Más de una forma incomprensible, no sólo aceptó la plena legitimidad de una norma de índole colectiva para fundamentar la legitimidad del poder empresarial, sin más, como ya se ha dicho, sino que incluso abre la puerta a la eventual legitimidad constitucional de una ilegalidad comunicativa, pues se reconoce expresamente que la ilicitud (“sin perjuicio de las eventuales sanciones legales”) no impide la aplicación de la técnica del juicio de proporcionalidad, que podría validar aquel actuar incumplidor de la legislación ordinaria (STC 39/2016). En definitiva, todo un hito jurídico en la defensa efectiva de los derechos fundamentales, la técnica de la ponderación como método para lograr un equilibrio justo entre derechos e intereses legítimos constitucionales, queda devaluado hasta tal punto de incluir en la balanza eventuales ilegalidades en relación al deber de transparencia informativa, lo que es inconcebible, como le reprochará el voto particular.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, por imperativo del TEDH, no puede dejar de descender mucho más en los elementos integradores del referido juicio de proporcionalidad, verificando que se cumplen los tres escalones (necesidad, idoneidad y equilibrio sacrificio-garantía), de forma concreta, no abstracta. Con ello no sólo se garantizaría una mayor efectividad de la protección del derecho fundamental del trabajador, sino que incluso se facilitaría la seguridad jurídica en el juego de este complejo mecanismo, con lo que también beneficiará a los empresarios, que podrán saber a ciencia cierta, al menos en lo razonable, a qué atenerse, fomentando, al tiempo, buenas prácticas, como ha querido promover el TEDH

4. Conclusión

Precisamente, y en aras de no dilatar en exceso este comentario, aquí reside la principal lección, a mi juicio, de la doctrina del TEDH. Bien entendida, proporciona un razonable grado de flexibilidad a los empleadores para establecer políticas y pautas para controlar a los empleados. En modo alguno la asfixia, como algunos lamentan.

Ciertamente, ara explotar esta flexibilidad, se requiere una consideración cuidadosa de las necesidades de la empresa y un análisis atento de los derechos de los trabajadores. El establecimiento de buenas políticas y prácticas no solo facilitará el cumplimiento de las normas por los empleadores, sino que también mejora el bienestar de los empleados salvaguardando su derecho a la privacidad en una sociedad que tiende a hacerlo cada vez más transparente. Ahora bien, parece claro que, una vez más, el legislador no puede seguir escurriendo el bulto, eludiendo su responsabilidad. El artículo 20.3 ET es una norma demasiado genérica para ayudar a los empleadores a disponer de ese código de buenas prácticas en esta materia tan trascendental, y las dificultades de la negociación colectiva no ya sólo para suplir esa función sino para hacerlo de forma correcta son manifiestas. En consecuencia, antes que la jurisdicción social, y después el Tribunal Constitucional, son el legislador, y los sujetos negociadores los primeros interpelados por esta clarificación o concreción, en términos de especificidad y precisión prácticas, más que de innovación teóricas, que ha llevado a cabo el TEDH. En gran medida, la Gran Sala, al menos su gran mayoría, le ha hecho caso al fundado voto particular de la sentencia de Sala, que no sólo llamaba a no olvidar que las puertas de las fábricas -o ahora las pantallas de ordenador- no son ya cancelas o perchas donde se cuelgan los derechos fundamentales de las personas que allí prestan servicios sino que lo hacía también a una jurisprudencia ejemplar y consistente del TEDH para arrojar luz en este proceloso y complejo mundo de la transformación digital de los trabajos.

5. Bibliografía

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi. *“Facultad de control empresarial y el derecho a la libertad informática de los trabajadores: un derecho fundamental (inexplicablemente) olvidado.* En AAVV. *“Internet, Derecho y Política. Una década de transformaciones.*, UOC-Huygens. Barcelona. 2014, pp. 277-288

PRECIADO DOMENECH, Carlos Hugo. *Comentario de Urgencia a la STEDH 5 de septiembre de 2017. Recuperando la dignidad en el trabajo.* Revista Jueces para la Democracia, Jurisdicción Social, septiembre de 2017.

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