



Universidades Lusíada

García Murcia, Joaquín, 1956-
Rodríguez Cardo, Iván Antonio
Álvarez Alonso, Diego

Poderes empresariales y derechos del trabajador en el contexto de las nuevas tecnologías: aportaciones recientes de la legislación española

<http://hdl.handle.net/11067/5509>

Metadados

Data de Publicação

2019

Resumo

Las nuevas tecnologías han dado lugar a una multiplicidad de cambios en las relaciones sociales que han alcanzado también al contexto del trabajo. Las formas de trabajar son distintas, más tecnificadas, y también lo son los medios a disposición del empleador para controlar la actividad de los trabajadores. El derecho debe adaptarse a ese nuevo contexto, que exige reglas que proporcionen seguridad jurídica. Con esa finalidad se aprobaron en España normas sobre “derechos digitales”, que pretenden ...

New technologies have resulted in a multiplicity of changes in social and economic relations and they also have a significant impact on the employment relationship. The way in which people work, under a more technical and technological organization, and the means available to the employer for controlling the activity of workers are nowadays very different and much more invasive than two or three decades ago. The law must adapt to this new context, which requires rules that provide legal certaint...

Palavras Chave

Protecção de dados - Direito e legislação - Espanha, Direitos dos trabalhadores - Espanha

Tipo

article

Revisão de Pares

yes

Coleções

[ULL-FD] Minerva, v. 09, n. 02 (2019)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-05-05T07:14:36Z com informação proveniente do Repositório

**PODERES EMPRESARIALES Y DERECHOS
DEL TRABAJADOR EN EL CONTEXTO DE
LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS:
APORTACIONES RECIENTES DE LA
LEGISLACIÓN ESPAÑOLA ⁴⁶**

**CORPORATE POWERS AND WORKER'S RI-
GHTS IN THE CONTEXT OF DIGITALISATION:
RECENT CONTRIBUTIONS OF THE SPANISH
LEGISLATION**

Joaquín García Murcia

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid

Iván A. Rodríguez Cardo

Diego Álvarez Alonso

⁴⁶ Los autores forman parte del proyecto de investigación DER2016-80327-P del Ministerio de Economía y Competitividad. La versión inicial de este trabajo, en inglés, fue preparada para contribuir al homenaje al Prof. Wolfgang Portmann, y será objeto de publicación en un libro colectivo de próxima aparición.

Resumen: Las nuevas tecnologías han dado lugar a una multiplicidad de cambios en las relaciones sociales que han alcanzado también al contexto del trabajo. Las formas de trabajar son distintas, más tecnificadas, y también lo son los medios a disposición del empleador para controlar la actividad de los trabajadores. El Derecho debe adaptarse a ese nuevo contexto, que exige reglas que proporcionen seguridad jurídica. Con esa finalidad se aprobaron en España normas sobre “derechos digitales”, que pretenden dar respuesta a la problemática que plantean situaciones cada vez más generalizadas en el trabajo, como la videovigilancia, el control del ordenador utilizado por el trabajador o la geolocalización. El presente estudio pretende efectuar una primera aproximación a esas reglas, ofreciendo una valoración preliminar de su impacto en las relaciones de trabajo.

Palabras clave: intimidación, datos personales, derechos digitales, poderes empresariales, jurisprudencia.

Summary: New technologies have resulted in a multiplicity of changes in social and economic relations and they also have a significant impact on the employment relationship. The way in which people work, under a more technical and technological organization, and the means available to the employer for controlling the activity of workers are nowadays very different and much more invasive than two or three decades ago. The Law must adapt to this new context, which requires rules that provide legal certainty. A regulation on “digital rights” has been adopted in Spain with the purpose of responding to the key issues posed by the use of technology at work, mainly concerning video surveillance, geolocation or the monitoring of the computer used by the employee at work. It is worth making a first presentation of these

rules and a preliminary assessment of their impact, particularly in the field of Labour Law.

Keywords: *right to privacy, personal data, digital rights, corporate powers, case law.*

Sumario: 1. El proceso de recepción de las nuevas tecnologías en la legislación laboral. 2. La incorporación de los denominados “derechos digitales” a la legislación de trabajo. 3. Las facultades empresariales de control de los dispositivos digitales de trabajo y la protección de los derechos del trabajador. 4. El derecho del trabajador a la desconexión de los dispositivos digitales de trabajo. 5. Preservación de la intimidad del trabajador frente a decisiones empresariales de videovigilancia y grabación de sonidos. 6. El control del trabajador a través de sistemas de geolocalización. 7. Autonomía colectiva y desarrollo de los derechos digitales.

Contents: 1. ICTs and Labour Law. 2. “Digital rights” as new labour rights. 3. Surveillance of the use of digital devices provided by the employer and safeguards for workers’ rights. 4. The worker’s right to disconnect digital work devices. 5. Protection of the worker’s privacy against video surveillance and sound recording devices. 6. Surveillance of the worker through geolocation systems. 7. Collective bargaining and development of digital rights.

1. El proceso de recepción de las nuevas tecnologías en la legislación laboral

Es ya muy apreciable el impacto de la tecnología digital en el ámbito de las relaciones de trabajo. Más allá de su hipotética amenaza para los niveles de empleo, o de su indiscutible influencia en los modos de organización de la producción y el trabajo, es evidente que puede tener, y que viene teniendo, considerables consecuencias para el desenvolvimiento de las relaciones de trabajo en el seno de las empresas y, en general, para el funcionamiento del sistema de relaciones laborales,

particularmente para la acción colectiva de trabajadores y empresarios⁴⁶. Probablemente pueda hablarse de tres grandes efectos de las nuevas tecnologías en la configuración y ordenación de las relaciones de trabajo, o de tres posibles perspectivas de análisis. Desde el lado del empleador, es claro que brindan mayores opciones y posibilidades para la organización y el control del trabajo, aunque también pueden crear algunas complicaciones para la gestión empresarial y pueden generar desde luego nuevas dudas de legitimidad en el ejercicio de los correspondientes poderes empresariales⁴⁷. Desde el lado del trabajador, pueden aportar mayores dosis de eficiencia y enriquecimiento personal en la prestación de servicios, pero también pueden implicar mayor grado de sujeción y dependencia respecto de la dirección de la empresa. Desde una perspectiva más general, parece claro, en fin, que los avances de la tecnología pueden entrañar mayores riesgos de intromisión en la esfera íntima o privada de las personas que trabajan, al mismo tiempo que pueden incrementar las ocasiones de incumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones laborales, con la consiguiente afectación a los intereses legítimos de la empresa⁴⁸.

⁴⁶ Vid. entre otros, y dentro de una producción bibliográfica que se encuentra en pleno proceso de crecimiento, MERCADER UGUINA, J. R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 19 y ss.; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (dir.), *El trabajo en plataformas digitales*, La Ley, 2018, y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L. (dir.), *Plataformas digitales y mercado de trabajo*, MTMSS, 2019.

⁴⁷ Vid. ÁLVAREZ CUESTA, H., "La ciberseguridad en la empresa: una aproximación desde el derecho del Trabajo", *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 7, 2019, pp.682 ss.

⁴⁸ La bibliografía española sobre el posible impacto de las nuevas tecnologías en los derechos de los trabajadores es ya muy considerable. Véase, por ejemplo, GAETA, L., "La dignidad del trabajador y las 'perturbaciones' de la innovación", en APARICIO TOVAR, J./ BAYLOS GRAU, A. (eds.), *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, 1992, p. 68 y ss.; MERCADER UGUINA, J. R., "Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?", *Relaciones Laborales*, nº 10, 2001, p. 11 y ss.; BIAGI, M./ TREU, T., "Lavoro e Information Technology: riflessioni sul caso italiano", *Diritto delle Relazioni Industriali*, nº 1, 2002, p. 5 y ss.; SEMPERE NAVARRO, A. V./SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *Nuevas tecnologías y Relaciones Laborales*, Aranzadi, 2002, p. 32 y ss.; MARTÍNEZ LÓPEZ, F. J./ LUNA HUERTAS, P./ INFANTE MORO, A./ MARTÍNEZ LÓPEZ, L., "Los sistemas de control de la actividad laboral mediante las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones", *Relaciones Laborales*, nº 12, 2003, p. 95 y ss.; RAMOS LUJÁN, H. V., "La intimidad de los trabajadores y las nuevas tecnologías", *Relaciones Laborales*, nº 17, 2003, p. 41 y ss.; ALARCÓN CARACUEL, M. R., y ESTEBAN LEGARRETA, R. (eds.), *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, 2004 (especialmente las colaboraciones de ALARCÓN CARACUEL, CAMAS RODA, GONZÁLEZ ORTEGA y GOÑI SEIN); GOÑI SEIN, J. L., "Controles

Son cuestiones de gran interés social y de evidente trasfondo económico, pero que, si bien se mira, no tienen respuesta sencilla desde el ordenamiento jurídico. Ni es fácil encontrar el punto óptimo de equilibrio entre los diversos intereses concurrentes, ni suele existir consenso acerca de la manera más apropiada de darles satisfacción en esta nueva encrucijada. ¿Hasta qué punto pueden admitirse los adelantos técnicos en el ejercicio de las facultades empresariales de organización, supervisión y control del trabajo? ¿Qué clase de límites o precauciones han de introducirse para atender adecuadamente los derechos del trabajador en estos nuevos escenarios? ¿Cómo trazar una razonable línea de separación entre tiempo de trabajo y tiempo de ocio o de descanso con las facilidades que brinda la nueva tecnología para el desarrollo de la actividad productiva? ¿Existe alguna base para que el trabajador pueda usar los dispositivos digitales de trabajo para sus fines particulares? Viceversa, ¿podría el empresario requerir al trabajador para que ponga sus propios dispositivos y cuentas digitales al servicio de usos empresariales? ¿Puede el empresario, en tales hipótesis, hacer registros o controles especiales? En definitiva, y por no abundar en los detalles, ¿cómo deben articularse en este nuevo contexto social las pautas organizativas de la empresa con los derechos del trabajador y, en última instancia, con la dignidad de la persona que presta servicios para otro?

La reacción de los sistemas jurídicos ante esos nuevos retos ha sido indudablemente mucho más lenta que el progreso de la técnica. En muy contadas ocasiones se han producido, en efecto, cambios legales destinados a resolver o cuando menos afrontar ese tipo de problemas, y los que finalmente se han llevado a cabo no acumulan por el momento demasiada experiencia en su aplicación, pues por lo general apenas cuentan con un lustro de vigencia. Citemos, para dar algunas muestras de ello, el derecho a la desconexión reconocido por la legislación laboral

empresariales: geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos", *Justicia Laboral*, nº 39, 2009, p. 12 y ss.; CALVO GALLEGO, J., "TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales", *Aranzadi Social*, nº 9, 2012, p. 125 y ss.; ÁLVAREZ ALONSO, D., "Derecho a la intimidad y vigilancia audiovisual en el medio de trabajo", en J. GARCÍA MURCIA (Dir.), *Derechos del trabajador y libertad de empresa*, Aranzadi, 2013, p. 338 y ss.

francesa, o la nueva configuración de las reglas dedicadas al poder empresarial de control y vigilancia por el *Statuto dei Lavoratori* en Italia. En ambos casos estamos ante modificaciones normativas importantes pero con notables limitaciones desde el punto de vista material o funcional, y seguramente con dificultades de cierto calibre para su plena efectividad. En esa situación, no podía extrañar que haya recaído en jueces y tribunales el papel protagonista a la hora de dar respuesta jurídica a todas esas cuestiones. La doctrina judicial, con sus aciertos y sus defectos, ha sido a la postre, y durante mucho tiempo, el único soporte de referencia en este acelerado y complicado proceso de adaptación de los ordenamientos jurídicos. Aunque seguramente puede tener validez general, tal conclusión es desde luego perfectamente aplicable al caso español⁴⁹.

En un balance de conjunto, la actitud del legislador, y particularmente del legislador español, ha sido ciertamente bastante descuidada o perezosa. Tal vez pueda decirse que el único vector de la legislación que ha tratado de prestar alguna atención a estos nuevos ingredientes de la realidad social con una visión moderna ha sido el correspondiente a la protección de datos personales. Recuérdese, a tal efecto, que este tipo de normas, aprobadas en primera instancia al calor del Convenio de 1981 del Consejo de Europa, ceñían inicialmente su aplicación al tratamiento "automatizado" de datos, como una especie de premonición respecto de las necesidades de regulación que progresivamente se irían advirtiendo. Es verdad que las reglas sobre protección de datos persiguen otros fines y que, en consecuencia, presentan muchas insuficiencias desde la perspectiva que ahora interesa. No son, por decirlo de otro modo, reglas sobre uso de las nuevas tecnologías, ni tienen por objeto abordar las consecuencias que el progreso técnico produce en los distintos ámbitos de las relaciones sociales, mucho menos en las relaciones laborales. Pero es innegable que muchas de sus previsiones tienen alguna virtualidad desde ese particular punto de vista. Fijémonos, por lo pronto, en la

⁴⁹ De esa situación, naturalmente, se ha ido haciendo cargo la doctrina laboralista, que desde hace algún tiempo, y a la espera de una intervención legal que cada vez se antojaba más necesaria, ha tratado de identificar y describir los principales efectos de la nueva tecnología en el medio laboral y, al mismo tiempo, de construir su régimen jurídico a partir, sobre todo, de la experiencia jurisdiccional. Vid., por ejemplo, CUADROS GARRIDO, M.E., *Trabajadores tecnológicos y empresas digitales*, Aranzadi, 2018, p. 53 y ss.

definición de “dato personal”, que en buena medida está pensada para albergar todos aquellos rasgos o aspectos de la persona que van siendo revelados o identificados por las nuevas técnicas de la información y el conocimiento. Pensemos también, por poner otro ejemplo, en las exigencias que aquellas normas imponen para la captación o el registro de datos personales, que vienen a ser en muchos casos verdaderas pautas de conducta para el uso de los correspondientes medios tecnológicos⁵⁰.

Sea de una u otra manera, lo cierto es que la legislación sobre protección de datos personales ha sido precisamente la que ha dado paso en España a las primeras normas sobre el tratamiento de la tecnología digital en las relaciones sociales y, particularmente, en las relaciones de trabajo⁵¹. Esas normas aparecen, concretamente, con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, que fue aprobada con la finalidad principal de dar aplicación en territorio español al Reglamento UE 2016/679 sobre protección de datos personales, pero que ha cumplido también esos otros fines. Ha sucedido así, a fin de cuentas, por exigencias directas de la Constitución española, cuyo artículo 18.4, con innegable visión de futuro, contiene una llamada al legislador para que limite “el uso de la informática” con el fin de “garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Se trata de un texto vigente desde el año 1978, pero que, pese al tiempo transcurrido desde entonces, estaba aún pendiente de un desarrollo integral. Le ha llegado el momento con la LO 3/2018, que, además de complementar la normativa europea sobre protección de datos personales, ha proporcionado una serie de garantías para lo que el propio legislador ha calificado como “derechos digitales”.

⁵⁰ Vid. GOÑI SEIN, J. L., *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa*, Bomarzo, 2018, p. 21 y ss., y ORELLANA CANO, A. M., *El derecho a la protección de datos personales como garantía de la privacidad de los trabajadores*, Aranzadi, 2019, p. 56 y ss.

⁵¹ Vid. MARTÍNEZ FONS, D., *El poder de control del empresario en la relación laboral*, CES, 2002, p. 201 y ss.; FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Thomson-Aranzadi, 2003, p. 117 y ss., y DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A. B., *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, Lex Nova, 2012, p. 79 y ss.

2. La incorporación de los denominados “derechos digitales” a la legislación de trabajo

La LO 3/2018, así pues, contiene dos partes bastante diferenciadas: la que actúa como desarrollo del Reglamento UE 2016/679 y la que se dedica específicamente a los derechos digitales, esto es, al uso de la tecnología digital en la sociedad española de nuestros días. En términos generales, esta segunda parte de la LO 3/2018, tras hacerse cargo de la relevancia creciente de los dispositivos informáticos y digitales, actúa con una doble finalidad: procurar un uso razonable de dichos medios tecnológicos por parte de todos los ciudadanos y salvaguardar los derechos e intereses legítimos que pudieran verse afectados con ocasión de su implantación o su funcionamiento, con especial énfasis en el respeto de la intimidad y la vida privada de las personas. En todo caso, estas novedosas reglas de la LO 3/2018 se distribuyen a su vez en dos apartados, en función de sus destinatarios. En su mayor parte son reglas que se dirigen a todos los ciudadanos y al conjunto de las relaciones sociales, pero una parte muy significativa de las mismas, numéricamente más reducida pero materialmente más densa y técnicamente más elaborada, tiene como destino particular el ámbito específico de la empresa y de la relación de trabajo.

A través de los preceptos dirigidos a todos los ciudadanos, la LO 3/2018 ha venido a consagrar una serie de derechos de nuevo cuño –los denominados “derechos digitales”– que no sólo tratan de facilitar el acceso de las personas a las posibilidades de información y comunicación derivadas de la tecnología digital, sino también de proporcionarles unas mínimas garantías para racionalizar su uso y para hacer frente a sus posibles efectos nocivos, especialmente en lo que se refiere a los menores de edad. Entre las garantías propiamente dichas se encuentra el derecho a “la seguridad digital” (que se materializa en esencia en los correspondientes derechos de rectificación, actualización y supresión u “olvido” de datos), y el derecho a “la neutralidad en el ámbito de internet” (que comprende a su vez el derecho a no sufrir discriminación por razones económicas, sociales, geográficas o de género). Y entre las facilidades de acceso o de uso cabe citar el derecho a “la educación digital” (como nuevo ingrediente del sistema educativo en sus diferentes

espacios y niveles), así como el derecho de “portabilidad” de los datos (para que, llegado el caso, y siempre en beneficio de su titular, puedan ser transmitidos entre diferentes prestadores de servicios)⁵².

No debe descartarse la posibilidad de que ese tipo de reglas de carácter general puedan ser también de aplicación en el ámbito de la empresa. Piénsese, por ejemplo, en los trabajadores carentes aún de la mayoría de edad, respecto de los que el empresario probablemente tenga que observar los pertinentes cuidados. De cualquier manera, ya hemos dicho que la LO 3/2018 contiene asimismo un conjunto muy apreciable de reglas específicas para el ámbito de la empresa y de la relación de trabajo, reglas que, por cierto, son aplicables también al ámbito de las relaciones entre las Administraciones públicas y sus empleados, con independencia de su régimen laboral o funcionarial. Para ello, la LO 3/2018 ha llevado a cabo una doble operación normativa: de un lado, ha incorporado a la legislación laboral española una tabla básica de “derechos digitales”, y, de otro, ha procedido al desarrollo de tales derechos a través de su propio articulado (arts. 87 a 91 LO 3/2018), en el que básicamente se fijan limitaciones y cautelas para el ejercicio del poder empresarial, con vistas a la debida protección de los derechos del trabajador mayormente implicados (intimidación y vida privada)⁵³. Las leyes laborales afectadas por esta operación normativa son, como cabía suponer, el Estatuto de los Trabajadores (que es de aplicación general al trabajo asalariado y que cuenta a partir de ahora con un nuevo artículo a esos efectos, el 20 *bis*), y el Estatuto Básico de los Empleados Públicos (que es aplicable en el ámbito de la Administración Pública, de modo complementario si se trata de empleados laborales y de modo exclusivo si se trata de funcionarios públicos).

Tres breves comentarios conviene añadir en estos momentos para completar esta primera aproximación a la reciente regulación legal de los “derechos digitales” en España. En primer lugar hay que decir que, pese a su constante alusión a los “derechos digitales”, la LO 3/2018 no es

⁵² Vid. BLÁZQUEZ AGUDO, E.M., *Aplicación práctica de la protección de datos en las relaciones laborales*, Wolters Kluwer, 2018, p. 35 y ss.

⁵³ Vid. ORELLANA CANO, A. M., *El derecho a la protección de datos personales como garantía de la privacidad de los trabajadores*, Aranzadi, 2019, p. 59 y ss.

una disposición legal destinada realmente a reconocer derechos de ese tipo a los trabajadores; no les reconoce derechos de acceso a las técnicas digitales, ni tampoco les habilita por sí misma para el uso en el seno de la empresa de dispositivos electrónicos o informáticos. Su objeto es más bien la imposición de límites y precauciones para el ejercicio de los poderes empresariales de ordenación y control del trabajo en este contexto de las nuevas tecnologías. La LO 3/2018, por decirlo de otra forma, trata de impedir que la incorporación de todo este moderno instrumental a la empresa suponga una afectación indebida a la persona del trabajador y, particularmente, a su intimidad y su vida privada. Por ello, es más bien una ley de protección de los derechos del trabajador como persona, principalmente en aquellos aspectos que, como se dijo, están más ligados a su dignidad.

También hay que poner de relieve, en segundo lugar, que estos preceptos de la LO 3/2018 dedicados a los “derechos digitales”, pese a su relativa autonomía, no pueden separarse por completo de la parte que dentro de ese mismo texto legal se ocupa del tratamiento de datos personales (que es, por cierto, la parte más extensa y completa de su articulado, dado que, a la postre, se trata de una norma de complemento y aplicación del Reglamento UE 2016/679). Es evidente, para decirlo con más precisión, que el uso de la tecnología digital para organizar la producción y el trabajo en el ámbito de la empresa, y para ejercer las facultades empresariales de dirección y control, puede proporcionar mucha información acerca del trabajador (empezando por su imagen), y que tal información debe ser tratada conforme a las reglas generales sobre protección de datos personales. También hay que recordar que la instalación de determinados dispositivos de control por parte del empresario (como las cámaras de grabación de imagen o sonido) debe ajustarse a las exigencias generales de la normativa de protección de datos personales.

Por último, conviene recordar que muchas de las previsiones de la LO 3/2018 están inspiradas en la jurisprudencia que se ha ido forjando a lo largo de los últimos lustros a propósito de los problemas que está suscitando el uso de las nuevas tecnologías en el ámbito de la empresa. Como seguramente ocurre en el resto de los países de nuestro entorno, desde la perspectiva española se trata de una jurisprudencia

que procede de tres fuentes: del Tribunal Supremo (como instancia jurisdiccional máxima en la interpretación y aplicación de la legislación interna de rango infraconstitucional), del Tribunal Constitucional (como intérprete supremo de la Constitución y, particularmente, de su tabla de derechos fundamentales), y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (como intérprete oficial del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Públicas). En efecto, esta doctrina fue pergeñada en un primer momento por el TEDH, que cuenta con sentencias que se han convertido en una referencia ineludible, como *Copland*⁵⁴, *Halford*⁵⁵ y *Barbulescu*^{56 57}, amén de otras muy relevantes, como *López Ribalda*⁵⁸ y *Libert*⁵⁹. El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han construido su doctrina a partir de esas premisas, como demuestran, a modo de ejemplo, las SSTC 241/2012 o 170/2013, así como las SSTS de 26-9-2007⁶⁰, 6-10-2011⁶¹ o de 8-2-2018⁶².

Todo ese fondo jurisprudencial está presente, de una u otra forma, en esta novedosa regulación legal. Citemos, por dar una pista sobre esa influencia, el deber de información previa que el legislador español ha impuesto al empresario como una especie de condición general y básica para la válida adopción de medidas de supervisión y control del trabajo en relación con la implantación de instrumentos de vigilancia a distancia o con el uso de dispositivos digitales. De todos modos, no es previsible que la existencia de reglas legales haga innecesaria la intervención jurisdiccional. Tampoco puede decirse que toda esa jurisprudencia haya perdido relevancia con la entrada en escena del legislador, puesto que en muchos casos será necesaria para la comprensión y aplicación de esa nueva normativa⁶³.

⁵⁴ De 3-4-2007 (recurso 62617/00).

⁵⁵ De 25-6-1997 (recurso 20605/92).

⁵⁶ De 12-1-2016 (recurso 61496/2008).

⁵⁷ De 5-9-2017 (recurso 61496/08).

⁵⁸ De 9-1-2018 (recursos 1874/13 y 8567/13).

⁵⁹ De 22-2-2018 (recurso 588/13).

⁶⁰ Recurso 966/2006.

⁶¹ Recurso 4053/2010.

⁶² Recurso 1121/2015.

⁶³ Pistas y comentarios sobre toda esa jurisprudencia (y, en muchos casos, sobre la correspondiente doctrina judicial) pueden encontrarse en muchas aportaciones doctrinales de los últimos años. Véase, por ejemplo,

3. Las facultades empresariales de control de los dispositivos digitales de trabajo y la protección de los derechos del trabajador

La primera de las reglas que contiene la LO 3/2018 dentro del capítulo dedicado a los “derechos digitales” en el contexto de las relaciones de trabajo se encuentra en su artículo 87, y se refiere a la hipótesis de uso por parte del trabajador “de dispositivos digitales” para la realización de su trabajo, tanto en el ámbito de la empresa privada como en el ámbito de la Administración pública o del sector público en general. Como vamos a ver, es una regla que tiene ante todo fines de salvaguarda del derecho a la intimidad de los trabajadores, pero que de manera indirecta también confiere al empresario determinadas facultades de control y vigilancia. En realidad, tiene un contenido mucho más complejo de lo que podría pensarse en una primera lectura, o de lo que da a entender su propio rótulo.

El artículo 87 LO 3/2018 se compone de cuatro apartados. El primero reconoce el derecho de los trabajadores “a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador”. El segundo habilita al empleador para “acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las

CARDONA RUBERT, M. B., “Reinterpretación de los derechos de intimidad y secreto de las comunicaciones en el modelo constitucional de relaciones laborales: un paso atrás”, *Revista de Derecho Social*, nº 60, 2012, p. 169 y ss.; MARÍN ALONSO, I., “La mensajería electrónica en la empresa: un paso atrás en la protección constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones”, *Relaciones Laborales*, nº 3, 2013, p. 89 y ss.; MUÑOZ RUIZ, A. B., “Social Networking: New Challenges in the Modern Workplace”, *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, V. 2, 2013, p. 32 y ss.; SEPÚLVEDA GÓMEZ, M., “Los derechos fundamentales inespecíficos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y el uso del correo electrónico en la relación laboral. Límites y contra límites”, *Temas Laborales*, nº 122, 2013, p. 197 y ss.; CARRASCO DURÁN, M., “El Tribunal Constitucional y el uso del correo electrónico y los programas de mensajería en la empresa”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2014, p. 53 y ss.; MARTÍN VALVERDE, A., “Uso extralaboral del correo electrónico empleando medios informáticos de la empresa. Control empresarial: requisitos”, *Actualidad Laboral*, nº 2, 2014, p. 184 y ss.; MONEREO PÉREZ, J. L. y DEL MAR LÓPEZ INSÚA, B., “El control empresarial del correo electrónico tras la STC 170/2013”, *Aranzadi Social*, nº 11, 2014, p. 225 y ss. Una panorámica más general puede encontrarse en ÁLVAREZ ALONSO, D., “Protection of Employees’ Privacy and Personal Information in Spain: General Patterns and Case Law Trends”, en BLANPAIN, R./ NAKAKUBO, H./ ARAKI, T., *Protection of Employees’ Personal Information and Privacy*, *Bulletin of Comparative Labour Relations*, nº 88, Wolters Kluwer, 2014, p. 163 y ss., o bien CUADROS GARRIDO, M.E., *Trabajadores tecnológicos y empresas digitales*, Aranzadi, 2018, p. 67 y ss.

obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos". El tercero exige a los empleadores que establezcan "criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente", para lo que deben contar con la participación de "los representantes de los trabajadores" en su elaboración y sobre lo que deben dar la debida información a los trabajadores. Y el cuarto viene a precisar que "el acceso por el empleador al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados".

Bien mirado, el precepto legal de referencia contiene en realidad dos tipos de previsiones, con sentido bien distinto: por un lado, trata de proteger al trabajador frente a las medidas o actuaciones del empleador, pero, por otro, concede al titular de la empresa facultades muy explícitas de control y vigilancia en relación con la actividad del trabajador. De su contenido probablemente puedan extraerse las siguientes conclusiones: 1) el trabajador siempre tiene derecho a la protección de su intimidad en relación con los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador para realizar su trabajo (por ejemplo, en relación con lo que en España conocemos como "ordenador" y en otros países como "computadora"); 2) el empleador puede ejercer sus facultades de control en relación con dichos dispositivos, ya sea para verificar el cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones laborales, ya sea para el cuidado de esos bienes empresariales, pero siempre habrá de hacerlo con el máximo respeto a la intimidad del trabajador, esto es, de la manera menos afectante o menos invasiva posible (aspectos éstos en los que la labor de los tribunales sigue siendo imprescindible); 3) el empleador debe establecer criterios de uso de tales dispositivos, que supuestamente habrán de ajustarse a las pautas o necesidades de organización de la producción y el trabajo pero que en todo caso habrán de ser respetuosos con los derechos que pudieran quedar afectados y particularmente con el derecho a la intimidad; 4) los dispositivos

proporcionados por la empresa deben usarse por el trabajador primordialmente para el trabajo, y si bien el legislador no descarta que puedan usarse asimismo con fines privados, habilita al empresario la posibilidad de regular los usos autorizados, con la participación y, en su caso, acuerdo de los representantes de los trabajadores, pudiendo excluir o admitir mediante esa reglamentación previa la utilización para fines particulares, y, en este segundo supuesto, especificar el tipo de utilización permitida y los periodos de tiempo en que puede hacerse; 5) el empleador puede acceder al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados siempre que se observen las debidas garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, incluida la referida predeterminación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados⁶⁴.

Como conclusión final o global podría decirse que las facultades empresariales de control sólo pueden ejercerse respecto de estos dispositivos digitales con fines de verificación del cumplimiento de sus obligaciones laborales por parte de los trabajadores, y que el uso privado que éste eventualmente haga de esos medios de trabajo queda fuera de tales poderes de control empresarial cuando se ajuste a las condiciones legalmente establecidas, con salvaguarda en todo caso de la intimidad del trabajador. Pese a su novedad, estas previsiones están inspiradas en la jurisprudencia previa sobre los límites al poder de control empresarial, como las SSTEDH *Copland* y *Barbulescu*, y todas las que se mencionaron en el epígrafe anterior, cuyas premisas básicas parecen contar todavía con virtualidad para interpretar estas nuevas reglas⁶⁵.

Repárese, por lo demás, en que el artículo 87 de la LO 3/2018 habla de dispositivos digitales puestos por el empresario a disposición

⁶⁴ Vid. CARDONA RUBERT, M. B., "Reinterpretación de los derechos de intimidad y secreto de las comunicaciones en el modelo constitucional de relaciones laborales: un paso atrás", *Revista de Derecho Social*, nº 60, 2012, p. 169 y ss.; MARÍN ALONSO, I., "La mensajería electrónica en la empresa: un paso atrás en la protección constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones", *Relaciones Laborales*, nº 3, 2013, p. 89 y ss.; MONEREO PÉREZ, J. L./ DEL MAR LÓPEZ INSÚA, B., "El control empresarial del correo electrónico tras la STC 170/2013", *Aranzadi Social*, nº 11, 2014, p. 216 y ss.

⁶⁵ Vid. ÁLVAREZ ALONSO, D., "Protection of Employees' Privacy and Personal Information in Spain: General Patterns and Case Law Trends", en BLANPAIN, R./ NAKAKUBO, H./ ARAKI, T., *Protection of Employees' Personal Information and Privacy*, *Bulletin of Comparative Labour Relations*, nº 88, Wolters Kluwer, 2014, p. 163 y ss.

del trabajador, no de instrumentos que pertenezcan al trabajador⁶⁶. Eso quiere decir que estos otros dispositivos –los pertenecientes al trabajador– quedan en principio al margen de las mencionadas facultades de control empresarial, aunque tampoco puede descartarse del todo que surjan problemas entre trabajador y empresario a propósito de esos dispositivos ajenos a la empresa.

Piénsese, por ejemplo, en la hipótesis de que los dispositivos particulares del trabajador se utilicen con fines de trabajo, en un contexto cada vez más habitual de mezcla de usos personales y profesionales, y de que, como consecuencia de ello, alberguen o registren operaciones de trabajo que sean de interés para la empresa. Piénsese también en el supuesto de que tales dispositivos sean utilizados con fines ilícitos, por ejemplo para captar o almacenar información sensible de la empresa para transmitirla a un tercero. En todos esos casos debe reconocerse al empresario, lógicamente, alguna facultad de control. La legislación laboral española (artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores) permite al empresario hacer “registros” sobre la persona del trabajador o sobre sus efectos personales en determinadas circunstancias y con sujeción a determinadas cautelas. Pero probablemente estemos ante unas hipótesis en las que el registro sobre los bienes del trabajador requiera alguna asistencia o autorización especial. Cuestión distinta es si el empresario puede prohibir a los trabajadores que porten efectos digitales de su propiedad cuando se incorporan al trabajo, o que los usen durante el trabajo. Tampoco tiene el ordenamiento español respuesta directa para esa pregunta.

4. El derecho del trabajador a la desconexión de los dispositivos digitales de trabajo

La segunda referencia legal a los derechos digitales en el contexto de la relación de trabajo se encuentra el artículo 88 de la LO 3/2018, que reconoce el “derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral”. Su contenido se desglosa a la postre en tres reglas. La primera de ellas

⁶⁶ Vid. CREMADES CHUECA, O., “Impacto teórico práctico del BYOD en el derecho del trabajo”, *RTSS (CEF)*, nº 423, 2018, p. 103 y ss.

dispone que los trabajadores (al igual que los empleados públicos) tienen derecho “a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar”. La segunda admite diversas “modalidades de ejercicio de este derecho” en función de “la naturaleza y objeto de la relación laboral”, aunque en todo caso se habrá de contemplar como una vía de “conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar” y se habrá de sujetar a lo dispuesto por convenio colectivo o a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores. La tercera, en fin, exige al empleador que elabore “una política interna” para sus trabajadores en la que se definan tanto “las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión” como “las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática”, con inclusión de quienes ocupen “puestos directivos” y con particular atención a quienes trabajen “a distancia” o en su propio “domicilio”, previa audiencia en todo caso de los representantes de los trabajadores.

Como vemos, el artículo 88 de la LO 3/2018 –que seguramente está influido por lo que no hace mucho tiempo se hizo en el ordenamiento francés– trata sobre todo de impulsar la desconexión en un contexto (tecnológico) en que se corre el riesgo de que el trabajador esté pendiente sin tregua de los encargos o compromisos laborales. De todas formas, el alcance de este precepto legal no está del todo claro, entre otras razones por su intrincada formulación. Podría sostenerse, desde luego, que a partir de esta previsión legal el trabajador tiene derecho en todo caso a la “desconexión” de su trabajo cuando ello resulte necesario para el disfrute de los tiempos de descanso reconocidos legal o convencionalmente. Parece claro asimismo que la desconexión del trabajo se concibe como presupuesto prácticamente indispensable para dar cumplimiento al objetivo general de conciliación de la vida laboral y familiar, cada vez más presente en el sustrato de la legislación laboral, por lo que el trabajador también podría aducir necesidades de cuidado de la familia, y no sólo necesidades de descanso, para desconectar sus instrumentos de comunicación laboral.

Pero también es evidente que el legislador no ha querido dar pautas concretas o precisas sobre cómo proceder a esa desconexión del trabajo y, en consecuencia, sobre cómo ejercer este derecho. Probablemente con buen sentido, ha optado más bien por remitir esos aspectos más prácticos u operativos a la negociación colectiva (convenio colectivo o acuerdo *ad hoc* con los representantes de los trabajadores) y a las pautas de organización de la empresa (la llamada “política interna” de la empresa, que deberá ajustarse en todo caso a lo pactado en convenio o acuerdo colectivo). Cabe pensar también en una relación de complementariedad entre esos dos cauces de concreción y articulación del derecho a la desconexión: la negociación colectiva puede establecer las pautas más generales y la “política” empresarial puede descender a un terreno más concreto y preciso, máxime cuando la empresa se rija por un convenio colectivo de sector.

En todo caso, en la hipótesis de ausencia de previsiones pactadas sobre el modo de ejercicio del derecho a la desconexión corresponderá al titular de la empresa, al amparo de sus poderes de organización y dirección del trabajo, fijar pautas al respecto, previa audiencia a los representantes de los trabajadores y con la pertinente información a los trabajadores. Obviamente, el trabajador siempre podrá hacer valer sus derechos legítimos de desconexión ante la inacción de la empresa, o ante eventuales excesos de la misma. Para ello podrá utilizar los procedimientos internos de reclamación y, en último término, los mecanismos judiciales o extrajudiciales de solución de disputas. No cabe duda, por lo demás, que la acción sindical puede ser de mucha importancia en los supuestos de confrontación o disparidad de pareceres entre empresario y trabajador⁶⁷.

⁶⁷ Sobre el “derecho a la desconexión digital”, vid. MOLINA NAVARRETE, C., “Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso”, *Temas Laborales*, nº 138, 2017, p. 250 y ss.; TASCÓN LÓPEZ, R., “El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español)”, *Trabajo y Derecho*, nº 41, 2018, p. 45 y ss.

5. Preservación de la intimidad del trabajador frente a decisiones empresariales de videovigilancia y grabación de sonidos

El tercer precepto de la LO 3/2018 que se ocupa de los derechos digitales en el campo laboral es su artículo 89, que, según su propio enunciado, se ocupa del “derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo”. Como en los casos anteriores, el precepto en cuestión alberga en su seno varias reglas, que de nuevo parecen tener por objeto primordial la protección de la intimidad de la persona del trabajador pero que también encierran, de forma más o menos explícita, ampliaciones o especificaciones de los poderes empresariales de dirección y control del trabajo. Así lo demuestra la primera de esas reglas, que habilita a los empleadores a “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”, siempre que se cumplan dos condiciones: que esas funciones de control se ejerzan “dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo”, y que se informe a los trabajadores y en su caso a sus representantes acerca de esta medida, “con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa”. Contiene también esta primera regla del artículo 89 LO 3/2018 una referencia a la hipótesis un tanto singular de “comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores”, sobre la que luego volveremos.

Las reglas segunda y tercera del artículo 89 LO 3/2018 proporcionan nuevas habilitaciones para el poder empresarial, pero en estos casos con la finalidad principal de acotar y restringir su ámbito de juego. La regla segunda se refiere a la instalación en la empresa de sistemas de “videovigilancia” o de “grabación de sonidos”, que, conforme a estas previsiones legales, “de ningún modo” se admitirá “en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos”. Por su parte, la tercera regla añade una precisión importante a propósito del uso empresarial de sistemas específicos de grabación de sonidos en el lugar de trabajo, algo que según dicho precepto legal tan sólo se admitirá “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 previstas en los apartados anteriores”, con la apostilla de que habrá de procederse a la “supresión de los sonidos conservados por estos sistemas de grabación” en determinados plazos, conforme a lo establecido con carácter general, dentro de las normas de protección de datos personales, en la propia LO 3/2018.

Estamos ante un precepto legal que se ha nutrido de manera muy patente de la jurisprudencia acumulada a lo largo de estos últimos años en el sistema español, como las SSTC 29/2013 y 39/2016 y la STEDH *López Ribalda*⁶⁸, pero que no deja de presentar diversos problemas de interpretación y aplicación. Sin duda, la regla de mayor firmeza y claridad es la que prohíbe taxativamente la instalación de sistemas de grabación de sonidos o de videovigilancia “en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos”, algo totalmente explicable y justificado, desde el momento en que el interés legítimo que supuestamente pudiera invocar el empleador no puede justificar un sacrificio de tal calibre para el trabajador. A partir de ahí, sin embargo, las previsiones legales no muestran tanta nitidez respecto de su alcance o su nivel de exigencia, sobre todo por estar formuladas de un modo excesivamente general.

Un primer ejemplo de ello puede ponerse a propósito de los sistemas de grabación de sonidos, cuyo uso queda en principio restringido a aquellos casos en que “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 condicionado a que se respeten, no sólo los derechos de la persona que pudieran verse implicados (como la intimidad), sino también los principios “de proporcionalidad” y “de intervención mínima”. Un segundo ejemplo puede ponerse a propósito de los sistemas de grabación a través de cámaras o videocámaras, que, según el tenor literal del precepto en cuestión, pueden utilizarse siempre que las pertinentes funciones de control se ejerzan “dentro de su marco legal y con los límites inherentes

⁶⁸ De 9-1-2018 (recursos 1874/13 y 8567/13).

al mismo". A tenor de estos preceptos legales, es claro que la ley habilita al empresario para el uso de esos medios de control, y lo es igualmente que el titular de la empresa habrá de observar un especial cuidado hacia los derechos del trabajador. Pero ni el artículo 89 LO 3/2018 ni las restantes previsiones del ordenamiento español resuelven todas las incógnitas que pueden presentarse al empresario a la hora de tomar esta clase de medidas de control del trabajo, probablemente porque la legitimidad de su adopción depende mucho de las circunstancias concretas que pueden concurrir en cada caso. Es evidente que en este terreno seguirá siendo inexcusable el auxilio de los jueces y tribunales, pues es muy previsible que no siempre exista el mismo parecer por parte de trabajadores y empresarios acerca de la legalidad de una determinada medida.

De todos modos, tal vez el mayor problema interpretativo que encierra el artículo 89 LO 3/2018 se encuentre en su alusión a un supuesto muy particular, cual es aquel en que "se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores". Para tal hipótesis, el legislador se ha limitado a decir que "se entenderá cumplido" el pertinente deber de informar –esto es, aquel deber de informar a los trabajadores y sus representantes en caso de instalación de sistemas de grabación de imagen o sonido- cuando se hubiese colocado "un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible" en el que conste, al menos, tanto la existencia de "tratamiento" de los datos obtenidos a través de dichos sistemas como la identidad del responsable de dichas operaciones. De este modo, la norma facilita la utilización por el empresario de las imágenes o sonidos grabados como prueba, cuando por medio de ellos se haya producido la captación de la comisión de un acto ilícito. Sin embargo, la redacción legal resulta ambigua e imprecisa. De entrada, no resulta claro a qué clase de actos ilícitos se refiere, esto es, si se ciñe a la comisión de actos ilícitos de trascendencia penal o de afectación al orden público, o si puede proyectarse también sobre meros incumplimientos de sus obligaciones laborales por parte del trabajador que no tengan relevancia más allá del marco contractual laboral.

Por otro lado, el precepto alude a la comprobación circunstancial de un hecho ilícito, pero no proporciona pautas directas sobre cómo

puede proceder el empresario cuando considere necesario un control especial por sospecha fundada de incumplimiento o comportamiento ilícito por parte de algún trabajador o un grupo de trabajadores. ¿Puede el empresario instalar en esos casos sistemas de vigilancia ocultos, sin dar información a los interesados? No se trata de una mera cuestión de laboratorio, sino de un problema real que en bastantes ocasiones han tenido que afrontar los tribunales, que por cierto no siempre han dado soluciones en el mismo sentido. Mientras que algunas resoluciones de los órganos jurisdiccionales españoles –incluido el Tribunal Constitucional– han validado el uso de cámaras ocultas cuando existen sospechas fundadas de un comportamiento ilícito (especialmente, Sentencia TC 186/2000), otras, por el contrario, apuntan a una general proscripción de esa videovigilancia encubierta (principalmente, Sentencia TC 29/2013)⁶⁹. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos parece inclinarse por excluir con carácter general la videovigilancia encubierta (Sentencia TEDH de 9 enero 2018, *López Ribalda y otros c. España*), aunque en alguna ocasión ha admitido excepcionalmente el uso de grabaciones no preavisadas, bajo condiciones restrictivas (Sentencia TEDH de 5 octubre 2010, *Köpke c. Alemania*)⁷⁰. Se trata, como se ve, de un asunto controvertido que, pese a la aprobación de la novedosa legislación aquí comentada, sigue sin tener una respuesta clara y contundente en el sistema español. Así pues, a la vista de las cuestiones que deja abiertas esta normativa, es de esperar que continúe jugando un papel clave en esta materia la jurisprudencia, cuyas orientaciones previas en torno a la videovigilancia y la grabación de sonidos deberán seguir aplicándose de manera complementaria a las nuevas previsiones legales, muy en particular en lo que se refiere a la exigencia de proporcionalidad en el uso de estos sistemas de control en el ámbito de la empresa (Sentencias TC 98/2000 y 186/2000)⁷¹.

⁶⁹ ÁLVAREZ ALONSO, D., "Protection of Employees' Privacy and Personal Information in Spain: General Patterns and Case Law Trends", en BLANPAIN, R./ NAKAKUBO, H./ ARAKI, T., *Protection of Employees' Personal Information and Privacy, Bulletin of Comparative Labour Relations*, nº 88, Wolters Kluwer, 2014, p. 170 y ss.

⁷⁰ De 5-10-2010 (recurso 420/07).

⁷¹ Vid. GOÑI SEÍN, J.L., "Video vigilancia empresarial mediante cámaras ocultas: su excepcional validez como control defensivo «ex post»", *Trabajo y Derecho*, nº 47, 2018; DE VICENTE PACHÉS, F., *El Derecho del Trabajador al respeto de su intimidad*, CES, 1998, p. 323 y ss.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "Videovigilancia

6. El control del trabajador a través de sistemas de geolocalización

El artículo 90 de la LO 3/2018 lleva por rótulo “derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral”. A diferencia de los anteriores preceptos, y pese a que consta de dos apartados, el contenido de esta previsión legal puede condensarse en una sola regla, en virtud de la cual se habilita a los empleadores para “tratar los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización para el ejercicio de las funciones de control”, siempre que respete dos condiciones: que “estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo”, y que con carácter previo se informe de esa medida tanto a los trabajadores como a sus representantes. El propio precepto añade alguna precisión sobre el alcance y el contenido de este deber de información, que no puede limitarse a comunicar “la existencia” de esos dispositivos, sino que tiene que hacer referencia también a las “características” de los mismos y a los derechos “de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión” que tiene el trabajador respecto de los datos obtenidos. La información habrá de transmitirse, además, “de forma expresa, clara e inequívoca”.

Aunque la redacción del precepto habría podido ser más explícita y comprensible, es evidente que esa habilitación que se concede al empresario para “tratar” los datos ha de entenderse, antes que nada, como habilitación para usar sistemas de “geolocalización” con fines de seguimiento de la actividad del trabajador. Como es sabido, el término “tratamiento” significa, en este contexto de protección de datos personales, no sólo uso y conservación, sino también “captación”

empresarial: límites a la luz de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *Diario La Ley*, nº 9328, Sección Tribuna, 2 de Enero de 2019; LÓPEZ PARADA, R., “Análisis jurisprudencial acerca de la instalación por el empresario de sistemas de videovigilancia en el lugar de trabajo”, *Información Laboral (Jurisprudencia)*, V. 3, 1999, p. 5043 y ss.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “La intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo”, en CASAS BAAMONDE, M. E./ DURÁN LÓPEZ, F./ CRUZ VILLALÓN, J. (eds.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley, 2006, p. 631 y ss.; DESDENTADO BONETE, A./ MUÑOZ RUIZ, A. B., *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, Lex Nova, 2012, p. 31 y ss.; ÁLVAREZ ALONSO, D., “Derecho a la intimidad y vigilancia audiovisual en el medio de trabajo: Sentencia TC 98/2000, de 10 de abril”, en GARCÍA MURCIA, J. (ed.), *Derechos del trabajador y libertad de empresa. 20 casos de jurisprudencia constitucional*, Thomson- Aranzadi, 2013, p. 338 y ss.

de los mismos (según la pertinente definición oficial del Reglamento UE 2016/679). Por lo tanto, al permitir el tratamiento de datos a través de dispositivos de geolocalización, el artículo 90 de la LO 3/2018 está permitiendo implícitamente que el empresario use ese tipo de instrumentos. El problema estriba de nuevo en el escaso compromiso del legislador en la formulación de esta regla, que también presenta un excesivo tono general. Sin perjuicio de que pueda ser completado y precisado mediante la negociación colectiva, no habría estado mal que el precepto en cuestión presentara mayor grado de precisión, especialmente en lo que se refiere a sus condiciones de aplicación.

Si bien se mira, el legislador parece haberse preocupado ante todo de la información, respecto de la que se impone al empresario un deber bastante nítido y expresivo. Queda claro también que la información relativa al trabajador que se obtenga a través de esos sistemas –al igual que la información que se capte a través de cámaras de videovigilancia o de grabación de sonido– ha de someterse a las reglas generales de protección de datos personales. Pero cabe preguntarse sobre todo por las condiciones de fondo que han de darse para que el empresario pueda usar legítimamente instrumentos de “geolocalización”. ¿Basta con que el empresario los considere útiles o hace falta algún requisito adicional? ¿Ha de ajustarse también el uso de aparatos de geolocalización al principio de proporcionalidad o ello forma parte, sin más exigencias, del panel de posibilidades con las que hoy en día puede contar el empresario para el control de sus trabajadores? ¿Cabe el uso de sistemas de ese tipo para cualquier clase de trabajo o sólo para ciertos trabajos? Son algunas de las cuestiones que el precepto legal de referencia deja en el aire. De nuevo, la doctrina judicial puede ser (y habrá de ser) de gran ayuda en este terreno⁷².

⁷² Vid. MERGADER UGUINA, J. R., *Protección de datos en las relaciones laborales*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, p. 127 y ss.; GOÑI SEIN, J. L., “Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos”, *Justicia Laboral*, n.º. 39, 2009, p. 42 y ss.; MOLINA NAVARRETE, C., “¿Saber es poder?: conectividad empresarial, geolocalización (GPS) y autodeterminación digital del trabajador”, *RTSS (CEF)*, n.º 419, 2018; ORELLANA CANO, A. M., *El derecho a la protección de datos personales como garantía de la privacidad de los trabajadores*, Aranzadi, 2019, p. 146 y ss.

7. Autonomía colectiva y desarrollo de los derechos digitales

Como se ha podido ver, los preceptos de la LO 3/2018 sobre “derechos digitales” en el medio laboral están formulados en un tono de notable generalidad. También se ha podido comprobar que no atienden a las características del sector de actividad y mucho menos de la empresa. Apenas se refieren, por lo demás, a las circunstancias que han de concurrir para que el empresario pueda adoptar las medidas pertinentes, o al grado en que han de prevalecer los derechos del trabajador. De todo ello parece haber tomado nota el legislador español, que con seguridad también ha sido consciente de las dificultades de aplicación que puede ofrecer este tipo de reglas. Por ello, tras ofrecer una regulación básica en este terreno ha considerado oportuno proporcionar una habilitación expresa a los convenios colectivos, como vía de regulación más cercana a las características y a las necesidades de cada ámbito de trabajo, por su condición de “norma sectorial”. Se ha encargado de ello el artículo 91 LO 3/2018, según el cual “los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral”⁷³.

El precepto merece por lo pronto tres comentarios. El primero de ellos ha de referirse a su estricta alusión a los “convenios colectivos”, que seguramente debe entenderse en un sentido más general, esto es, como remisión a la negociación colectiva, como institución que tiene por fin el establecimiento de reglas por la acción conjunta de representantes de trabajadores y empresarios y que puede albergar en su seno diversas modalidades de acuerdo. Dicho de otro modo: esa habilitación legal puede valer tanto para los convenios colectivos propiamente dichos (que en el sistema español son ante todo los denominados convenios colectivos estatutarios, con eficacia general), como para los restantes tipos de acuerdo colectivo (ya sea el convenio colectivo informal, conocido en la experiencia española como “extraestatutario”, ya sea el acuerdo colectivo *ad hoc*, negociado específica o exclusivamente para estos fines).

⁷³ Una primera reflexión sobre la eventual entrada de la norma pactada en este terreno en A. BAYLOS GRAU, “Los derechos digitales y la negociación colectiva”, *Diario La Ley*, núm.9331, 2019.

En segundo lugar, conviene matizar la referencia de aquel precepto legal al establecimiento de “garantías adicionales”, como objeto de esa posible intervención de la negociación colectiva. Es muy probable que tal referencia deba entenderse en un sentido más amplio, y que la habilitación a la negociación colectiva no solamente lo sea para establecer garantías adicionales para los derechos de los trabajadores, sino, más bien, para regular en todos sus aspectos las medidas previstas por el legislador, siempre, lógicamente, dentro del marco legal establecido. Los acuerdos y convenios colectivos podrán, en consecuencia, establecer también las circunstancias en que aquellas medidas podrán adoptarse y las condiciones que habrá de observar el empleador a tales efectos. Ello implica, naturalmente, una identificación previa de los derechos de los trabajadores que pudieran quedar afectados, y una cuidadosa labor de modulación de tales derechos a la vista de los intereses legítimos de la empresa, pero la tarea de regulación puede ir más allá de esa operación preliminar y básica⁷⁴.

En tercer lugar, vale la pena llamar la atención sobre el campo de juego de la habilitación concedida por el artículo 91 de la LO 3/2018 a los convenios colectivos. Nótese que el precepto no sólo habla de la posibilidad de ocuparse de los “derechos digitales”, sino que también alude al “tratamiento de datos personales”. Siendo así, parece evidente que esta habilitación que se concede a la negociación colectiva ha de conectarse también con las llamadas que se hacen a esa vía de regulación dentro de las normas específicas sobre protección de datos personales y, más concretamente, con la llamada que el artículo 88 del Reglamento UE 2016/679 hace a los ordenamientos nacionales –y a los convenios colectivos en particular– para garantizar la protección de derechos y libertades en el ámbito laboral y, en definitiva, para adaptar la regulación de protección de datos personales a las singulares características de la relación de trabajo.

⁷⁴ Sobre las posibilidades de la negociación colectiva de adentrarse en un terreno que en una primera aproximación parece muy cercano al orden público, SAN MARTÍN MAZZUCONI, C./SEMPERE NAVARRO, A.V. (eds.), *Derechos fundamentales inespecíficos y negociación colectiva*, Aranzadi, 2011, p. 138 y ss.