



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

LA LO 3/2018 SOBRE PROTECCIÓN DE  
DATOS Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS  
DIGITALES Y LOS DERECHOS LABORALES

Nuevas formas de trabajo y tecnología, aspectos jurídico-laborales

Autora: Carmen Rotger Ordóñez

5ºE5

Área de Derecho Laboral

Tutor: Dolores Carrillo Márquez

*Madrid*

Abril de 2019

## **Resumen**

El 5 de diciembre de 2018 entraba en vigor la nueva Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. En los artículos 87 a 91 de esta ley se regulan las cuestiones de el derecho a la intimidad y el uso de los dispositivos digitales, el derecho a la desconexión y conciliación laboral, la videovigilancia y la grabación de sonidos, los sistemas de geolocalización, y los derechos digitales y negociación colectiva. Esta nueva regulación aparece en un momento de exacerbación de la inclusión de las nuevas tecnologías en todos los ámbitos de la actividad humana, tecnologías en desarrollo constante y veloz que exigen una legislación que sepa adaptarse a tal ritmo. Dentro de estas cuestiones, y a raíz de la revolución digital, la protección de los datos se vuelve una cuestión primordial, al ser susceptible de entrar en conflicto con el derecho a la intimidad recogido por la Constitución en su artículo 18. Por otro lado, el derecho del empleador a controlar a los trabajadores halla una mayor facilidad de concreción a través de estos nuevos medios. El reto de esta nueva ley era, pues, calibrar los derechos que colisionan: el derecho a la intimidad del trabajador, y la libertad de empresa que implica el derecho de control laboral del empresario.

## **Palabras clave**

Derecho Laboral, Derecho a la intimidad, Libertad de empresa, Protección de datos, Nuevas tecnologías, TIC, Control del empresario

## **Abstract**

December 5<sup>th</sup> in 2018, the new *Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales* (Organic Law 3/2018 for Data Protection and guarantee of digital Rights) entered into force in Spain. Right to privacy and use of digital tools, right to disconnect from work and labour conciliation, video surveillance and sound recording, geo-location systems, and digital rights and collective bargaining, are regulated in articles from 87 to 91. This new legislation appears in a moment in which new technologies are being included in all branches of human activity at a quick speed and in a constant development, demanding laws that can adapt to that rhythm. As a consequence of the digital revolution the world is currently living, data protection becomes a core topic because of the danger of breaching the right to private life stated in article 18 of the Spanish Constitution. On the other hand, the employer has the right to control the labour activity of his employees and has found in these new technologies a greater ease in materializing that ability through these means. The challenge this new law had was, then, to calibrate those two rights that can collide: the right of the worker to private life, and the freedom of enterprise of the entrepreneur and the right to control his workers ability that it implies.

## **Key words**

Labour law, Right to privacy, Right to private life, Freedom of enterprise, Data Protection, New technologies, Entrepreneur's control

*A mis padres y a mi hermana, por enseñarme todo lo que sé.*

# Índice

|                                                                                    |           |
|------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>LISTADO DE ABREVIATURAS.....</b>                                                | <b>7</b>  |
| <b>INTRODUCCIÓN .....</b>                                                          | <b>8</b>  |
| <b>CAPÍTULO 1: NUEVAS TECNOLOGÍAS Y RELACIONES LABORALES .....</b>                 | <b>10</b> |
| <b>1. Digitalización de la producción, y datos .....</b>                           | <b>10</b> |
| <b>2. Relaciones laborales .....</b>                                               | <b>11</b> |
| a) Control laboral .....                                                           | 13        |
| b) Nuevas formas de trabajo.....                                                   | 15        |
| c) Protección de datos .....                                                       | 16        |
| <b>CAPÍTULO 2: REGULACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE DATOS.....</b>                       | <b>17</b> |
| <b>1. Desarrollo histórico de la legislación .....</b>                             | <b>17</b> |
| <b>2. Normativa aplicable.....</b>                                                 | <b>21</b> |
| <b>3. Derechos constitucionales inespecíficos y test de proporcionalidad .....</b> | <b>21</b> |
| <b>CAPÍTULO 3: NUEVA LOPD-GDD Y DERECHOS DE LOS TRABAJADORES.....</b>              | <b>26</b> |
| <b>1. Introducción .....</b>                                                       | <b>26</b> |
| <b>2. Derecho a la intimidad y uso de los dispositivos digitales.....</b>          | <b>29</b> |
| 2.1 Contenido y derechos constitucionales involucrados.....                        | 29        |
| 2.2 Evolución jurisprudencial .....                                                | 30        |
| 2.3 Derecho comparado.....                                                         | 32        |
| <b>3. Derecho a la desconexión y conciliación laboral.....</b>                     | <b>34</b> |
| 3.1 Contenido y derechos constitucionales involucrados.....                        | 34        |
| 3.2 Evolución jurisprudencial .....                                                | 36        |

|           |                                                         |           |
|-----------|---------------------------------------------------------|-----------|
| 3.3       | Derecho comparado.....                                  | 39        |
| <b>4.</b> | <b>Videovigilancia y grabación de sonidos.....</b>      | <b>41</b> |
| 4.1       | Contenido y derechos constitucionales involucrados..... | 42        |
| 4.2       | Evolución jurisprudencial .....                         | 43        |
| 4.3       | Derecho comparado.....                                  | 46        |
| <b>5.</b> | <b>Sistemas de geolocalización .....</b>                | <b>46</b> |
| 5.1       | Contenido y derechos constitucionales involucrados..... | 47        |
| 5.2       | Evolución jurisprudencial .....                         | 48        |
| 5.3       | Derecho comparado.....                                  | 50        |
| <b>6.</b> | <b>Derechos digitales y negociación colectiva .....</b> | <b>52</b> |
| 6.1       | Contenido y derechos constitucionales involucrados..... | 52        |
|           | <b>CONCLUSIONES.....</b>                                | <b>53</b> |
|           | <b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>                                | <b>55</b> |
|           | <b>JURISPRUDENCIA CITADA.....</b>                       | <b>60</b> |
|           | <b>LEGISLACIÓN CITADA .....</b>                         | <b>62</b> |

# LISTADO DE ABREVIATURAS

|          |                                                                          |
|----------|--------------------------------------------------------------------------|
| AEPD     | Agencia Española de Protección de Datos                                  |
| AN       | Audiencia Nacional                                                       |
| Art.     | Artículo                                                                 |
| BOE      | Boletín Oficial del Estado                                               |
| CE       | Constitución Española                                                    |
| CEDH     | Carta Europea de Derechos Humanos                                        |
| ET       | Estatuto de los Trabajadores                                             |
| L        | Ley                                                                      |
| LO       | Ley Orgánica                                                             |
| LOPD     | Ley Orgánica de Protección de Datos                                      |
| LOPD-GDD | Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales |
| OIT      | Organización Internacional del Trabajo                                   |
| RD       | Real Decreto                                                             |
| Rec.     | Recurso                                                                  |
| TIC      | Tecnologías de la Información y la Comunicación                          |
| S        | Sentencia                                                                |
| TC       | Tribunal Constitucional                                                  |
| TEDH     | Tribunal Europeo de Derechos Humanos                                     |
| TFUE     | Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea                            |
| TJUE     | Tribunal de Justicia de la Unión Europea                                 |
| TS       | Tribunal Supremo                                                         |
| TSJ      | Tribunal Superior de Justicia                                            |
| UE       | Unión Europea                                                            |

# INTRODUCCIÓN

En este trabajo se pretende abordar en qué medida la nueva Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales incide en los derechos de los trabajadores: con una creciente presencia de las nuevas tecnologías de la información ya no sólo en los lugares de trabajo sino en todos los procesos económicos, cabe preguntarse sobre si esta nueva ley protege o no a los ciudadanos y, en consecuencia, a los trabajadores, de los efectos negativos que estas nuevas herramientas pudieran tener sobre sus derechos.

Para un correcto planteamiento de esta cuestión es necesario tener en cuenta cuáles han sido los antecedentes en la regulación de esta materia, así como la evolución histórica de la inclusión de las nuevas tecnologías en la economía en general, y en el lugar de trabajo en particular. Es por ello por lo que hacemos un recorrido a la legislación que ha tratado este tema, y atendemos a cómo las TIC transforman el mundo en el que vivimos y, sobre todo, a qué velocidad.

A partir de aquí, estudiando la jurisprudencia generada por las materias reguladas ahora por la Ley Orgánica, pretendemos poder evaluar hasta qué punto la nueva Ley de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales supone un avance en el establecimiento de garantías a los empleados tanto del sector privado como del sector público, en lo que a la protección de los datos que se derivan del uso de estos medios se refiere.

Para realizar este trabajo se ha consultado doctrina, tanto la más reciente en la materia, como algunos textos anteriores a la Ley que trataban el recorrido jurisprudencial de estas materias. A través de estos últimos textos hemos encontrado la jurisprudencia más relevante sobre las materias que aquí se tratan, y la hemos incluido en el texto del Trabajo. La mayor dificultad ha sido encontrar textos que analizaran un texto legislativo tan joven, sobre todo en la cuestión de la negociación colectiva cuando se vincula con los derechos digitales.

Sobre el sistema de citación, se ha utilizado APA en el cuerpo del texto, pero se han incluido también algunas referencias doctrinales necesarias a pie de página cuando su especificidad lo hacía necesario, así como la jurisprudencia a la que se hace referencia



pero no se cita en el texto. Este mismo método se ha utilizado para aclarar algunas cuestiones o conceptos que, también por su concreción, podían no resultar conocidos al lector. El resto de la bibliografía utilizada como referencia se encuentra, como corresponde al estilo APA, al final del trabajo en el apartado de bibliografía.

Para poder llevar a cabo esta investigación estudiaremos primero cómo se relacionan las nuevas tecnologías con las relaciones laborales, atendiendo a la digitalización de la producción y al control laboral del empresario a sus empleados en lo que a las TIC se refiere.

En segundo lugar, retrataremos el recorrido histórico de la legislación sobre la protección de datos, y atenderemos a la normativa aplicable actual, tomando en consideración los derechos constitucionales y la doctrina del test de proporcionalidad.

Y, por último, estudiaremos individualmente las cuestiones que se introducen en los artículos 87 a 91 de la nueva LO 3/2018, atendiendo a su contenido, la evolución jurisprudencial de la materia, y a ciertas cuestiones de Derecho comparado y de Derecho de la Unión Europea que sean procedentes. Estos artículos, por orden, tratan: el derecho a la intimidad y el uso de los dispositivos digitales, el derecho a la desconexión y conciliación laboral, la videovigilancia y la grabación de sonidos, los sistemas de geolocalización, y los derechos digitales y negociación colectiva.

# CAPÍTULO 1: NUEVAS TECNOLOGÍAS Y RELACIONES LABORALES

## 1. Digitalización de la producción, y datos

*E-commerce, crowdfunding, bigdata, outsourcing, startup, bitcoin, blockchain, crowdworking o crowdsourcing...* Los neologismos que describen nuevas formas de proceder en la economía nos acosan, y nos exigen, en una suerte de metáfora de los cambios que se están dando en el mundo productivo, una constante actualización y cierto miedo al progreso (Saiz, 2012). En mayor o menor medida existe ya un uso amplio de las nuevas tecnologías por el consumidor medio para llevar a cabo algunas de sus compras, y la presencia de las empresas en Internet condiciona habitualmente su éxito. Por no hablar de empresas cuya oficina es completamente virtual, y que cambian el lugar de trabajo por un software que ofrece una mayor productividad de las actividades laborales.

Estamos ante una cuarta revolución industrial, que propone la utopía de un “tecnoparaiso” (Rifkin, 2003): la productividad aumenta cuando la tecnología se incorpora al proceso productivo. Ello genera que los costes se reduzcan y aumente la demanda, lo que lleva a una mayor exigencia de productividad y una ampliación de los puestos de trabajo. Esta teoría, marcada por un profundo optimismo, no tiene en cuenta sin embargo las grandes cifras de desempleo que una transición del tipo que plantea puede implicar, ni la obsolescencia programada de muchos de los conocimientos que se adquieren hoy mismo en las instituciones educativas, ni los costes que para muchas empresas supone la digitalización o, incluso, la adquisición de los medios para subirse a la nueva ola tecnológica de la producción. Los caminos hacia el éxito de las empresas se redefinen (Laguens, 2017), y los recursos intangibles pasan a ser un valor en alza, casi más que los recursos materiales.

En este sentido, cabe hablar de la influencia de los flujos de datos en la economía. Desde el punto de vista del consumidor, la comercialización de sus datos puede poner a su disposición productos que le interesen más y de manera más rápida, siendo la otra cara de la moneda la afectación directa de sus derechos, como, por ejemplo, los derechos

fundamentales recogidos en el artículo 18 de la Constitución española, como veremos más adelante.

Pero donde hallamos un mayor interés de estos flujos de datos no es tanto en los actores de la demanda económica como en los de la oferta: las empresas encuentran a sus potenciales clientes con una publicidad que se muestra sólo a personas a quien, según indican los datos que ellos manejan, más puede interesar, abaratando los servicios de publicidad.

Esta diana en la que la publicidad acierta tiene que ver con el hecho de que “las tecnologías de tercera generación permiten penetrar en la *caja negra* que constituye el razonamiento propio de cada individuo”<sup>1</sup> que, usando los servicios de internet, va dejando un rastro que delata sus modos de operar, siendo posible crear incluso predicciones sobre sus actuaciones.

Hoy en día desconocemos hasta qué punto todo esto puede afectar a la economía y, por ende, a la sociedad. La sofisticación de estas herramientas es tan útil como peligrosa, si atendemos al hecho de que los algoritmos que manejan estos procesos no suelen ser públicos y, aunque lo fueran, sólo una pequeña parte de la población tendría capacidad y formación suficiente como para comprender hasta qué punto esto afecta o no a una sociedad que se pretende justa y libre (Pascual, 2019).

## **2. Relaciones laborales**

La publicación *El futuro del trabajo que queremos*, de la OIT en España (Conferencia Nacional Tripartita, 2017), recoge estudios sobre el camino que está siguiendo el empleo y el fin que se dibuja para él. Para comenzar, se menciona que “los cambios sociales más relevantes con impacto en el trabajo que han tenido lugar en los últimos tiempos son: la asunción de obligaciones familiares por ambos progenitores, el

---

<sup>1</sup> Cuadros Garrido, M. (2017). *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, página 34. Doctorado, Universidad de Murcia, Facultad de Derecho, Murcia.

incremento del uso de las nuevas tecnologías, la preocupación por los hábitos saludables y la realidad demográfica”<sup>2</sup>.

Los datos sobre la invasión por las nuevas tecnologías del mercado laboral son asombrosos: sólo en España, desde el final de la crisis económica, la afiliación en el sector de las nuevas tecnologías ha crecido más del 13,40%, llegando a los 440.000 trabajadores de los afiliados en la Seguridad Social (De la Cal Barredo, 2017).

Uno de los efectos más trascendentales de esta transformación es el de la *uberización*<sup>3</sup> de las relaciones laborales, que puede ser en forma de economía colaborativa o *crowdsourcing* o *crowdwork*<sup>4</sup>. La importancia económica de este sector es notable actualmente, pero lo será sin duda más en un futuro cercano.

Los problemas surgen en relación con la protección de los trabajadores, existiendo un grave riesgo de que estas novedades supongan “una liberación o una atadura en función del uso que se les dé, además de contribuir a difuminar las fronteras entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo”<sup>5</sup>. Estos problemas van poco a poco intentándose encarar por parte de los Gobiernos. Cabe mencionar la *Agenda Europea para la economía colaborativa*, redactada por la Comisión Europea y presentada el 2 de

---

<sup>2</sup> De la Cal Barredo, M. (2017). *Los enfoques sobre derechos sociales de giro y estado profesional de las personas*. Página 56. En C. N. Tripartita, *El futuro del trabajo que queremos* (págs. 51-57). Madrid: Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones.

<sup>3</sup> La uberización hace alusión a la “economía bajo demanda”, que es “un modelo de negocio donde internet permite que las plataformas virtuales dispongan de grandes grupos de prestadores de servicios que se encuentran a la espera de que un consumidor solicite un servicio”. (De la Cal Barredo, 2017, pág. 53)

<sup>4</sup> Definido como “empresas que ofrecen e intermedian servicios articulados en el marco de plataformas on-line que permiten su desarrollo en cualquier parte del mundo como etiquetado de fotos, comprobaciones de corrección de sitios y textos, u otros similares” por el profesor Francisco Javier Calvo Gallego, de la Universidad de Sevilla. (extraído de <http://grupo.us.es/iwpr/wp-content/uploads/2016/09/pdfdefinitivaeconomiacolaborativapresentacion.pdf>) (Calvo Gallego, 2015)

<sup>5</sup> Conferencia Nacional Tripartita. (2017). *El futuro del trabajo que queremos* (Vol. I y II). Página 67. Madrid, España: Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones

junio de 2016, que busca orientar a los Estados Miembro de la Unión a la hora de aplicar la normativa europea en este ámbito. En este documento, se considera que los Estados Miembro deberían aprovechar las oportunidades que este nuevo modelo ofrece para el desarrollo y afirma que “la UE debería apoyar proactivamente la innovación, la competitividad y las oportunidades de crecimiento que ofrece la modernización de la economía”<sup>6</sup>. Sin embargo, también se advierte de lo siguiente:

*La economía colaborativa plantea a menudo cuestiones relacionadas con la aplicación de los marcos jurídicos existentes, que hacen menos claros los límites establecidos entre consumidor y proveedor, trabajador por cuenta propia y por cuenta ajena o la prestación profesional y no profesional de servicios. Esto puede crear incertidumbre sobre las normas aplicables (...). Al mismo tiempo, existe el riesgo de que se aprovechen las zonas grises reglamentarias para eludir normas diseñadas para proteger el interés público.*<sup>7</sup>

Para el estudio de cómo estas innovaciones se incrustan en nuestra nueva legislación sobre protección de datos, cabe atender previamente a las cuestiones del control laboral, las nuevas formas de trabajo, y la protección de datos, de forma individualizada.

#### *a) Control laboral*

El control que el empleador puede hacer, a través de las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías, se da en una lista de *numerus apertus*, incluyendo videovigilancia, mecanismos de control de acceso y localización en las instalaciones de la empresa, registros del ordenador utilizado por el trabajador, historial de navegación, correo electrónico de la empresa, o información que se pueda recabar en las redes sociales<sup>8</sup>. Todos estos mecanismos pueden utilizarse de forma más o menos evidente ante el

---

<sup>6</sup> Comisión Europea. (2016). *Una Agenda Europea para la economía colaborativa*. Página 17. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas.

<sup>7</sup> Comisión Europea. (2016), *op. Cit*, p.2.

<sup>8</sup> Cuadros Garrido, M., *op. Cit*, p. 52.

trabajador, o bien por medio de *softwares espía*, que registran desde los programas que se usan a lo largo de la jornada laboral y durante cuánto tiempo, hasta los lugares que se visitan a través de internet con información detallada sobre las páginas en concreto que el trabajador visualiza y los minutos u horas que emplea en ello. Existen incluso programas que permiten hacer pantallazos de la actividad del trabajador en su ordenador en cualquier momento (Diego, 2018).

Estas nuevas situaciones llevan, sin duda, a una configuración de las garantías en que fácilmente pueden colisionar derechos fundamentales de los trabajadores y del empresario, derechos a la intimidad, al honor, y el derecho a la libertad de empresa.

Cuadros Garrido<sup>9</sup> establece que existen tres posibles formas de control tecnológico del trabajador: el control directo, que se hace sobre la propia actividad laboral que realiza el empleado; el control indirecto, que se utiliza a la hora de “satisfacer cualquier exigencia técnico organizativa o de seguridad en el trabajo”; y el control defensivo, que se lleva a cabo en aras de proteger a la empresa de los ataques que puedan llevarse a cabo contra las personas o bienes que la componen.

Por otro lado, cabe también mencionar el control que los empleadores pueden hacer de las conductas privadas de los trabajadores a través de las tecnologías de la información y la comunicación (en adelante, TIC), que tiene que ver, sobre todo, con las plataformas sociales que encontramos en Internet. En este sentido, el *Dictamen 5/2009 sobre redes sociales en línea* del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29, en el seno de la Unión Europea, establece que los Servicios de Redes Sociales implican: que los usuarios proporcionarán datos de carácter personal para la creación de su perfil, que los Servicios de Redes Sociales ponen a disposición de sus usuarios ciertas herramientas para introducir su contenido en la red en línea, y que funcionan gracias a la utilización de listas de contactos individual para cada usuario con los que éste puede interactuar (Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29, 2009).

---

<sup>9</sup> Cuadros Garrido, M., p. 53.

Estas redes sociales son normalmente de uso gratuito, y el lucro para las empresas reside en la publicidad que se muestra a los usuarios de las mismas que tiene como contrapartida la comercialización de los datos que éste deja a modo de *huella digital* en esas plataformas. Por el lado de las empresas, de nuevo, esto proporciona cierta efectividad a sus campañas publicitarias, pero por parte del trabajador, el uso de estos servicios puede reflejar ciertas conductas o creencias con las que el empleador no converge, y dar lugar a desavenencias.

En este sentido, un tribunal estadounidense declaró que clicar “me gusta” en Facebook es un acto de libertad de expresión, amparado por la Primera Enmienda de su Constitución<sup>10</sup>. La sentencia decidía sobre una denuncia presentada colectivamente por algunos trabajadores de un sheriff, uno de los cuales afirmaba haber sido despedido por pulsar “me gusta” en un anuncio de la campaña del rival de su empleador.

#### *b) Nuevas formas de trabajo*

Como ya hemos comentado, existen nuevas formas de trabajo con causa en los avances en las TIC, que amenazan con suponer un reto importante en el panorama legal. Esto se debe a que la gran mayoría de estas formas de trabajo tienden a la flexibilización del horario laboral, y a una mayor independencia de los trabajadores respecto de sus empleadores e incluso de la oficina corporativa física donde su trabajo se desarrolla. Cambian, pues, “las condiciones laborales de los trabajadores, las experiencias vitales en el trabajo y (...) el propio concepto de trabajo”<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> López Antuña, J. (2014). *Pulsar "me gusta" en Facebook: despido nulo y riesgo del uso de Whatsapp en la comunicación abogado-cliente*, p. 24. Revista del Consejo General de Graduados Sociales.

<sup>11</sup> Aragüez Valenzuela, L. (enero a marzo de 2017). Nuevos modelos de economía compartida: Uber Economy como plataforma virtual de prestación de servicios y su impacto en las relaciones laborales, p. 4. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 5(1), 3-21.

Todas estas formas de trabajo están relacionadas, en mayor o menor medida, con el *Smart working*<sup>12</sup>, con el *coworking*, trabajo *freelance*, el teletrabajo, el *crowdfundig* como modelo de financiación de proyectos de emprendimiento, o, en definitiva, con la Economía Colaborativa<sup>13</sup>. La nota que tienen en común estas modalidades es el hecho de que el trabajador se expone en redes de telecomunicaciones para la realización de su trabajo.

### c) *Protección de datos*

La cuestión que abordamos en este ensayo, más que la regulación o falta de ella de estas nuevas formas de trabajo, es el hecho de que todas ellas nacen desde y para las TIC o las usan como herramienta para desarrollar su actividad laboral, siendo preciso atender, por lo menos, a la protección del trabajador y de su medio de trabajo que es, cada día más, su ordenador, su teléfono móvil o su Tablet.

Teniendo en cuenta que lo que el trabajador expone muchas veces cuando utiliza estas tecnologías son datos de carácter personal, salvaguardar la seguridad de estos es una cuestión crucial, esclareciendo previamente cuáles son los ámbitos que pueden verse afectados por esta circunstancia. Para este estudio, es necesario distinguir entre los

---

<sup>12</sup> Definida en la revista digital *RRHHDigital* como “poner a disposición del trabajador todas las herramientas que le permitan ser más eficaz y obtener mejores resultados”. Extraído de: [http://www.rhhdigital.com/secciones/empleo-joven/120093/Que-es-el-Smart-Working?target=\\_self](http://www.rhhdigital.com/secciones/empleo-joven/120093/Que-es-el-Smart-Working?target=_self) con fecha de la última consulta: 13 de marzo de 2019.

<sup>13</sup> Definida como “sistema económico de interacción entre dos o más sujetos, a través de medios digitalizados o no, llevado a cabo para satisfacer una necesidad real o potencial. Por ende, la misma puede ser entendida como un intercambio o “trueque” de determinados bienes o servicios. Sin embargo, el concepto de economía colaborativa no únicamente se limita a esto, sino que es algo más en el sentido en que también puede referirse a la manera tradicional de compartir, prestar, alquilar y regalar, rediseñada por medio de las tecnologías de la información y la comunicación generalmente”. (Aragüez Valenzuela, 2017, pág. 4)



conceptos de “datos”, “información” y “tratamiento de la información”<sup>14</sup>. En este sentido, se establece que los datos son premisas para la consecución de informaciones derivadas de los hechos, que la información es la ordenación de esos mismos datos en busca de un sentido o significado, y el tratamiento de la información es la sistematización de los datos encaminada a la obtención de enunciados que, en los casos de los datos personales, pueden llegar a configurar perfiles individuales con el riesgo de atentar contra la propia intimidad. Esto se debe a que la configuración de esos perfiles por empresas especializadas o por instituciones que utilizan los programas de sistematización de datos, puede estar encaminada a propósitos distintos de aquellos por los que el individuo cedió los mismos.

Teniendo en cuenta que el derecho a la intimidad es un derecho fundamental consagrado en el artículo 18 de nuestra Constitución, atender a estos riesgos es una necesidad apremiante.

## CAPÍTULO 2: REGULACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE DATOS

### 1. Desarrollo histórico de la legislación

El desarrollo histórico de la legislación sobre la protección de datos lo hallamos en la misma Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Protección de Datos del 3 de diciembre de 2018.

A nivel constitucional, como ya hemos mencionado, la protección de datos viene consagrada como derecho fundamental en el artículo 18.4 de la Constitución Española, que establece que *la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*. Si

---

<sup>14</sup> Zaballos Pulido, E. (2013). *La protección de datos personales en España: evolución normativa y criterios de aplicación (doctorado)* p. 33. (U. Complutense, Ed.) Madrid, España.

atendemos al hecho de que la redacción de este precepto tiene lugar en 1978, vemos que su formulación no deja de ser en cierto modo visionaria y, desde luego, pionera.

La introducción de este artículo fue consecuencia de los trabajos que había estado realizando el Consejo de Europa en la década de 1960 con causa en el auge de las TIC que generó cierta necesidad de proveer de normas claras y específicas para proteger a las personas físicas (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2014). A mediados de la década siguiente, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ya había adoptado resoluciones sobre la protección de los datos personales a que se refiere el artículo 8 de la CEDH<sup>15</sup>. En 1981 quedaba abierto para su firma el *Convenio nº108 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal*, instrumento jurídicamente vinculante en lo que respectaba a la protección de datos<sup>16</sup>.

En cuanto a la legislación interna, el artículo 18.4CE se desarrolla por primera vez en la Ley Orgánica 5/1992 de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, que además se había desarrollado de forma paralela a la Directiva 95/46/CE: cuando la LO entró en vigor, ya había una propuesta de Directiva fechada en 1991. Cuando se aprobó la directiva cuatro años después (después, incluso, de la aprobación y entrada en vigor de la LO), el texto se había alejado bastante de aquel proyecto de 1991, y, por ende, de la LO española.

Esta Directiva cambió la concepción que se tenía sobre las leyes de protección de datos, prefiriendo en su artículo primero los intereses del mercado a la preservación de la intimidad como bien jurídico y como derecho fundamental. El fin era facilitar la libre circulación de los datos en el mercado interior europeo, pero limitándola en lo que afectase a los derechos y libertades básicos de los individuos *a priori*, esto es, evitando

---

<sup>15</sup> Artículo 8.1 de la CEDH: *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

<sup>16</sup> Cabe mencionar que el Convenio nº108 ha sido recientemente modificado por el Convenio nº108 (extraído de <https://blog.cuatrecasas.com/propiedad-intelectual/convenio-108-datos/> el día 20 de febrero de 2019)

que se produjeran perjuicios por un uso indebido de esos datos. (Heredero Higuera, 1998). Esta directiva versaba, en definitiva, sobre la libre circulación de los datos de las personas físicas, en aras de que la protección no fuera un obstáculo a la libre circulación.

Esta ley sería reemplazada por la LO 15/1999 de 5 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal, que trasponía la Directiva 95/46/CE. La LO 15/1999 incorporaba el artículo 8 de la CEDH y el artículo 16.1 del TFUE<sup>17</sup>, y hubo de completarse con una creciente jurisprudencia de lo contencioso-administrativo.

En los últimos años de la década de los 2000 aumentan los impulsos para una regulación más uniforme de este Derecho Fundamental con causa en el avance de la globalización: la Comisión Europea emite, el 4 de noviembre de 2010, una comunicación en la que se realiza “un enfoque global de la protección de datos personales en la Unión Europea”, que sería el germen de la reforma que un tiempo después llevaría a cabo la UE en relación con la protección de datos, y que había que interpretar conjuntamente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El último hito en la regulación de esta materia se lleva a cabo en el Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, que deroga la Directiva 95/46/CE. Además, se dicta la Directiva 2016/680 de la misma fecha, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo (Parlamento Europeo y Consejo Europeo, 2016).

---

<sup>17</sup> Artículo 16.1 TFUE: *Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.* (extraído de [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/ttce.p1t2.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/ttce.p1t2.html) el día 20 de febrero de 2019)

El Reglamento Europeo de Protección de Datos mencionado anteriormente (Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016) aúna la normativa europea y pone en manos del ciudadano un mayor control de los datos personales que expone en su uso de las herramientas TIC. Además, afina los usos para las empresas, y permite un mejor aprovechamiento de todo aquello que el mercado único digital tenga que ofrecer “reduciendo la burocracia y beneficiándose de una mayor confianza de los consumidores”<sup>18</sup>.

Al mismo tiempo, la Directiva Europea de Protección de Datos se enfoca a los ámbitos policiales y judiciales, con la intención de ofrecer mayores garantías a las víctimas, testigos y sospechosos de los delitos que se encuentren en esta área dentro del marco de una investigación policial o cuando haya de aplicarse la ley sancionadora por parte de los operadores jurídicos. Igualmente, la Directiva contribuye a una mejor cooperación intraeuropea tanto policial como judicial para luchar contra el terrorismo en la Unión (FH, 2016).

Este Reglamento, con su consustancial eficacia directa, fue plasmado de diversas formas en los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados Miembro. Ante las nuevas circunstancias de aumento de flujos de la información, los retos que existen respecto a la rápida evolución tecnológica y la globalización, el reglamento refuerza la seguridad jurídica y la transparencia.

El Reglamento, que entró en vigor el 25 de mayo de 2018 según se establecía en su artículo 99, y hacía necesaria, pues, una actualización de la Ley Orgánica de protección de datos vigente hasta ese momento en el estado español.

---

<sup>18</sup> FH, C. (4 de Mayo de 2016). *Contenido y novedades del Reglamento general de protección de datos de la UE (Reglamento UE 2016/679, de 27 de abril de 2016)* p. 1. Recuperado el 15 de marzo de 2019, de Noticias Jurídicas: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/11050-contenido-y-novedades-del-reglamento-general-de-proteccion-de-datos-de-la-ue-reglamento-ue-2016-679-de-27-de-abril-de-2016/>

## **2. Normativa aplicable**

Siendo este el desarrollo legislativo que ha tenido la cuestión de la protección de datos en España, la que se establece como normativa aplicable en la página web de la Agencia Española de Protección de Datos<sup>19</sup> se compone del reglamento mencionado *ud supra*, incluyendo las modificaciones llevadas a cabo por Corrección de errores del Reglamento (UE) 2016/679 y la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPD-GDD o LO 3/2018 en adelante) eminentemente.

Sin embargo, en la misma página se hace referencia también a las leyes sobre la sociedad de la información y las telecomunicaciones, en concreto a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; y a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

Por último, cabe también mencionar la Circular 1/2019, de 7 de marzo de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD en adelante), que versa sobre “el tratamiento de datos personales relativos a opiniones políticas y envío de propaganda electoral por medios electrónicos o sistemas de mensajería por parte de partidos políticos, federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores al amparo del artículo 58 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General”. Esta circular nace de la controversia causada por las concesiones que la nueva Ley Orgánica hacía a los partidos políticos a la hora de permitirles la recogida de informaciones sobre las opiniones políticas de los ciudadanos.

## **3. Derechos constitucionales inespecíficos y test de proporcionalidad**

El principio constitucional de libertad de empresa otorga al empresario facultades de control y vigilancia sobre sus empleados. Estas facultades pueden chocar con los derechos fundamentales de los trabajadores, que, como tales, son reconocidos con el rango supremo en el texto constitucional y que actúan como una barrera a esas injerencias

---

<sup>19</sup> Con dirección electrónica: <https://www.aepd.es/normativa/index.html>

abusivas. Parte de la doctrina reconoce que esos derechos fundamentales de los trabajadores, que constituyen el núcleo irreductible de derecho frente a los abusos de poder del empresario, han ido marchitándose por dos razones: las reformas neoliberales y el debilitamiento del Derecho Laboral (Goñi Sein, 2014).

Sin embargo, esto no puede pasarse por alto: existe una situación de choque de derechos fundamentales en la que el trabajador ha de preservar su intimidad y su honor, y el empresario puede controlar hasta cierto punto las actividades de éste, para que no obre indebidamente contra la propia empresa. En este choque donde urge el juicio de razonabilidad, y el test de proporcionalidad aparece como una medida que se posiciona en contra de un control laboral que puede llegar a ser “especialmente invasivo”<sup>20</sup>.

Los derechos constitucionales, pues, pueden tener tres orígenes constitucionales diferentes: los derechos fundamentales, los derechos ordinarios de los ciudadanos, y los principios económicos y sociales. Los dos primeros, se regulan en los artículos 15 a 29 y 30 a 38 de la CE, pueden ser aplicados directamente por los Tribunales, sin necesidad de un mayor desarrollo legislativo.

Los derechos fundamentales, a su vez, se dividen en derechos fundamentales inespecíficos, que son los que tiene cualquier persona por su condición de tal, y derechos fundamentales específicos, que se circunscriben a ciertas áreas de la actividad humana y que, en el ámbito laboral (derechos fundamentales específicos laborales o derechos fundamentales específicamente laborales) implican la necesidad de titularidad o contenido laboral en la relación en que han de existir.

Los derechos fundamentales específicamente laborales, pues, son la libertad sindical, consagrada en el artículo 28.1 de la CE, y el derecho a la huelga, en el artículo 28.2 de la CE. Los derechos laborales específicos, que son los que pueden ejercer todas

---

<sup>20</sup> Villalba Cano, L. (2019). *La vigilancia laboral y su incidencia en el derecho de protección de datos a la luz de la jurisprudencia constitucional y del Reglamento europeo 2016/679* p. 206. Fodertics 7.0.

las personas desde su nacimiento por preceder su esencia misma a la relación laboral (Pedrajas Quiles, 2012), son: el derecho a la vida y a la integridad física (15 CE), derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto (16 CE), derecho a la intimidad personal, a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones y derecho a la autodeterminación (18.3 y 4 CE), libertad de residencia (19 CE), libertad de expresión e información (20 CE), y derecho de participación (23 CE). En lo referente al empresario, los artículos 33 y 38 contienen los derechos a la libertad empresarial y a controlar el patrimonio empresarial.

Entre estos derechos, en los casos de conflictos, no se puede dar una jerarquía por ser todos ellos del mismo orden e importancia. Es por esto por lo que, lo que se establece, es una ponderación de intereses, que busca conservar lo esencial de cada derecho, y lo que no es esencial del mismo en la medida en que no afecte tanto al otro derecho como para crear un desequilibrio (Goñi Sein, 2014). Esta es la justificación que hallamos en algunas sentencias<sup>21</sup>, en las que se modulan los derechos fundamentales en la medida que es “estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado funcionamiento de la actividad productiva”<sup>22</sup>.

La modulación, pues, se ha venido dejando en las manos de los tribunales, lo que ha llevado a una protección de distintos niveles dependiendo si los derechos estaban más próximos al núcleo de la relación laboral (derecho a la libertad ideológica, así como a la libertad de expresión e información), o más lejanos (derecho a la intimidad, entre otros). La subjetividad se infiltra en definitiva en esta ponderación a través de un juicio de razonabilidad, en el que pueden intervenir sin duda ciertos rasgos personales de los magistrados.

El principio de proporcionalidad ha sido uno de los medios más utilizados por el Tribunal Constitucional para fundamentar sus decisiones, y sirve para estructurar el procedimiento de interpretación para hallar ese núcleo de los derechos fundamentales del que venimos hablando. Este juicio de proporcionalidad se articula, a su vez, en tres principios, que son los de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, y cuya comprobación

---

<sup>21</sup> SSTC núm. 99/1994 de 11 abril. RTC 1994\99; núm. 98/2000 y núm. 186/2000

<sup>22</sup> Cuadros Garrido, M., *op. Cit*, p. 70.

metódica constituye el conocido como *triple test*, enunciado en la STC 37/1998 de 17 de febrero.

*A los efectos que aquí importan, basta con recordar que, como sintetizan las SSTC 66/1995, fundamento jurídico 5º; 55/1996, fundamentos jurídicos 6º, 7º, 8º y 9º; y 207/1996, fundamento jurídico 4º e), para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).*

Además, otros autores sostienen que es necesario añadir a esta ponderación la necesidad de justificación suficiente (Sempere Navarro & San Martín Mazzucconi, 2011), evaluando si la medida es necesaria para la actividad productiva, y la autodeterminación informativa (Goñi Sein, J.L., 2009), que completa las garantías del *triple test*, que puede ser poco efectivo sin este último paso.

Cabe mencionar también en este punto la expectativa razonable de intimidad, que “pone de relieve la necesidad de hallar un equilibrio entre el derecho del trabajador a su intimidad y el interés del empleador en disponer cada vez de un mayor control sobre el desarrollo de la actividad productiva”<sup>23</sup>. En este sentido, cuando un trabajador, sin existir advertencia o proscripción alguna sobre cómo han de manejarse los medios de la empresa (correo electrónico y ordenadores, sobre todo), se entiende que se da una situación de tolerancia con una expectativa razonable de que esa actividad será confidencial.

Por otro lado, si el trabajador no atiende a las prohibiciones del empresario, y no sigue las reglas que se hayan establecido para el uso de los equipos de su empresa, cabe

---

<sup>23</sup> Cuadros Garrido, M., *op. Cit*, p. 95.



esperar que el empleador tome parte en el asunto, porque esto se estaría dando en una situación en que no hay, patentemente, ninguna expectativa razonable de confidencialidad.

Finalmente, cabe hacer alusión a los tres derechos que pueden verse principalmente afectados por el control que el empleador realiza de las actividades que lleva a cabo el empleado. En este sentido, hallamos una vasta jurisprudencia del Tribunal Constitucional que establece que el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen son derechos estrictamente vinculados a la personalidad y que se derivan de la dignidad misma de la persona.

Tomar en consideración la relevancia constitucional de esta cuestión es primordial, puesto que todo esto “en sus diferentes dimensiones y a través de las tecnologías electrónicas, y en lo que afecta a la ejecución de su prestación laboral, constituye una materia destinada a perpetuarse en el tiempo y a progresar a la par que aquéllas van evolucionando y produciendo nuevas técnicas de seguimiento y control”<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Cabeza Pereiro, J. (2018). Prueba electrónica y derechos fundamentales en el proceso laboral, p. 36. *Cuadernos Digitales de Formación, Número monográfico: "Nuevos retos de la jurisdicción social: previsibilidad en las respuestas procesales de los órganos de la jurisdicción social ante las nuevas realidades y entornos digitales y su impacto en el proceso laboral"*

# CAPÍTULO 3: NUEVA LOPD-GDD Y DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

## 1. Introducción

La nueva *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales* crea una “carta de los derechos digitales” de los trabajadores. Esta ley, a su vez ha introducido nuevos preceptos tanto en el Estatuto de los Trabajadores (ET), el artículo 20 bis, como en el Estatuto Básico del Empleado Público, la nueva letra j) bis del artículo 14. Esta nueva inclusión, de idéntica redacción en ambos textos legales, tiene por título “Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y la desconexión”, y establece que:

*Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.*<sup>25</sup>

Esta norma enuncia un compendio de los derechos que se desarrollan en la LOPD-GDD, introduciendo la cuestión de los derechos digitales de lleno en la legislación laboral. La remisión de este artículo a la nueva LO 3/2018, en concreto a su artículo 87, “no aporta ninguna novedad relevante desde el punto de vista práctico”. Sin embargo, algunos autores consideran que el nuevo texto legislativo no cumple las expectativas que

---

<sup>25</sup> Artículo 20 bis del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y artículo 14 j) bis del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

se podían esperar del proyecto existente, cuyo contenido sufrió un cambio notable: en lo que se refiere a la extensión, este precepto era “notablemente más extenso”<sup>26</sup>.

La nueva LO 3/2018 nace de la necesidad de uniformar los criterios que existían en la jurisprudencia sobre la ponderación de los derechos e intereses de los trabajadores que aquí entran en juego, así como de los avances que en esta materia se han llevado a cabo en el seno de las instituciones de la Unión Europea, mencionadas anteriormente. Algunas muestras de esta inseguridad las hallamos en el Auto del Tribunal Supremo (ATS) de 14 de junio de 2018 (rec. 4200/2016), que inadmite un recurso no por no superar el juicio de contradicción, sino porque en la sentencia recurrida se aplicaba la doctrina constitucional creada en la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 39/2016, de 3 de marzo, que exigía una menor transparencia a las empresas.

Sin embargo, esta doctrina constitucional fue modificada como consecuencia de la sentencia dictada por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en fecha día 5 de septiembre de 2017, en el *asunto Barbulescu vs Rumania*<sup>27</sup>. En este asunto se dictaminó que había existido una vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones cuando un empleador accedió a los mensajes de un trabajador que se contenían digitalmente en los medios de la empresa. Esto era así en cuanto a que el empleador no había informado previamente al trabajador, además de no existir normas en la empresa que prohibieran su uso para fines estrictamente personales (AndersenTaxLegal, 2017).

Esta Sentencia supondría un pilar importante en la legislación posterior en los Estados Miembro de la Unión Europea, puesto que pone en relación lo ocurrido en el caso con las expresiones “vida privada” y “correspondencia” del artículo 8 de la CEDH, y la

---

<sup>26</sup> Miñarro Yanini, M. (enero de 2019). La "Carta de los derechos digitales" de los trabajadores ya es ley: menos claros que oscuros en la nueva regulación, p.6. *Revista de trabajo y seguridad social: comentarios y casos prácticos* (430), 5-14.

<sup>27</sup> Sentencia sobre el exp. 61496/08

inclusión en éstas de los correos electrónicos que se envían desde el lugar de trabajo (Cabeza Pereiro J. , 2018).

En esta Sentencia, el tribunal establecía que no se puede *reducir a cero* la vida privada del trabajador en el lugar de trabajo por medio de las instrucciones del empresario. Se admite, pues, que se restrinja la vida privada, pero no que se elimine completamente. La cuestión de la protección a la vida privada del trabajador competirá a los Estados Miembro, las obligaciones se cumplirán cuando se asegure el respeto a la vida privada particular y se protejan los distintos intereses que esto conlleva, los Estados tendrán un marco de decisión amplio para establecer su marco legal específico sobre el control de las comunicaciones personales por parte del empresario sin permitírsele la discrecionalidad absoluta, estableciendo legalmente garantías suficientes para evitar los abusos.

A raíz de estos enunciados, se desarrolló lo que se denominó el “test Barbulescu” (Blasco Jover, 2018), que obligaba a informar al trabajador de forma clara y anticipada sobre el control de las comunicaciones, a la valoración del grado de incidencia en la intimidad del trabajador, a diferenciar si las razones de la revisión son o no legítimas, a ponderar la proporcionalidad de tal medida, y si las consecuencias son las buscadas con la revisión, y, por último, tener en cuenta si han sido garantizados los derechos de los trabajadores evitando comprobaciones especialmente invasivas por parte del empresario, que no ha de poder acceder al contenido de las comunicaciones si el trabajador no ha sido avisado previamente de tal posibilidad. Esto debe ser así porque “las relaciones laborales se basan en la confianza mutua”<sup>28</sup>. Este es, pues, el antecedente jurisprudencial más relevante que ha de tenerse en cuenta para la comprensión del nuevo articulado de la LOPD-GDD.

Por último, cabe añadir, antes de analizar los nuevos artículos que tratan los derechos laborales en la nueva LPD-GDD, que en este apartado nos referimos tanto a los

---

<sup>28</sup> Cabeza Pereiro, J. *op.cit.* p. 32

empleados públicos como al resto de los trabajadores cuando hablamos de “empleados” o “trabajadores” por estar todos los preceptos dirigidos a ambos.

## **2. Derecho a la intimidad y uso de los dispositivos digitales**

El nuevo artículo 87 de la LOPD-GDD, el primero de los que, en esta ley, tratan los derechos de los trabajadores, alude al derecho a la intimidad y al uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral.

La primera parte del artículo declara el derecho de los trabajadores a la protección de su intimidad en lo que se refiere al uso de los dispositivos digitales que hayan sido proporcionadas por la empresa.

En el segundo precepto, se establece que el empleador tendrá acceso a aquellos contenidos que se generen por el uso de los medios digitales que se han facilitado a los trabajadores en el ejercicio de sus funciones de control, así como para asegurar la integridad de estos.

Por último, el tercer precepto, de corte más procedimental, implica que los empleadores habrán de elaborar, junto con la representación de los trabajadores, un listado de criterios para el uso de los dispositivos digitales respetando siempre su derecho a la intimidad de acuerdo con “los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente”. Añade también que, para acceder al contenido de los medios sobre los que se haya admitido cierto uso privado, habrá de haberse establecido previamente y de forma clara “de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías” en aras de proteger el derecho a la intimidad enunciado en el precepto primero. Finalmente, se obliga al empleador a informar a los trabajadores sobre los criterios de uso que se hayan establecido para los medios digitales.

### *2.1 Contenido y derechos constitucionales involucrados*

Las TIC, que han aumentado la productividad laboral de forma considerable, han favorecido también un control empresarial mayor y por medios nuevos que invalidaban la legislación. Estos medios incluyen la instalación de sistemas de geolocalización en el Smartphone, Tablet o automóvil, el uso de la huella dactilar para la utilización de ciertos

medios o para controlar el cumplimiento de los horarios de los empleados, el rastreo del historial de internet para ver el uso que el trabajador hace de esta herramienta, o las cámaras de grabación de imagen, entre las formas más básicas.

Estos medios se ponen a disposición del trabajador para facilitar o posibilitar su labor diaria, llegando al punto de que puedan estar conectados a las plataformas de trabajo sin la necesidad de hallarse físicamente en las oficinas o lugar de trabajo. Las herramientas, sin embargo, son utilizadas de forma habitual para fines personales. Ejemplos de esto serían la instalación en ordenadores de programas de mensajería entre particulares, el envío de correos electrónicos a familiares... es en este punto donde se mezclan la actividad personal y profesional, y es aquí donde debe dirigirse el esfuerzo legislativo (López Ruiz, 2019).

En este artículo, como vemos, se diseña una protección del derecho a la intimidad con protocolos que se negocian entre el trabajador y la empresa. El acceso del empleador a los contenidos de los medios digitales se llevará a cabo sólo dentro de las funciones de control del cumplimiento de las obligaciones laborales, y para garantizar que dichos dispositivos se usan con la diligencia debida.

Los requisitos que se establecen para esto son: la elaboración de un protocolo de uso de los dispositivos, así como la comunicación del alcance y los límites a los trabajadores; la obligación de regular con precisión hasta dónde llega la privacidad del trabajador, sin anular las expectativas mínimas de protección a la intimidad que se extraen de los usos sociales y los derechos que están reconocidos en la Constitución y en las leyes; y que el acceso por parte de la empresa al contenido de los medios digitales sobre los que se ha admitido cierto uso de naturaleza personal o privada, irá en concordancia con lo dispuesto en un protocolo de uso que indique los usos que se admiten y cómo se protege la intimidad del trabajador (Martín Molina, 2018).

## *2.2 Evolución jurisprudencial*

Tanto el Tribunal Constitucional, como el Tribunal Supremo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se han pronunciado en sus decisiones sobre este tema, en aras de esclarecer las reglas de uso concretas de los medios que se ponen a disposición del trabajador.

Sobre la protección de la intimidad de los trabajadores que se enuncia en el primer precepto del artículo, éste ya estaba reconocido por parte de la jurisprudencia <sup>29</sup>.

En este sentido, citando las sentencias STC 159/2009, de 29 de junio y SSTC 185/2002, de 14 de octubre, y 93/2013, de 23 de abril, la Sentencia del Tribunal Supremo 119/2018, de 8 de febrero declara que:

*«... el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona ( art. 10.1 CE ), "implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana"... Así pues, "lo que garantiza el art. 18.1 CE es el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal, excluyendo que sean los terceros, particulares o poderes públicos, los que delimiten los contornos de nuestra vida privada"»*

Sobre la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones, cabe mencionar la STC 241/2012, de 17 de noviembre, en la que una teleoperadora especialista instaló en el ordenador que ella utilizaba, pero que era de uso compartido, una aplicación de mensajería instantánea llamada *Trillian*, que utilizaba para comunicarse con una amiga. En estas conversaciones se proferían insultos y comentarios despectivos sobre otros compañeros de trabajo, así como hacia superiores y clientes, y se hacían críticas sobre el trabajo que ella desempeñaba. Un empleado que accedió al ordenador descubrió esas conversaciones e informó a la empresa, que revisó el contenido de las mismas. Tanto el Juzgado de los Social como el TSJA desestimaron las pretensiones de la trabajadora, que tenían como fundamento la violación de sus derechos al secreto de las comunicaciones, al honor y a la intimidad. El tribunal consideraba, pues, que sí concurrían los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

En el mismo sentido dictaminó el TC, en relación con el artículo 18.1 de la CE, estableciendo que el riesgo de la vulneración de tales derechos era responsabilidad de la trabajadora al exponerse utilizando un ordenador de uso público. Lo mismo considera

---

<sup>29</sup> el Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia Núm. 119/2018, RJ 2018\983, de 8 de febrero; y Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia Núm. 3754/2018, de 23 de octubre.

respecto a la violación del secreto de las comunicaciones. Todo esto se fundamenta, en conclusión, en que el ordenador había sido puesto a su disposición por parte de la empresa y debía ser destinado al uso público.

Cabe mencionar también, sobre la posibilidad de una “prohibición absoluta” por parte del empresario del uso personal de los medios tecnológicos, que falta un esclarecimiento en el nuevo texto legislativo de si tal previsión es posible: en parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>30</sup> se afirmaba tal posibilidad, a pesar de que, desde el punto de vista del derecho comparado, como hemos visto ya, la jurisprudencia en los *asuntos Barbulescu y Libert* admitía la necesidad de aceptar un cierto “uso mínimo extralaboral”<sup>31</sup>.

Sobre la garantía de transparencia como elemento básico para superar el juicio de legitimidad, hallamos en la STS (Sala de lo Penal), ya citada, de 23 de octubre de 2018 lo siguiente:

*La clave de la ilegitimidad de la intromisión y, consiguientemente, de la nulidad probatoria se sitúa en la vulneración de la expectativa de intimidad por parte del trabajador. Una expectativa, basada en un uso social de tolerancia respecto de una moderada utilización personal de esos instrumentos, que, no es ajena a los contenidos de la protección constitucional del derecho a la intimidad. Sólo el conocimiento anticipado por parte del trabajador (deducible o explícito) de que puede ser objeto de fiscalización por el empresario, legitimaría el acto de injerencia en los sistemas informáticos puestos a su alcance por la entidad para la que trabaja.*

### 2.3 Derecho comparado

Lo establecido con respecto al deber de información al empleado no implica una novedad legislativa: ya en 1996, el Grupo de Berlín, creado en el seno de la Unión

---

<sup>30</sup> tanto en las Sentencias TS 170/2013, de 7 de octubre y 39/2016, de 3 de marzo, ; y la STS de 6 de octubre de 2011, rec. 4053/2010

<sup>31</sup> Miñarro Yanini, M., *op.cit.*, p. 8



Europea, en su documento *Informe y recomendaciones sobre las Telecomunicaciones y la Privacidad en las relaciones laborales*, en el que se instituían directrices a este respecto, se otorgaba el derecho de los trabajadores y los representantes a ser informados de la clase de tecnología utilizada por el empresario para la vigilancia, y para el seguimiento de su actividad laboral. El empleador debía abstenerse también de recoger los datos que resultaran excesivos en relación con la naturaleza del contrato de trabajo.

Sobre la prohibición absoluta del uso particular de las herramientas puestas a disposición del trabajador, se admitía en los asuntos *Barbulescu* y *Libert*<sup>32</sup> un uso privado mínimo por entenderse que el trabajador sigue conservando su individualidad personal a pesar de su condición.

Por último, respecto al principio de proporcionalidad, su enunciación exige desde el acervo comunitario, tanto en el Dictamen del Grupo de Trabajo del Artículo 29 2/2017, como en la Recomendación (2015)5 del Consejo de Europa, en su punto 14<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos Sala 2ª, S 05-09-2017, nº 61496/2008, sobre el *asunto Barbulescu contra Rumania*, y Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección 5ª, 22-02-2018, ref. TEDH\2018\35 sobre *el asunto Libert contra Francia*.

<sup>33</sup> El punto 14 de tal Recomendación establece que: “los empleados deben evitar interferencias injustificables y no razonables con los derechos de intimidad de los empleados. Este principio se extiende a todos los aparatos tecnológicos y TICs usados por un empleado (...). En particular, para el caso de que se procesen datos personales relacionados con Internet, o las páginas de Internet a las que accede el empleado, se deberá priorizar la adopción de medidas preventivas (...) dando preferencia a los controles no individuales y aleatorios de los datos anónimos. (...) el acceso por los empleados a las comunicaciones profesionales electrónicas de sus empleados que hayan sido previamente informados sobre esta posibilidad, cuando sea necesario por cuestiones de seguridad u otras razones igualmente legítimas. En el caso de empleados ausentes, los empleadores tomarán las medidas necesarias para posibilitar el acceso a las comunicaciones profesionales por medios electrónicos sólo cuando tal acceso sea por necesidades profesionales. El acceso deberá ser llevado a cabo en la forma menos intrusiva y sólo después de haber sido informados los trabajadores concernidos.” (Traducción propia del texto en inglés extraído de [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805c3f7a](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c3f7a) el día 2 de abril de 2019)

### **3. Derecho a la desconexión y conciliación laboral**

El artículo 88, que versa sobre el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral. En el primer apartado, pues, dispone que:

*Los trabajadores y los empleados públicos tendrán 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.*

El segundo apartado aborda la cuestión de las formas de ejercer el derecho a la desconexión, que deberán atender a “la naturaleza y objeto de la relación laboral”, y que tendrán que ir de la mano con el derecho a la conciliación con la vida personal y familiar. La negociación colectiva podrá tratar las cuestiones que tengan que ver con este derecho o, si no la hubiera, podrá existir acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores a este respecto.

En la tercera parte del artículo, de nuevo sobre un aspecto más procedimental, se establece que el empleador habrá de elaborar una política empresarial sobre las formas de ejercer el derecho a la desconexión y las acciones que se lleven a cabo sobre la formación de los trabajadores en lo que respecta a hacer un uso razonable de las herramientas tecnológicas.

Esta política habrá de desarrollarse con la participación de los representantes de los trabajadores por medio de una audiencia, y los destinatarios serán los trabajadores, incluyendo el precepto la fórmula “los que ocupen puestos directivos”. Por último, este apartado incide en la importancia de proteger este derecho en los puestos de trabajo a distancia, sean de esta modalidad parcial o completamente, y también los domicilios de aquellos trabajadores que tengan relación con esas herramientas tecnológicas.

#### *3.1 Contenido y derechos constitucionales*

---

### *involucrados*

Esta regulación aparece en un momento en el que en muchos puestos de trabajo se da la bienvenida a los trabajadores poniendo a su disposición un ordenador, una Tablet o/y un teléfono móvil. El uso de estos medios implica, sin duda, una mayor disponibilidad del empleado (Zamora, 2019).

Los cambios recientes en el panorama laboral en relación con la flexibilización del horario y el *teletrabajo*, a pesar de ser positivos, han llevado a una estrecha diferenciación entre la vida privada y profesional que amenaza con difuminarse. “Las TIC han diluido el concepto en el entorno laboral del binomio espacio-tiempo”<sup>34</sup>, abandonando los lugares de trabajo habituales y desnaturalizando la jornada laboral, en una sociedad hiperconectada que implica recibir un correo (y cierta obligación de contestarlo) en cualquier momento del día. Esta conexión permanente genera *fatiga tecnológica* como resultado del desgaste que conlleva la constante implicación laboral.

Es por todo esto que el legislador, con el fin de controlar el posible abuso de los medios electrónicos fuera de la jornada laboral, indica que habrá distintas modalidades de ejercicio de este derecho, en atención a la naturaleza y al objeto de la relación laboral. Estas modalidades tendrán que potenciar el derecho a la conciliación entre el trabajo y la vida personal del trabajador. El establecimiento de las modalidades se llevará a cabo por medio de la negociación colectiva, o bien en el mismo contrato laboral del trabajador.

La novedad que incluye la ley tiene que ver con el punto tercero de este artículo, en lo que respecta a la obligación de las empresas de elaborar la política interna, previa audiencia de los representantes de los trabajadores si existieran, suponiendo la omisión de esta obligación una posible sanción futura en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Miñarro Yanini, M., *op.cit.*, p. 8

<sup>35</sup> Zamora, S. (21 de febrero de 2019). Desconexión digital ¿novedad o anécdota?, p.2. *Diario La Ley*(ISSN 1989-6913)

Sobre el alcance que puede tener esta nueva regulación, Cialti<sup>36</sup> escribía que “la proclamación del derecho a la desconexión tiene, en todo caso, un alcance simbólico, si bien claramente insuficiente, y el mérito de promover la toma de conciencia colectiva de un uso razonable de las TIC. Solo mediante la adhesión y el compromiso de los diferentes actores en las empresas se podrá alcanzar la senda por la cual las TIC representen una herramienta de mejora de la calidad de vida en el trabajo y no una nueva herramienta de alienación”<sup>37</sup>.

### 3.2 Evolución jurisprudencial

Algunos autores defendían, antes de la publicación de la LO 3/2018 que no era necesaria la positivización del derecho a la desconexión, por ser una plasmación del derecho al descanso que ya tienen los trabajadores reconocido tanto en la Ley como en convenio colectivo:

*El pretendido nuevo (o estatus nascente) derecho de desconexión laboral no existe como tal, autónomo y diferenciado, sino que es, en realidad, una concreción del contenido del viejo -o clásico- derecho, actualizado bajo el impulso adaptativo de las nuevas necesidades creadas por la tecnología digital -art. 3 CC-, al descanso, hoy derecho social fundamental comunitario. Bien comprendida esta doctrina judicial nacional ¿qué diferencia real hay respecto de algunas de las experiencias convencionales que dieron lugar al derecho -luego devaluado- de la ley francesa? <sup>38</sup>*

En este sentido, se ha llegado a afirmar que la ausencia de tal regulación no ha implicado en España una desprotección absoluta de los trabajadores en este sentido, sino

---

<sup>37</sup> Cialti, P.-H. (2017). El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?, p. 181 *Temas Laborales*(137), 163-181.

<sup>38</sup> Molina Navarrete, C. (2017). Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: "Desconexión digital", garantía del derecho al descanso, p. 279. *Temas laborales*(138), 249-283.

que la laguna normativa ha sido salvada por los tribunales, que han limitado los excesos de conectividad sobre la jornada laboral (Talens Visconti, 2018).

Un ejemplo de esta actividad de los tribunales es, sin duda, la Sentencia de la Audiencia Nacional del 17 de julio de 1997 (procedimiento 120/1997) en la que se declaraban nulas las instrucciones de la empresa cuando obligaba a “mantener la atención a sus teléfonos móviles una vez finalizada la jornada de trabajo de cada uno de ellos”.

Más garantías procuraba la STS, Sala Social, de 21 de septiembre de 2015 (rec. 2015/2014), que declaraba nula una cláusula en un contrato de trabajo que hacía obligatorio para el trabajador ofrecer su número de teléfono móvil y e-mail personales para poder recibir comunicaciones “laborales” de la empresa, teniendo igual obligación de notificar para el caso en que se cambiaran estos datos. El Alto Tribunal señaló que no se da el consentimiento voluntario en la firma del contrato al incluirse dicha cláusula, sino que existe *miedo* a que la contratación no llegue a buen término. El TS entendió, pues, que se vulneraba el derecho a la protección de datos.

La STSJ de Castilla y León de 3 de febrero de 2016 (AS 2016/99) estableció que las empresas en las que se utilizaran TIC, o fuese una práctica habitual el teletrabajo, tenían que establecer políticas para la gestión del tiempo, en aras de contrarrestar los excesos de jornada, y las faltas a la seguridad y salud laboral, pudiendo provocar exceso de conexión y estrés laboral en el trabajador.

Sobre el control del cumplimiento de la jornada laboral, la STS de 23 de marzo de 2017 (u.d. 81/2016) señaló que el artículo 35.5 del ET<sup>39</sup> “no exige la llevanza de un registro de la jornada diaria efectiva de toda la plantilla para poder comprobar el cumplimiento de los horarios pactados”. Este registro es sólo exigible en los trabajos a

---

<sup>39</sup> Que establece que *a efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente* (Extraído de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>, el 20 de febrero de 2019)

tiempo parcial, o en sectores que tengan jornadas especiales, como es el caso de los ferroviarios, la marina mercante o los trabajadores móviles.

Sin embargo, existía también otra rama de la doctrina (Alemán Páez, 2017, & Purcalla Bonilla, 2018) que consideraba que la positivización de este derecho implicaba un gran avance.

*(...) las dificultades inherentes a un régimen innovador y de vanguardia no justifica la decantación de los legisladores por regímenes excesivamente desregulados. Muy al contrario, la ordenación jurídica debe ser mucho más exquisita y rigurosa en los momentos de gestación primigenia de las instituciones, y cuando éstas se positivizan por primera vez en textos de rango legal. De descuidarse ello, se sientan bases endebles en sus pilares conceptuales y estructurales que con el tiempo hipotecan el desarrollo de dichas categorías, condenando incluso el devenir evolutivo de las mismas.* <sup>40</sup>

Por su parte, Purcalla Bonilla afirma que:

*(...) entiendo que no es superfluo, sino necesario, el reconocimiento del derecho a la desconexión digital, como singular especificación “tecnológica” del derecho al descanso laboral recogido en el art. 31 de la CDFUE, bien como derecho laboral básico (art. 4 ET), bien dentro de la regulación del tiempo de trabajo y descanso (arts. 34 a 38 ET), bien en ambos lugares normativos, fijando además que no sólo es un derecho de los trabajadores sino también un deber u obligación legal de las empresas (obligación cuya inobservancia podría tipificarse /sancionarse en el marco de la LISOS —RDLeg. 5/2000—), salvo casos*

---

<sup>40</sup> (Alemán Páez, 2017, pág. 18) Alemán Páez, F. A. (junio de 2017). El derecho de desconexión digital: una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la “Loi Travail No 2016-1088”, p. 18. *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*(30), 12-33.

*excepcionales “de urgente necesidad o de guardias domiciliarias que sean consideradas como tiempo de trabajo”*<sup>41</sup>

### 3.3 Derecho comparado

El tema, previamente citada, del control de las jornadas laborales llevó al planteamiento de una cuestión prejudicial por medio de Auto de la Sala Social de la Audiencia Nacional el 19 de enero de 2018 (asunto C55/2018), en el que se preguntaba al TJUE, a raíz de la Directiva 2003/88, si resultaba exigible no únicamente a los trabajadores a tiempo parcial, ferroviarios, de marina mercante y trabajadores móviles sino también a los trabajadores a tiempo completo, el control diario de su jornada. A este respecto, la Comisión Europea había previamente, en sus alegaciones publicadas el 19 de julio de 2018, establecido que tal control es correcto para dar cumplimiento al efecto útil de la Directiva 2003/88 de la Comisión Europea de 2018.

Purcalla Bonilla mencionaba (*Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión: claves teóricas y prácticas*, 2017) que, si existía en 2017 un tiempo de no disponibilidad tecnológica por parte del empleado, éste debía ser entendido como una forma de *guardia tecnológica*, máxime cuando después de una llamada u otro tipo de comunicación habían de prestarse servicios, aunque fuera desde el domicilio del trabajador o a distancia. El derecho a la desconexión exige, pues, un tiempo de descanso en el que, según establece la STJUE de 9 de septiembre de 2003, sobre el asunto *Jaeger*, el trabajador no había de tener obligación alguna para con el empleador.

Siendo esta la situación previa a la nueva LO 3/2018, existían varios referentes en derecho comparado que podían servir como espejo en el que mirarse. Cabe mencionar entre estos referentes la regulación francesa del derecho a la desconexión contenida en el *Code du Travail*, en su artículo L. 2242-17, y la italiana Ley 81/2017, donde se aborda el tratamiento de las nuevas formas de trabajo, en su artículo 19.1.

---

<sup>41</sup> Purcalla Bonilla, M. (2018). Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión: claves teóricas y prácticas, p. 108. *Anuario IET de trabajo y relaciones laborales*(5), 95-110.

En el caso del *Code du Travail* francés<sup>42</sup> se establece que, en la negociación colectiva anual obligatoria sobre la igualdad profesional entre hombres y mujeres y la calidad de vida en el trabajo, habrán de incluirse las modalidades en las que el trabajador podrá ejercer su derecho a la desconexión. La negociación establecerá también la puesta a disposición por parte de la empresa de los dispositivos para asegurar el respeto del tiempo de reposo y la conciliación profesional con la vida personal y familiar. A falta de acuerdo, lo que el artículo L.2242-17 establece es que el empleador elaborará un programa después de la consulta del comité social y económico de la empresa (Comité de Empresa). Este programa habrá de definir las modalidades del ejercicio del derecho a la desconexión y preverá la puesta en marcha del plan programado, informando a los trabajadores y al personal directivo. A estos mismos destinatarios dirigirá un plan de acciones formativas y de sensibilización hacia el uso razonable de los dispositivos móviles. Purcalla Bonilla (*Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión: claves teóricas y prácticas*, 2017) apunta a que el problema de esta regulación es que carece de mecanismo sancionador en caso de incumplimiento.

Por otro lado, la Ley 81/2017 de la República italiana, vigente desde el 14 de junio de 2017<sup>43</sup>, establece en el artículo 19, que el acuerdo relativo a la modalidad de “trabajo

---

<sup>42</sup>Article L2242-17, Modifié par LOI n°2018-771 du 5 septembre 2018 - art. 107

*La négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail porte sur :*

*1° L'articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle pour les salariés (...)*

*7° Les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. A défaut d'accord, l'employeur élabore une charte, après avis du comité social et économique. Cette charte définit ces modalités de l'exercice du droit à la déconnexion et prévoit en outre la mise en œuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques.*

<sup>43</sup> Art. 19. *Forma e recesso*



ágil” estará regulado por escrito para su regularidad administrativa. Este escrito servirá también para probar y regular el desempeño del trabajo que se realice fuera del lugar de trabajo o de las instalaciones de la misma empresa, y contendrá las modalidades de ejercicio del poder ejecutivo del empresario y las herramientas utilizadas por el trabajador en este sentido. El acuerdo habrá de incluir los tiempos de descanso de los trabajadores y las medidas que sean necesarias, tanto técnicas como organizativas, para que quede garantizado el derecho a la desconexión del trabajador respecto del “equipo de trabajo tecnológico”.

#### **4. Videovigilancia y grabación de sonidos**

En cuanto a los dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo, el artículo 89 lo enuncia en relación con el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores. En este sentido, el primer precepto dice que “Los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública” siempre y cuando estas funciones se lleven a cabo teniendo en cuenta los límites legales que existen. Los empleadores habrán tenido que informar previa y expresamente a los trabajadores y, si los hubiere, también a los representantes de estos sobre estas medidas.

Si se diera la “comisión flagrante de un acto ilícito” por parte de los trabajadores, y los dispositivos a los que se refiere este artículo lo hubieran captado, para que se diera por cumplido el deber de informar, poniendo este deber de informar en relación con el

---

*1. L'accordo relativo alla modalità di lavoro agile è stipulato per iscritto ai fini della regolarità amministrativa e della prova, e disciplina l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro ed agli strumenti utilizzati dal lavoratore. L'accordo individua altresì i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro. (...)*

artículo 22.4 de la misma ley<sup>44</sup>. Este artículo establece que, cuando no sean necesarios para los fines policiales, los datos recabados con este cometido “se cancelarán”.

El segundo punto niega la posibilidad de instalar “sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia” en aquellos espacios cuyo uso habitual sea el descanso u ocio de los trabajadores, y cita como ejemplos los “vestuarios, aseos, comedores y análogos”.

Por último, el tercer apartado alude a los sistemas “similares referidos en los apartados anteriores”, cuyo uso sólo será admitido cuando puedan contribuir a la desaparición de riesgos para la seguridad en las instalaciones de las empresas, sus bienes, o personas involucradas en la actividad. Esto debe llevarse a cabo respetando el principio de proporcionalidad anteriormente definido, así como el principio de intervención mínima y cumplir todas las garantías previstas en los artículos anteriores a éste. Sobre la cancelación de los datos obtenidos por estos medios, se hace referencia al tercer apartado del artículo 22, donde dice que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán recoger y tratar los datos cuando sea *absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta*.

#### *4.1 Contenido y derechos constitucionales involucrados*

La empresa podrá tratar las grabaciones y aquellos datos que indiquen la localización del empleado siempre dentro del ejercicio de las funciones de control que la ley le concede a través del ET. La ley pone énfasis en que, en ciertas zonas de descanso, de ocio o de aseo no podrá hacer cámaras, y que se obligará a los empresarios a informar a sus trabajadores de las consecuencias que tendrá la averiguación de ciertos actos a través

---

<sup>44</sup> El artículo 22.4 de la LOPD-GDD establece que: “El deber de información previsto en el artículo 12 del Reglamento (UE) 2016/679 se entenderá cumplido mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679. También podrá incluirse en el dispositivo informativo un código de conexión o dirección de internet a esta información. En todo caso, el responsable del tratamiento deberá mantener a disposición de los afectados la información a la que se refiere el citado reglamento”.

de estos medios. Sobre los micrófonos, esto sólo podrán instalarse por cuestiones de seguridad en el centro de trabajo (Martín Molina, 2018).

#### *4.2 Evolución jurisprudencial*

Sobre la información previa que se le requiere al empresario, cabe traer a colación la STC 39/2016 de 3 de marzo, que involucionaba restando derechos a los trabajadores en un caso en el que una trabajadora de la firma Bershka pedía en recurso de amparo que se declarase la invalidez de unas pruebas videográficas que la empresa había obtenido. Las imágenes fueron captadas por una cámara que la empresa instaló, junto con un cartel que así lo advertía, tras las sospechas de que algún trabajador del establecimiento estaba cometiendo hurto, enmascarándolo tras supuestas devoluciones de venta de prendas. La trabajadora consideraba vulnerado el artículo 18.4 CE porque no había sido informada de que la instalación de la cámara obedecía a finalidades de control de la actividad laboral. Igualmente, desconocía que el uso de la cámara pudiera deberse a la obtención de pruebas para la imposición de sanciones disciplinarias debidas a incumplimientos del contrato.

La Sentencia, pues, flexibilizaba el deber de información, obviando la necesidad del consentimiento del trabajador que aparecía en la antigua redacción del artículo 6.2 de la LOPD:

*Aplicando la doctrina expuesta al tratamiento de datos obtenidos por la instalación de cámaras de videovigilancia en el lugar de trabajo (...) debemos concluir que el empresario no necesita el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidas a través de las cámaras instaladas en la empresa con la finalidad de seguridad o control laboral, ya que se trata de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral y es conforme con el art. 20.3 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores (...). Si la dispensa del consentimiento prevista en el art. 6 LOPD se refiere a los datos necesarios para el mantenimiento y el cumplimiento de la relación laboral, la excepción abarca sin duda el tratamiento de datos personales obtenidos por el empresario para velar por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. El consentimiento se entiende implícito en la propia aceptación del contrato que implica reconocimiento del poder de dirección del empresario.*

Sobre la vulneración del derecho a la intimidad recogido en el artículo 18 de la CE, el Tribunal realiza un test de proporcionalidad y concluye:

*Del razonamiento contenido en las Sentencias recurridas se desprende que, en el caso que nos ocupa, la medida de instalación de cámaras de seguridad que controlaban la zona de caja donde la demandante de amparo desempeñaba su actividad laboral era una medida justificada (ya que existían razonables sospechas de que alguno de los trabajadores que prestaban servicios en dicha caja se estaba apropiando de dinero); idónea para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si algunos de los trabajadores cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes); necesaria (ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades); y equilibrada (pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja), por lo que debe descartarse que se haya producido lesión alguna del derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 CE.*

Sobre la invalidación de las pruebas de videovigilancia, la doctrina previa a la redacción del nuevo precepto no era en absoluto unánime: existían decisiones de algunas salas que admitían la invalidación de la prueba de tal tipo por infringir el deber de información o por lesionar otro derecho a la intimidad y de las pruebas contaminadas por éstas<sup>45</sup>, y otras que la negaban<sup>46</sup>. Sin embargo, la ya mencionada sentencia STS (Sala de lo Penal) de 23 de octubre de 2018 establecía la validez de las pruebas no contaminadas con la prueba tecnológica.

La prohibición de las grabaciones en los lugares destinados al descanso se afirmaba ya en la STC 198/2000, de 24 de julio, no suponiendo tampoco, en este sentido, ninguna novedad la disposición normativa.

---

<sup>45</sup> España. Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª) Sentencia Núm. 651/2018, de 22 de marzo, JUR 2018\167047

<sup>46</sup> España. Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social) Sentencia Núm. 487/2015, de 28 de abril, JUR 2015\137206

Sobre el interés empresarial suficiente para la validación de una cláusula de cesión de datos incluida en los contratos, la Sentencia de la Audiencia Nacional 87/2017, de 15 de junio, consideró que el interés que ciertos clientes podían tener por el modo de prestación de un servicio no era válido como tal.

Por último, sobre las grabaciones de sonidos en el lugar de trabajo, cabe traer a colación la STS 77/2017, de 31 de enero, por reinterpretar el concepto de “seguridad pública” como seguridad patrimonial del empleador. Esta flexibilización de la terminología debería haber sido contrastada con un precepto claro y más específico que el existente en la LO 3/2018, demasiado amplio<sup>47</sup>. En la STS 77/2017, de 31 de enero, pues, hallamos de nuevo un test de proporcionalidad para evaluar si la instalación de las cámaras tenía o no fines justificados relacionados con la “seguridad”:

*La aplicación de la anterior doctrina al presente caso obliga a estimar el recurso porque la instalación de cámaras de seguridad era una medida justificada por razones de seguridad (control de hechos ilícitos imputables a empleados, clientes y terceros, así como rápida detección de siniestros), idónea para el logro de ese fin (control de cobros y de la caja en el caso concreto) y necesaria y proporcionada al fin perseguido, razón por la que estaba justificada la limitación de los derechos fundamentales en juego, máxime cuando los trabajadores estaban informados, expresamente, de la instalación del sistema de vigilancia, de la ubicación de las cámaras por razones de seguridad, expresión amplia que incluye la vigilancia de actos ilícitos de los empleados y de terceros y en definitiva de la seguridad del centro de trabajo pero que excluye otro tipo de control laboral que sea ajeno a la seguridad, esto es el de la efectividad en el trabajo, las ausencias del puesto de trabajo, las conversaciones con compañeros, etc. etc.. Y frente a los defectos informativos que alegan pudieron reclamar a la empresa más información o denunciarla ante la Agencia Española de Protección de Datos, para que la sancionara por las infracciones que hubiese podido cometer.*

---

<sup>47</sup> Miñarro Yanini, M., *op.cit.*, p. 10

Es decir, la seguridad se establece sobre todo en relación con el control de los cobros y la caja, y, por lo tanto, con una cuestión puramente patrimonial.

#### 4.3 Derecho comparado

En lo referente a la “comisión flagrante de un acto ilícito” la doctrina López Ribalda<sup>48</sup> se establecía que, a pesar de que las grabaciones hubieran captado apropiaciones indebidas de productos por parte del trabajador, no había que eximirse a la empresa el deber de información previa y precisa.

Además, sobre la carga de la prueba, queda claro que el empleador ha de justificar la existencia de un riesgo para la seguridad, así como la proporcionalidad de la medida, obviando otras más lesivas a los derechos de los trabajadores que resulten afectados, e informará adecuadamente sobre las medidas de videovigilancia y/o grabación. Esto se afirma en la Sentencia del TEDH de 28 de noviembre de 2017, en el *caso Antovic y Mirkovic vs. Montenegro*, en el que se establecía que no podían ser grabadas las clases del profesorado de una universidad en la sede de esta sin que los profesores hubieran otorgado consentimiento individual expreso.

La Sentencia del caso establece que “los datos sólo podrán ser procesados después de que el consentimiento haya sido obtenido de la persona cuyos datos van a procesarse, y el consentimiento puede ser otorgado en cualquier momento”<sup>49</sup>.

### 5. Sistemas de geolocalización

---

<sup>48</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de los exp. 1874/13 y 8567/13, en fecha 9 de enero de 2018, en el *asunto López Ribalda y otros vs España*, ECHR:2018:0109 JUD000187413. Consultada en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D%7D> en febrero de 2019

<sup>49</sup> “personal data can be processed only after consent has been obtained from the person whose data are to be processed and the consent can be withdrawn at any time” (Traducción propia en el texto. Texto original extraído de <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-178904%22%5D%7D> el día 1 de abril de 2019).

El artículo 90 de la LOPD-GDD pone en relación el derecho a la intimidad del trabajador con la utilización de sistemas de geolocalización: el control a los empleados por parte del empleador a través de estos medios podrá llevarse a cabo dentro del marco legal “y con los límites inherentes al mismo”. Las funciones de control que posibilitan estas actuaciones vienen recogidas en el artículo 20.3 del Estatuto de los trabajadores, así como en la legislación de la función pública.

En segundo lugar, se establece la obligación de informar a los trabajadores y, si procediera, también a sus representantes, “de forma expresa, clara e inequívoca” de la instalación de estos dispositivos, así como de sus características. También, en lo que a esto se refiere, sobre sus derechos de acceso y rectificación de estos datos, y a la limitación del tratamiento y supresión de los mismos.

### *5.1 Contenido y derechos constitucionales involucrados*

Los empleadores, pues, podrán en efecto usar sistemas para la geolocalización de sus empleados siempre que se les haya informado, a ellos y a sus representantes, del alcance de estos medios. Se incluye en este precepto un derecho de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión, que el empleado podrá ejercer por motivos justificados (Martín Molina, 2018).

El GPS se ha llegado a convertir en el método de supervisión más utilizado en los trabajadores que prestan sus servicios de forma itinerante, o fuera del lugar de trabajo, y ha mejorado en mucho las posibilidades de otros medios utilizados previamente, como era el caso del tacógrafo<sup>50</sup>: el coste que supone el GPS para los empresarios se reduce a su mínimo exponente si se compara con los beneficios que puede implicar, como verificar

---

<sup>50</sup> El tacógrafo se define en la página web del Ministerio de fomento como “un aparato de control que se instala a bordo de ciertos vehículos de carretera, para indicar y registrar de manera automática o semiautomática, los datos relativos a los kilómetros recorridos y a la velocidad de los vehículos, así como los tiempos de actividad y descanso de sus conductores”. (Información extraída de <https://www.fomento.es/transporte-terrestre/inspeccion-y-seguridad-en-el-transporte/tiempos-de-conduccion-y-descanso/tacografo-analogico/el-tacografo>, el día 2 de abril de 2019)

el cumplimiento de la jornada laboral y evitar la propensión de algunos trabajadores al absentismo injustificado o a imputar a la empresa gastos indebidos<sup>51</sup>.

Es por ello que un medio de control que implica tantas ventajas, pero que a la vez supone tal agresión al derecho a la intimidad del trabajador, necesite una regulación exhaustiva, sobre todo teniendo en cuenta su gran alcance en muchas empresas.

Cabe mencionar, sobre el alcance del nuevo precepto que, como señala Miñarro Yanini (*La Carta de Derechos digitales de los trabajadores ya es ley: menos claros que oscuros en la nueva regulación*, de enero de 2019), este artículo omite las “referencias a garantías fundamentales, como es el principio de proporcionalidad”.

### *5.2 Evolución jurisprudencial*

El nuevo artículo incluye como única garantía para el trabajador el deber de información previa (expresa, concisa y específica), que ya se había plasmado en los *Informes 193/2008* y *090/2009* de la AEPD. También había sido recogido esto por la jurisprudencia, en concreto por la STSJ de Andalucía/Sevilla de 19 de julio de 2017 (rec. 2776/2016), con las siguientes palabras:

*El deber de información previa forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos, pues resulta un complemento indispensable de la necesidad de consentimiento del afectado. El deber de información sobre el uso y destino de los datos personales que exige la LOPD está íntimamente vinculado con el principio general de consentimiento para el tratamiento de los datos, pues si no se conoce su finalidad y destinatarios, difícilmente puede prestarse el consentimiento. Por ello, a la hora de valorar si se ha vulnerado el derecho a la protección de datos por incumplimiento del deber de información, la dispensa del consentimiento al tratamiento de datos en determinados supuestos debe ser un*

---

<sup>51</sup> Crespí Ferriol, M. d. (2019). La incidencia del control por geolocalización de los trabajadores en su derecho a la protección de datos de carácter personal, p. 24. *FORDETICS 7.0*, 22-32.



*elemento a tener en cuenta dada la estrecha vinculación entre el deber de información y el principio general de consentimiento.*

Sobre la posibilidad de que se admitan “conocimientos presuntos” por parte de los trabajadores que hallamos en parte de la jurisprudencia<sup>52</sup>, la legislación se decanta finalmente por exigir los conocimientos específicos de tal información que se venían perfilando en otra corriente jurisprudencial en la que se enmarca<sup>53</sup> STC 29/2013, de 11 de enero, en cuya redacción encontramos lo siguiente:

*Nos recuerda el fundamento jurídico 4 de la STC 292/2000, en efecto, que «el constituyente quiso garantizar mediante el actual art. 18.4 CE no sólo un ámbito de protección específico sino también más idóneo que el que podían ofrecer, por sí mismos, los derechos fundamentales mencionados en el apartado 1 del precepto», o el fundamento jurídico 5 que «[l]a peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental, tan afín como es el de la intimidad, radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran». Insiste después el fundamento jurídico 6, subrayando que «[l]a función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad (por todas STC 144/1999, de 22 de julio, FJ 8). En cambio, el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado ... Pero ese poder de disposición sobre los propios datos*

---

<sup>52</sup> Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social) Sentencia Núm. 1706/2012, de 5 de marzo, AS 2012\996; y Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) Sentencia Núm. 2348/2017, de 26 de abril, JUR 2017\125997

<sup>53</sup> Se enmarca en esta misma corriente la las STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social) núm. 487/2015, de 28 de abril, JUR 2015\137206

*personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin».*

Por último, cabe recordar que la AEPD estableció que era adecuado ofrecer la información respecto a este medio de control de geolocalización a través de circulares informativas, y por medio de la instalación de carteles en los vehículos equipados con GPS de que tal medida se estaba llevando a cabo<sup>54</sup>. Por otro lado, el artículo omite la referencia expresa al principio de proporcionalidad, obligando al operador jurídico y al intérprete a integrarlo, por ser condición básica para superar el juicio de legitimidad después de haber superado el de transparencia<sup>55</sup>. Esto se extrae de algunos informes de la AEPD, y de la doctrina judicial (STSJ de Andalucía/Granada 1937/2017, de 18 de septiembre<sup>56</sup>).

### 5.3 Derecho comparado

No se atiende en este artículo a los motivos específicos para el control que se expresa en la práctica de las consultas a la administración, y que se recoge en el *Dictamen del Grupo de Trabajo del Artículo 29 2/2017*, que establece la legitimación del empresario

---

<sup>54</sup> AEPD, E/00597/2006 y E/6063/2014

<sup>55</sup> Miñarro Yanini, M., *op.cit.*, p. 12

<sup>56</sup> En este sentido, la Sentencia del TSJ de Andalucía/Granada, menciona: “Según reiterada doctrina de este Tribunal, cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, en nuestro caso se aduce también el de discriminación por razón de ideología o filiación política, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del onus probandi no basta que el demandante tilde de discriminatoria la conducta empresarial, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se impone, por tanto, al demandado, la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales.”

para llevar a cabo tal control. En este Dictamen, haciendo alusión al *Dictamen 13/2011 sobre los servicios de geolocalización en los dispositivos móviles inteligentes* del mismo órgano, recuerda que:

«Los dispositivos de seguimiento de vehículos no son dispositivos para la localización de trabajadores, ya que su función es hacer un seguimiento o vigilar la ubicación de los vehículos en que estén instalados. Los empresarios no deben considerarlos como dispositivos para seguir o el comportamiento o el paradero de los conductores o de otro tipo de personal, por ejemplo, mediante el envío de alertas relacionadas con la velocidad del vehículo»<sup>57</sup>.

Sobre el interés legítimo del empresario, el *Dictamen 2/2017* establece lo siguiente:

*El interés legítimo de los empresarios puede invocarse, en ocasiones, como fundamento jurídico, pero solo si el tratamiento es estrictamente necesario para un fin legítimo y cumple los principios de proporcionalidad y subsidiariedad. Debería realizarse una prueba de proporcionalidad antes de la utilización de cualquier herramienta de observación para determinar si todos los datos son necesarios, si este tratamiento prevalece sobre los derechos generales de privacidad que los trabajadores tienen también en el lugar de trabajo y qué medidas deben adoptarse para garantizar que las violaciones del derecho a la vida privada y el derecho al secreto de las comunicaciones se limiten al mínimo necesario*<sup>58</sup>.

Mismo caso omiso se hace a la recomendación de tal grupo en su *Dictamen 5/2015*, donde se fija un período de conservación de los datos de los trabajadores máximo de dos meses y donde se establece que, para el caso en que tales datos hubieran de conservarse

---

<sup>57</sup> Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29. (2017). *Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo*, p. 22. Dictamen, Comisión Europea, Dirección General de Justicia y Consumidores de la Unión Europea.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 25

por un tiempo mayor, estos habrían de convertirse en anónimos, como ya se expresa en el *Informe 613/2009* de la AEPD.

## **6. Derechos digitales y negociación colectiva**

El último de los artículos que se estudian en este trabajo de la nueva LO 3/2018 trata la cuestión de los derechos digitales en la negociación colectiva. Se establece en este artículo 91 que esta materia podrá ser tratada en los convenios colectivos, ampliando el marco de las garantías de los derechos y libertades que tengan que ver con la recolección y tratamiento de los datos personales, así como la protección de los derechos digitales en la esfera laboral.

### *6.1 Contenido y derechos constitucionales involucrados*

Este precepto realiza un mero reconocimiento de que la cuestión de la protección de los derechos en lo que tenga que ver con el control a través de medios digitales es susceptible de incluirse en la negociación colectiva (Martín Molina, 2018).

Si bien este reconocimiento se hace efectivo, sólo se exige la previa audiencia de los representantes de los trabajadores, así que en base a lo que se dice en el artículo exclusivamente cabría establecer que el empleador puede, en cualquier caso, redactar una política unilateral para el uso de las TIC en el control a los empleados respetando siempre la ley y los Principios Generales del Derecho. Sería distinto si en el artículo se obligase a la existencia de un convenio colectivo, por medio de la negociación colectiva, en que se incluyera alguna referencia a este ámbito, como ocurre en el artículo L.2242-17 del *Code du Travail* francés, ya mencionado, pero la escasa voluntad del legislador genera que lo único necesario sea la elaboración de la política interna (Iberley, 2019).

Siendo la regulación de este artículo tan pobre, se entiende que la lógica que resulta de esta cuestión desde un punto de vista legal es la de “la autorregulación, la información y la aceptación individual, más que la de la negociación de la implantación de estos derechos” (Alemán Calabuig & Rodríguez-Piñero Royo, 2018).

A pesar de todo esto, cabe esperar que, en el futuro, los convenios colectivos recojan estos derechos y acaben concretando las garantías a los trabajadores, sin limitar las políticas empresariales donde quepa establecerlas (Biurrun Abad, 2019).

## CONCLUSIONES

1. La revolución digital es el paradigma de gran incidencia en los distintos ámbitos de la actividad humana de nuestros tiempos. Los sistemas legislativos, como parte de la manifestación cultural y política de las realidades humanas, han de recoger en su seno las regulaciones pertinentes para proteger a los ciudadanos de las consecuencias negativas que esta digitalización pueda tener.
2. Esta plasmación tiene que tomar en cuenta instituciones o medios realmente novedosos y de muy variada morfología, que cambian antes incluso de normalizarse las formas estandarizadas de comportamiento hacia ellos. Y, yendo más lejos, el Derecho del trabajo ha de responder teniendo en cuenta la “tríada capital/tecnología/trabajo”, ponderando también las normas aplicables existentes en los distintos ordenamientos de Derecho comparado<sup>59</sup>.
3. Esta revolución digital es coetánea a la revolución informática, la revolución en las telecomunicaciones y la revolución biotecnológica, que se enmarcan en una fase evolutiva del capitalismo avanzado, que se da, a su vez, en un terreno de creciente globalización. La dificultad a la hora de analizar las realidades es, pues, la yuxtaposición de transformaciones que tienen lugar en nuestra época.
4. Se plantea desde este punto de vista un futuro caótico que contradice teorías optimistas respecto a estos avances (Rifkin, 2003) y es que, en lo venidero, no parece que cesen de aparecer cuestiones que, con causa en la digitalización, hagan apremiante la creación de distintas leyes que inserten en la estructura legislativa ciertos aspectos que hoy carecen de relevancia.
5. La digitalización del trabajo es, entonces, un problema más de una serie de transformaciones casi infinitas, que ha de regularse teniendo en cuenta los intereses económicos de los empresarios, que ya se han visto favorecidos por la revolución digital, y los derechos laborales y fundamentales de los trabajadores.

---

<sup>59</sup> Alemán Páez, F. A., *op.cit.* p. 1

6. Como hemos visto en este trabajo, no son pocos los autores que critican la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales por no ofrecer mayores garantías a los trabajadores de las que ya tenían cuando los conflictos judiciales derivados de estos problemas no podían solventarse a través de una ley *ad hoc*, y lo hacían exclusivamente por medio de las sentencias de casos similares ocurridos con anterioridad y las indicaciones de la Unión Europea (Miñarro Yanini, 2019).
7. Y es que, existiendo normas como las francesa e italiana citadas<sup>60</sup>, atendiendo a la disminución de la extensión del texto legal entre el proyecto y la ley resultante, y teniendo en cuenta que la Constitución Española, como se ha dicho, fue pionera a la hora de introducir, en 1978, en su artículo 18.4, un artículo que limitase el uso de las herramientas informáticas en aras de la protección del honor y la intimidad, cabía esperar que esta ley emergiera como un pilar sólido en una cuestión en que colisionan estos derechos fundamentales junto con la libertad de empresa, también promulgada en la Constitución.
8. Esta nueva ley, pues, no suma ni resta garantías a las que ya existían, y se limita a fijar los criterios jurisprudenciales que estaban marcados, a su vez, por una necesidad acuciante de regulación de la materia (Purcalla Bonilla, 2018).

---

<sup>60</sup> Artículo L. 2242-17 del *Code du Travail* francés, y artículo 19.1 de la italiana Ley 81/2017.

# BIBLIOGRAFÍA

- Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (2014). *Manual de legislación europea en materia de la protección de datos*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.
- Alemán Calabuig, M., & Rodríguez-Piñero Royo, M. (19 de Diciembre de 2018). Los nuevos derechos digitales de los trabajadores. Madrid, España.
- Alemán Páez, F. A. (junio de 2017). El derecho de desconexión digital: : una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la “Loi Travail No 2016-1088”. *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*(30), 12-33.
- AndersenTaxLegal. (Septiembre de 2017). *La Sentencia dictada por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en fecha 5 de septiembre de 2017, sobre el control por el empresario del uso del correo electrónico*. Recuperado el marzo de 2019, de AndersenTaxLegal.es: <http://www.andersentaxlegal.es/recursos/doc/portal/2017/03/03/stedh-barbulescu-5-septiembre-201715234.pdf>
- Aragüez Valenzuela, L. (enero a marzo de 2017). Nuevos modelos de economía compartida: Uber Economy como plataforma virtual de prestación de servicios y su impacto en las relaciones laborales. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 5(1), 3-21.
- Biurru Abad, F. (31 de enero de 2019). Negociación colectiva de los derechos digitales. *LegalToday*, 1.
- Blasco Jover, C. (julio-septiembre de 2018). Trabajadores “transparentes”: la facultad fiscalizadora del empresario vs derechos fundamentales de los empleados (I). *Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 6(3), 29-56.
- Cabeza Pereiro, J. (2018). El necesario cambio en la jurisprudencia constitucional sobre video vigilancia y control de mensajería electrónica a la vista de la doctrina del TEDH. *Temas Laborales*(141), 13-36.

- Cabeza Pereiro, J. (2018). Prueba electrónica y derechos fundamentales en el proceso laboral [Recurso electrónico]. *Cuadernos Digitales de Formación, Número monográfico: "Nuevos retos de la jurisdicción social: previsibilidad en las respuestas procesales de los órganos de la jurisdicción social ante las nuevas realidades y entornos digitales y su impacto en el proceso laboral"*(3).
- Calvo Gallego, F. J. (2015). LA ECONOMÍA “COLABORATIVA”: ASPECTOS JURÍDICOS LABORALES. *Proyecto DER2015-63701-C3-1-R MINECO-FEDER*. España: Universidad de Sevilla.
- Cialti, P.-H. (2017). El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece? *Temas Laborales*(137), 163-181.
- Cialti, P.-H. (2017). El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece? *Temas LABORALES*(137), 163-181.
- Comisión Europea. (2016). *Una Agenda Europea para la economía colaborativa*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas.
- Comisión Europea. (2016). *Una Agenda Europea para la economía colaborativa*. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES, Bruselas.
- Conferencia Nacional Tripartita. (2017). *El futuro del trabajo que queremos* (Vol. I y II). Madrid, España: Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones.
- Crespí Ferriol, M. d. (2019). La incidencia del control por geolocalización de los trabajadores en su derecho a la protección de datos de carácter personal. *FORDETICS 7.0*, 22-32.
- Cuadros Garrido, M. (2017). *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*. Doctorado, Universidad de Murcia, Facultad de Derecho, Murcia.



- De la Cal Barredo, M. (2017). Los enfoques sobre derechos sociales de giro y estado profesional de las personas. En C. N. Tripartita, *El futuro del trabajo que queremos* (págs. 51-57). Madrid: Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones .
- Diego, B. (6 de junio de 2018). *Top 10 De Los Mejores Softwares Gratuitos Para El Monitoreo De Empleados 2018*. Obtenido de Spyzie: <https://www.spyzie.com/es/employee-tracking/top-10-best-free-employee-monitoring-software.html>
- FH, C. (4 de Mayo de 2016). *Contenido y novedades del Reglamento general de protección de datos de la UE (Reglamento UE 2016/679, de 27 de abril de 2016)*. Recuperado el 15 de marzo de 2019, de Noticias Jurídicas: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/11050-contenido-y-novedades-del-reglamento-general-de-proteccion-de-datos-de-la-ue-reglamento-ue-2016-679-de-27-de-abril-de-2016/>
- Goñi Sein, J. (2014). Los Derechos Fundamentales Inespecíficos en la Relación Laboral Individual: ¿Necesidad de reformulación? En V. (AEDTSS), *Los derechos fundamentales inespecíficos en la Relación Laboral en materia de protección social*. XXIV Congreso Nacional Del Trabajo y de la Seguridad Social: Cinca.
- Goñi Sein, J.L. (2009). Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos. *Revista Justicia Laboral*(39), 12.
- Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29. (2009). *Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea*. Comisión Europea, Dirección C (Derechos fundamentales y ciudadanía), Bruselas.
- Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29. (2017). *Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo*. Dictamen, Comisión Europea, Dirección General de Justicia y Consumidores de la Unión Europea.
- Heredero Higuera, M. (1998). La L.O.R.T.A.D. y su futuro. La Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. *Informática y Derecho*(19-22), 463-498.

- Iberley. (8 de Febrero de 2019). Derecho a la desconexión digital y demás derechos digitales en el ámbito laboral en la LO 3/2018 (LOPDGDD). Madrid, España.
- Laguens, J. (22 de Mayo de 2017). *Las tecnologías que revolucionarán la producción del futuro*. Recuperado el Febrero de 2019, de El Empresario, diario digital de las empresas:  
[https://www.elempresario.com/noticias/economia/2017/05/23/las\\_tecnologias\\_que\\_revolucionaran\\_produccion\\_del\\_futuro\\_35498\\_1098.html](https://www.elempresario.com/noticias/economia/2017/05/23/las_tecnologias_que_revolucionaran_produccion_del_futuro_35498_1098.html)
- López Antuña, J. (2014). Pulsar "me gusta" en Facebook: despido nulo y riesgo del uso de Whatsapp en la comunicación abogado-cliente. *Revista del Consejo General de Graduados Sociales*(29).
- López Ruiz, C. (enero de 2019). Los derechos digitales en el entorno laboral. *Revista Digital Laboral y Seguridad Social*, 9.
- Martín Molina, P. (2018). Cuestiones relevantes de la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los derechos Digitales: Los derechos digitales. *Actualidad civil*, 3-0.
- Miñarro Yanini, M. (enero de 2019). La "Carta de los derechos digitales" de los trabajadores ya es ley: menos claros que oscuros en la nueva regulación. *Revista de trabajo y seguridad social: comentarios y casos prácticos*(430), 5-14.
- Molina Navarrete, C. (2017). Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: "Desconexión digital", garantía del derecho al descanso. *Temas laborales*(138), 249-283.
- Molina Navarrete, C. (2017). JORNADA LABORAL Y TECNOLOGÍAS DE LA INFO-COMUNICACIÓN: "DESCONEXIÓN DIGITAL", GARANTÍA DEL DERECHO AL DESCANSO. *Temas laborales*(138), 249-283.
- Parlamento Europeo y Consejo Europeo. (27 de abril de 2016). Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo. *Diario Oficial de la Unión Europea*. Bruselas.

- Pascual, M. (17 de marzo de 2019). ¿Quién vigila que los algoritmos no sean racistas o sexistas? *Revista Retina*.
- Pedrajas Quiles, A. (2012). Derechos Fundamentales de la Persona, del trabajador, y autonomía privada. En (. S. AA.VV., *Libro Homenaje a Abdón Pedrajas Moreno* (pág. 409). Tirant Lo Blanch.
- Purcalla Bonilla, M. (2018). Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión: claves teóricas y prácticas. *Anuario IET de trabajo y relaciones laborales*(5), 95-110.
- Rifkin, J. (2003). El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era. *Revista Chilena de Derecho Informático*(2).
- Saiz, Y. (12 de Octubre de 2012). Tecnofobia. *La Vanguardia*, págs. 0-1.
- Sempere Navarro, A., & San Martín Mazzucconi, C. (2011). Derechos fundamentales inespecíficos y negociación colectiva. *Cuadernos Aranzadi Social*(40), 21.
- Talens Visconti, E. E. (2018). La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva. *Información laboral*(4), 1-17.
- Villalba Cano, L. (2019). *La vigilancia laboral y su incidencia en el derecho de protección de datos a la luz de la jurisprudencia constitucional y del Reglamento europeo 2016/679*. Fodertics 7.0.
- Zaballos Pulido, E. (2013). *La protección de datos personales en España: evolución normativa y criterios de aplicación (doctorado)*. (U. Complutense, Ed.) Madrid, España.
- Zamora, S. (21 de febrero de 2019). Desconexión digital ¿novedad o anécdota? *Diario La Ley*(ISSN 1989-6913).

# JURISPRUDENCIA CITADA

## **Tribunal Constitucional**

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia Núm. 39/2016 de 3 de marzo

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia Núm. 241/2012, de 17 de noviembre

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia Núm. STC 39/2016 de 3 de marzo

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia Núm. STC 198/2000, de 24 de julio

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia Núm. STC 29/2013, de 11 de enero

## **Tribunal Supremo**

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia núm. 4086/2015, de 21 de septiembre

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Auto sobre el rec. 4200/2016, de 14 junio

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia Núm. 77/2017, de 31 de enero

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia Núm. 119/2018, de 8 de febrero

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia Núm. 3754/2018, de 23 de octubre

## **Audiencia Nacional**

España. Audiencia Nacional, Procedimiento 120/1997. Sentencia del 17 de julio de 1997

España. Audiencia Nacional. (Sala de lo Social) Sentencia Núm. 87/2017, de 15 de junio

## **Tribunales Superiores de Justicia**

España. Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª) Sentencia Núm. 651/2018, de 22 de marzo

España. Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. (Sala de lo Social) Sentencia Núm. 25/2018, de 12 de enero

España. Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla (Sala de lo Social) Sentencia Núm.2307/2017, de 19 de julio de 2017

España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social) Sentencia Núm. 1706/2012, de 5 de marzo

España. Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) Sentencia Núm. 2348/2017, de 26 de abril

España. Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social) Sentencia Núm. 487/2015, de 28 de abril

España. Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada (Sala de lo Social) Sentencia Núm. 1937/2017, de 18 de septiembre

España. Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Social) Sentencia Núm. 2016/99 de 3 de febrero de 2016

#### Otras

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 9 de septiembre de 2003, sobre el asunto *Jaeger*, C-151/02, EU:C:2003:194. Consultada en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22documentcollectionid%22:\[%22GRAND%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22documentcollectionid%22:[%22GRAND%22,%22CHAMBER%22]}) en febrero de 2019

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del exp. 61496/08, en fecha día 5 de septiembre de 2017, en el asunto *Barbulescu vs Rumania*, ECHR:2017:0905 JUD006149608. Consultada en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22documentcollectionid%22:\[%22GRAND%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22documentcollectionid%22:[%22GRAND%22,%22CHAMBER%22]}) en febrero de 2019

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del exp. 588/2013, en fecha día 22 de febrero de 2018, en el asunto *Libert vs Francia*, ECHR:2018:0222 JUD000058813. Consultada en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22documentcollectionid%22:\[%22GRAND%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22documentcollectionid%22:[%22GRAND%22,%22CHAMBER%22]}) en febrero de 2019

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de los exp. 1874/13 y 8567/13, en fecha día 9 de enero de 2018, en el *asunto López Ribalda y otros vs España*, ECHR:2018:0109 JUD000187413. Consultada en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D%7D> en febrero de 2019

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del exp. 70838/13, en fecha 28 de noviembre de 2017, en el *asunto Antović y Mirković vs Montenegro*, ECHR:2017:1128 JUD007083813. Consultada en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D%7D> en febrero de 2019

## LEGISLACIÓN CITADA

España. Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Consultada en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1992-24189> en febrero de 2019

España Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Consultada en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-23750> en febrero de 2019

España. Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Consultada en [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/134-2002.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/134-2002.html) en febrero de 2019

España. Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones. Consultada en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-4950> en febrero de 2019

España. Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Consultada en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-15060> el 28 de marzo de 2019

España. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Consultada en

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2018-16673> el 29 de febrero de 2019

### **Normativa europea**

Parlamento Europeo y Consejo Europeo. Directiva (Ue) 2016/680, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo. Bruselas. Consultada en <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00089-00131.pdf> en febrero de 2019

Parlamento Europeo y Consejo Europeo. Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Bruselas. Consultada en [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Laboral/dir2003-88-ce.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Laboral/dir2003-88-ce.html) en febrero de 2019

Parlamento Europeo y Consejo Europeo. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Bruselas. Consultada en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2016-80807> en febrero de 2019

### **Derecho comparado**

República Francesa. *Code du Travail, Dernière modification: 27/03/2019*. Consultada en <http://codes.droit.org/CodV3/travail.pdf> en febrero de 2019

República Italiana. Legge 22 maggio 2017, n.81/2017, de 22 de mayo de 2017. Consultada en <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/06/13/17G00096/sg> en febrero de 2019

## Otros

España. Circular 1/2019, de 7 de marzo, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales relativos a opiniones políticas y envío de propaganda electoral por medios electrónicos o sistemas de mensajería por parte de partidos políticos, federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores al amparo del artículo 58 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. Consultada en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-3423](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-3423) en febrero de 2019.

España. Informe 193/2008 de la Agencia Española de Protección de Datos. Consultada en <https://www.aepd.es/informes/index.html> en febrero de 2019

España. Informe 090/2009 de la Agencia Española de Protección de Datos. Consultada en <https://www.aepd.es/informes/index.html> en febrero de 2019

España. Informe 613/2009 de la Agencia Española de Protección de Datos. Consultada en <https://www.aepd.es/informes/index.html> en febrero de 2019