

10 MAY 2024

Revista Española de Derecho del Trabajo

ARANZADI

Este PDF contiene

2. Protección de la intimidad del trabajador frente a dispositivos digitales: análisis de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre (FCO. JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO), p.RR-2.1

Revista Española de Derecho del Trabajo

2019

Núm. 222 (Julio)

Tribuna de actualidad

2. Protección de la intimidad del trabajador frente a dispositivos digitales: análisis de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre (FCO. JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO)

2 Protección de la intimidad del trabajador frente a dispositivos digitales: análisis de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre^{*)}

Protection of the privacy of the worker in front of digital devices: analysis of the Organic Law 3/2018, of December 5

FCO. JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Miguel Hernández

ISSN 2444-3476

Revista Española de Derecho del Trabajo 222

Sumario:

I. Introducción

II. Derecho a la intimidad y uso privado de dispositivos digitales de la empresa en el ámbito laboral

1. Situación previa a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre (RCL 2018, 1629)
 - 1.1. Establecimiento de criterios garantizadores del derecho a la intimidad del trabajador
 - 1.2. Período de fortalecimiento del poder del empresario frente al derecho de intimidad del trabajador
2. Los criterios aplicables a partir de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre (RCL 2018, 1629)
 - 2.1. Derecho innegociable a la intimidad del trabajador
 - 2.2. Acceso del empleador a los dispositivos digitales puestos a disposición del trabajador solo a efectos del control del cumplimiento de su actividad
 - 2.3. Criterios en el uso de dispositivos digitales

III. Control de la actividad del trabajador mediante cámaras de videovigilancia y de

grabación de sonidos

1. Situación previa a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre (RCL 2018, 1629)
2. Criterios sobre uso de cámaras de videovigilancia y grabación de sonidos a partir de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre (RCL 2018, 1629)
 - 2.1. Supuestos de exclusión absoluta de instalación de cámaras de videovigilancia
 - 2.2. La grabación de sonidos en el lugar de trabajo

IV. ¿Cómo afecta al derecho a la intimidad del trabajador el uso por el empresario de sistemas de geolocalización?

V. El novedoso derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral

1. Concepto y significado
2. Límites a la desconexión
3. Contenido
4. La fatiga informática y la política interna empresarial sobre el ejercicio del derecho a la desconexión
5. La negociación colectiva instrumento clave en la forma de aplicación de la desconexión digital

VI. Un nuevo artículo 20 bis en el estatuto de los trabajadores

VII. Derechos digitales: negociación colectiva, información y participación de los representantes de los trabajadores

VIII. Reflexiones que me suscita la nueva ley

IX. Bibliografía

RESUMEN:

Transcurridas varias décadas de la irrupción de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral, se ha publicado por el Boletín Oficial del Estado, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que dedica en unos pocos artículos (87 a 91) el uso de estos dispositivos en el trabajo. Se trata de una norma transversal de especial importancia, porque regula los límites entre el derecho a la intimidad de los trabajadores y el uso de los dispositivos digitales por parte del empresario en el ejercicio de control y vigilancia de la actividad laboral de aquellos. El objetivo de la norma es claro: garantizar el derecho de los trabajadores a su intimidad pese al uso de tales dispositivos. La flamante norma ha sido largamente esperada, pues hasta su aparición han tenido que asumir en cierto sentido, funciones legisladoras, los tribunales mayores (TC, TS, TJUE, TEDH) para solventar los conflictos que debían resolver. El estudio que sigue a continuación realiza un análisis

ABSTRACT:

After several decades of the irruption of new technologies in the workplace, it has been published by the Official State Gazette, Organic Law 3/2018, of December 5, Protection of Personal Data and guarantee of digital rights, which devotes in a few articles (87 to 91) the use of these devices at work. This is a transversal rule of special importance, because it regulates the limits between the right to privacy of workers and the use of digital devices by the employer in the exercise of control and monitoring of their work activity. The purpose of the rule is clear: to guarantee the right of workers to their privacy despite the use of such devices. The new norm has been long awaited, because until its appearance they have had to assume in a certain sense, legislative functions, the major courts (TC, TS, CJEU, TEDH) to resolve the conflicts that had to be resolved. The study that follows makes a critical analysis of the recent evolution of this issue until reaching the standard object of comment, among whose novelties the

crítico de la reciente evolución de esta cuestión hasta llegar a la norma objeto de comentario, entre cuyas novedades destaca el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, finalizando con una serie de reflexiones sobre algunos aspectos de la norma recién estrenada.

PALABRAS CLAVE: Derecho - Intimidad - Dispositivo digital - Desconexión digital - Videovigilancia - Cámaras - Geolocalización

right to digital disconnection in the workplace stands out, ending with a series of reflections on some aspects of the newly released standard.

KEYWORDS: Law - Privacy - Digital device - Digital disconnection - Video surveillance - Cameras - Geolocation

Fecha recepción original: 17 de Marzo de 2019

Fecha aceptación: 19 de Junio de 2019

I. INTRODUCCIÓN

Llevaba un tiempo pensando en la necesidad de profundizar en el estudio de cómo afecta a las relaciones laborales la progresiva incorporación de las nuevas tecnologías -de hecho, me encontraba redactando una serie de propuestas de cara a una futura normativa laboral sobre estas cuestiones-, cuando apareció en el BOE del 6 de diciembre de 2018, la [Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre](#), de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales¹. Esta Ley Orgánica, según el [art. 1](#), tiene un doble objeto: el primero es el de adaptarse a las previsiones del [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 sus datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la [Directiva 95/46/CE](#)². El otro objeto de la Ley Orgánica se dirige a garantizar los derechos digitales de los ciudadanos con base en el [art. 18.4](#) de la Constitución, que se ejercerá con arreglo a lo establecido en el citado Reglamento y en la propia [LO 3/2018](#).

Además, la nueva Ley Orgánica, incorpora previsiones que se echaban de menos en la normativa laboral respecto a la protección de datos personales en el uso de las nuevas tecnologías, pues, se da la circunstancia de que por primera vez se establecen en esta materia derechos específicos destinados a empresarios y trabajadores. Era razonable esa inquietud, habida cuenta de que el legislador no entraba con decisión en la regulación de los derechos de los trabajadores que afectan a su intimidad, en relación con el tratamiento de datos personales, obligando a los afectados a presentar demandas ante los juzgados laborales y complicando en cierto modo, la vida de los magistrados en sus resoluciones, al tener que poner en relación la normativa básica laboral del [Estatuto de los Trabajadores](#) con disposiciones de carácter general, e incluso con la necesidad de elevar numerosas cuestiones al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). De hecho, la conflictividad ha sido notable, y las cuestiones a resolver ciertamente complicadas hasta el punto de llegar con relativa frecuencia a los tribunales mayores [Tribunal Supremo (TS), Tribunal Constitucional (TC), TJUE, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)].

En cualquier caso, ojalá que la flamante normativa contenida en la [LO 3/2018](#), reduzca la conflictividad. Será señal inequívoca de que garantizará el derecho a la intimidad de los trabajadores ante las diversas formas en que las nuevas tecnologías pueden acecharle. La propia Constitución de 1978 ([CE](#)) en el [art. 18.1](#), consagra y garantiza el derecho a la intimidad. Apareciendo en cada apartado de este artículo diversas manifestaciones que sin

aludir expresamente a ese derecho, sin embargo le afectan directamente. Es el caso del apartado 3, que «garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial», mientras que su apartado 4, 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». Qué duda cabe que todo lo anterior entronca con el objeto del comentario sobre la oportunidad de la nueva [LO 3/2018](#). Y es que, el derecho a la intimidad del trabajador en sus diversas manifestaciones como Internet no existía cuando se redactó el texto constitucional, aunque sí se habla del «uso de la informática» (entonces en su comienzo), cuando ya se vislumbraba el peligro que podría representar el uso ilícito de esa tecnología. De ahí, que el propio preámbulo de la [LO 3/2018](#), propugne que «una deseable futura reforma de la Constitución debería incluir entre sus prioridades la actualización de la Constitución a la era digital y, específicamente, elevar a rango constitucional una nueva generación de derechos digitales». Pese a ello, creo que aparte de la dificultad que entraña esa reforma que exige importantes mayorías, no sería necesaria con la redacción vigente, pues lo fundamental ya se contiene en el [art. 18](#) CE. Bastaría tan solo una Ley Orgánica que desarrolle el espíritu que encarna el texto constitucional.

La cuestión que se trata de dilucidar es si la nueva [LO 3/2018](#), va a ser adecuada para garantizar el derecho a la intimidad del trabajador, al mismo tiempo que permita el debido control y vigilancia de la actividad laboral por parte del empresario.

Para ello, si se quiere afinar en la redacción de la Ley, de modo que incluya las posibilidades que ofrece Internet, y otros dispositivos digitales, esa Ley Orgánica debe inspirarse en las resoluciones judiciales nacionales y europeas más consistentes de los tribunales mayores.

En cuanto a la naturaleza de la norma objeto de comentario, pese a señalarse que tiene naturaleza de Ley Orgánica, sin embargo, establece el carácter de Ley ordinaria de algunos títulos y artículos, entre estos últimos el [art. 88](#) de la LO 3/2018, que se refiere a la novedad estrella en el ámbito laboral como es la del derecho a la desconexión digital a la que se dedicará un amplio apartado. Derecho ciertamente novedoso e implantado en algunos Estados de nuestro entorno más cercano, como Francia o Alemania.

Además esta norma deroga expresamente, la [Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre](#), de Protección de Datos de Carácter Personal³⁾, y el [Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio](#), de medidas Urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos, lo que facilita la aplicación de la nueva norma.

Una primera visual del contenido de la [LO 3/2018](#), nos desvela que sus destinatarios son todas las personas, es decir, resulta de aplicación transversal y abarca cualquier circunstancia en la que se utilice un dispositivo tecnológico que pueda afectar a la intimidad de las personas. En lo que más nos interesa, incluye por vez primera y de forma directa, garantías y derechos de los trabajadores en el ámbito laboral, tales como los [arts. 87](#) (derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral), [88](#) (derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral) [89](#) (derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo)⁴⁾, [90](#) (derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral) [91](#) (derechos digitales en la negociación colectiva).

Quizá podría discutirse si no hubiera sido más apropiado insertar estos artículos en el Estatuto de los Trabajadores ([ET](#)) de 2015⁵⁾, en lugar de en la [LO 3/2018](#), dada la eminente naturaleza laboral de su contenido, y haberles otorgado carácter de Ley ordinaria

como se ha llevado a cabo, a través de la disposición final decimotercera, que incluye un nuevo [artículo 20 bis](#) en el ET, sobre los derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión, que de acuerdo con la [disposición final primera](#) LO 3/2018, se le atribuye expresamente el carácter de Ley ordinaria, como corresponde a la propia naturaleza del [ET](#).

A ello se debe responder que, en efecto, se trata de un reducto –el laboral-, que transita por este maremagno de disposiciones relacionadas con los dispositivos digitales, pero que al tratarse el derecho a la intimidad, de un derecho fundamental, debe desarrollarse mediante Ley Orgánica ([art. 81.1](#) CE). Sin embargo, el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, no se ha considerado que afecte a un derecho fundamental, pues en tal caso debería tener naturaleza de Ley Orgánica, pues se pone el acento no tanto en el derecho a la intimidad del trabajador, sino en su derecho a la propia desconexión.


A este respecto, llama poderosamente la atención, que el preámbulo de una Ley Orgánica llamada a ser un hito en lo que afecta al empleo de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral como es la [LO 3/2018](#), solo haga mención en su [preámbulo](#) a la cuestión de la desconexión, que si bien constituye un novedad de importante calado, omite sin embargo algún comentario referente a la regulación que por vez primera se refiere al derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos digitales o informáticos, o de videovigilancia o de geolocalización en el ámbito laboral. Creo que hubieran sido ilustrativas algunas reflexiones sobre el particular, sobre todo los argumentos que apoyan su inclusión en la [LO 3/2018](#), porque tales asuntos han sido objeto de enormes controversias en los tribunales.

II. DERECHO A LA INTIMIDAD Y USO PRIVADO DE DISPOSITIVOS DIGITALES DE LA EMPRESA EN EL ÁMBITO LABORAL

Es la eterna dicotomía entre el derecho fundamental a la intimidad de las personas ([art. 18](#) CE), contenido también en el ámbito laboral en el [art. 4.2.e\)](#) del Estatuto de los Trabajadores como derecho a la intimidad de los trabajadores, y el derecho de las empresas a comprobar el cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones y deberes laborales⁶⁾ contenidos en el [art. 5](#) ET. Ordinariamente el conflicto se traduce en el uso privado de dispositivos digitales de la empresa (correo electrónico, móvil, ordenador, tableta, etc.) puestos a disposición del trabajador para que realice el trabajo asignado por aquella. Este tipo de prácticas ha ocasionado una creciente conflictividad, porque no ha existido una norma que contemplara una respuesta a tales situaciones. Por ello, esta falta de regulación del choque entre derechos de una y otra parte, se ha visto compensada por la jurisprudencia y por la abundantísima doctrina científica que ha contribuido con sus publicaciones a guiar en cierta forma a los tribunales que debían pronunciarse en las controversias que se les iban presentando.

Conviene recordar que nos encontramos ante derechos fundamentales inespecíficos, en el sentido que, aunque puedan tener una proyección en el ámbito laboral, pertenecen a todo ciudadano con independencia de su condición de trabajador, al que no se le puede exigir que relegue su intimidad al ámbito estrictamente personal manteniendo ciertas dimensiones de su vida a las puertas del centro de trabajo⁷⁾. En consecuencia, los trabajadores no dejan de ser ciudadanos por el hecho de comenzar a prestar servicios para un empresario; de lo que se deriva que los derechos fundamentales que la [Constitución](#) reconoce a todos los ciudadanos no se ven exceptuados por la existencia de una relación laboral⁸⁾, pues como advierte el TC, «la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano»⁹⁾. Sin embargo, el ordenamiento laboral posibilita que el

empresario pueda vigilar la actividad del trabajador, y en ese sentido, el derecho a la intimidad podría resultar disminuido (no digo menoscabado) siempre que se apliquen determinadas condiciones y esto, es lo que se pretende averiguar, en qué condiciones; porque, como señala la doctrina¹⁰⁾, el rango no debe ser tomado en consideración cuando haya una colisión entre derechos fundamentales y valores o bienes jurídicos protegidos a nivel constitucional, porque no hay jerarquías entre ellos, sino la ponderación de intereses en el concreto conflicto, que es lo que justifica que una vez acreditada la necesidad o interés empresarial, sea legítimo el sacrificio de un derecho fundamental.

En los siguientes apartados se irá analizando el itinerario que ha seguido la conjunción del derecho a la intimidad del trabajador con el derecho de organización y dirección del empresario hasta la llegada de la  [LO 3/2018](#), en que se procederá a su análisis.

1. SITUACIÓN PREVIA A LA LEY ORGÁNICA 3/2018, DE 5 DE DICIEMBRE

Es obvio que este pulso entre los derechos fundamentales del trabajador en la empresa, concretado en el derecho a la intimidad personal, y el poder de dirección del empresario manifestado en la posibilidad de comprobar que el trabajador cumple con sus deberes y obligaciones laborales, a falta de regulación específica, exigía el establecimiento de criterios que resolvieran esta cuestión a través de la conjunción de la doctrina jurisprudencial, del TC así como del TJUE y del TEDH.

Esa es la razón de que, si bien se reconocen a los trabajadores los mismos derechos fundamentales que a cualquier otro ciudadano, sin embargo, éstos no son absolutos¹¹⁾. Pudiendo el marco de la relación laboral restringir sus términos, al reconocerse al empresario también constitucionalmente otros derechos, quizá de menor intensidad que inciden en el mismo objeto, por lo que se produce la reducción del ámbito de la protección, sobre todo en supuestos en los que la propia actividad laboral exija renunciar por ejemplo¹²⁾, a vestir de una determinada manera por la obligación de lucir un uniforme¹³⁾.

En ese sentido, la doctrina no vaciló en utilizar una terminología sintomática de la aceptación del superior rango de los derechos fundamentales distinguiendo entre un “derecho fundamental pleno y otro menos pleno” en clara alusión a los derechos fundamentales inespecíficos, por un lado, y a la libertad de empresa, por otro, sin perjuicio de reconocer que la consideración de este último puede ser incluso mayor¹⁴⁾.

En este forcejeo entre ambos derechos, el del empresario y el del trabajador, la cuestión fundamental debería dar respuesta satisfactoria a los siguientes interrogantes:

¿Hasta dónde puede llegar el empresario en sus facultades de dirección y control? y ¿Hasta dónde tienen reconocidos los trabajadores sus derechos fundamentales en el seno de la relación laboral?¹⁵⁾


A este respecto, conviene señalar que no puede afirmarse que ambas situaciones (poder de dirección del empresario y los derechos del trabajador) estén en pie de igualdad, porque siempre tendrán mayor peso específico los derechos fundamentales del trabajador. Sin embargo, en determinadas circunstancias podrían modularse tales derechos para que pueda hacerse efectivo el poder de dirección del empresario, siempre que esa intromisión a los derechos del trabajador sea “razonable”, como podría ser la circunstancia del ejemplo en el que no parece que la obligación de lucir un determinado uniforme suponga una grave restricción a ninguno de los derechos fundamentales del trabajador, salvo que esa obligación vaya acompañada de un menoscabo grave en su dignidad.

A falta de normativa aplicable en esta materia, la doctrina científica sistematizó los criterios vertidos por la doctrina del TC¹⁶⁾ y del TS, ofreciendo pistas para entender cuándo una

decisión empresarial que puede afectar a algún derecho fundamental del trabajador, no lo vulnera. En ese sentido, se ha señalado de forma inequívoca¹⁷⁾, que «la limitación de derechos fundamentales sólo es lícita si cumple el principio de proporcionalidad, por ser «idónea» para conocer la conducta laboral del trabajador, «necesaria» por cuanto no existe otra medida menos agresiva para la consecución de tal propósito con igual eficacia»¹⁸⁾, «proporcionada» al derivarse de ella más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros valores en conflicto¹⁹⁾, y «justificada» en el sentido de que su adopción ha de responder a motivaciones objetivas distintas de la simple y llana conveniencia empresarial²⁰⁾.

No cabe duda de la exigencia de tales limitaciones. La cuestión es si la aplicación de todas ellas es necesaria para evitar cualquier tipo de arbitrariedad que conculque un derecho fundamental del trabajador. De hecho, se han suscitado diversos interrogantes acerca de la determinación de sus elementos y principios, y alguna perplejidad en relación con ciertas lagunas que presenta. En ese sentido, «presuponer que el legislador pueda determinar los intereses específicos laborales que protege cada uno de los derechos fundamentales y diseñar reglas («fórmulas de compromiso») que resuelvan todos los conflictos de intereses en la relación individual es una quimera»²¹⁾.

En consecuencia, no resulta factible poner en la misma balanza sin más, ambos derechos, porque los derechos fundamentales contienen un mayor peso específico y la balanza quedaría desequilibrada²²⁾. En ese sentido, cualquier restricción de los derechos fundamentales del trabajador requiere de unas condiciones o requisitos que equilibren o nivelen la balanza. En cualquier caso no resulta fácil aplicarlos de igual forma en cada supuesto, por lo que se debe concluir que cada supuesto es diferente debiéndose valorar y ponderar la proporcionalidad en cada caso concreto²³⁾.

Pese a la posición escéptica, de parte de un sector de la doctrina científica, expuse mi opinión hace algunos años²⁴⁾, en el sentido de que sería conveniente que el legislador tomara cartas en el asunto y no dejara a la interpretación de los Tribunales la escasa regulación laboral existente sobre este asunto, estableciendo una serie de criterios básicos destinados no tanto a todas y cada una de las posibles conductas empresariales, lo que supondría una casuística imposible de plasmar en la norma laboral, sino más bien en el establecimiento de una reglas básicas de coordinación y de equilibrio entre el poder de vigilancia empresarial y el derecho fundamental del trabajador²⁵⁾. De ese modo, -señalaba- los Tribunales tendrían recorrido parte del camino, pues el inicio del mismo lo llevaría a cabo la norma laboral. Con ello, se incrementaría la dosis de seguridad jurídica en esta cuestión en la que, no existía un criterio uniforme ni en la doctrina del TS ni en la del TC. En suma, se facilitaría el trabajo a los tribunales, evitando resoluciones contradictorias, pues, como señala la doctrina científica, la intervención en las comunicaciones llevadas a cabo a través del correo electrónico o en Internet debería quedar amparada por una normativa suficientemente precisa²⁶⁾, ya que el desierto de regulación legal específica hasta la llegada de la  [LO 3/2018](#), ha obligado a los operadores jurídicos y a los tribunales a realizar ímprobos esfuerzos aplicativos de las normas generales al ámbito laboral, intentando solucionar los desajustes con los que en esa labor se tropiecen, no consiguiendo eliminar, en toda situación, la sensación de inseguridad jurídica y de desconcierto sobre los límites a la utilización de la tecnología informática en el trabajo²⁷⁾.

En cualquier caso, ante la ausencia de respuesta normativa en esta materia tenía que reconocerse a los órganos judiciales su labor creadora, *quasi* legislativa, no exenta de contradicciones y de falta de seguridad jurídica, pero que ha proporcionado algunas claves de interés incluidas en la reciente normativa de protección de datos²⁸⁾.

1.1. Establecimiento de criterios garantizadores del derecho a la intimidad del trabajador

Los criterios que viene aplicando el TS en los últimos años han variado en función de la doctrina que ha ido marcando el TJUE. Y a falta de otra disposición en la que sustentarse hasta la llegada de la [LO 3/2018](#), parece claro que debía ser el [art. 20.3](#) ET en lugar del [art. 18](#) ET, el que debía aplicarse, cuyo contenido trata sobre la inviolabilidad de la persona del trabajador. Para ello debía establecerse una analogía respecto a su contenido, pues no es lo mismo el registro de efectos personales del trabajador ([art. 18](#) ET) que la comprobación por la empresa del uso indebido por el trabajador de un instrumento de trabajo (propiedad del empresario), en aplicación de su poder de adoptar medidas para verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales del trabajador ([art. 20.3](#) ET). En otras palabras, como ha señalado el TS²⁹: «tanto la persona del trabajador, como sus efectos personales y la taquilla forman parte de la esfera privada de aquél y quedan fuera del ámbito de ejecución del contrato de trabajo al que se extienden los poderes del [artículo 20](#) del Estatuto de los Trabajadores».

En esta sentencia el TS desgrana una argumentación que podría haberse tenido en cuenta, de cara a la elaboración de una norma al efecto. Se trataba del Director General de una empresa que prestaba servicios en un despacho sin llave, en el que disponía de un ordenador carente de clave de acceso y conectado a la red de la empresa que dispone de ADSL. En un momento dado, un técnico de una empresa de informática fue requerido el 11 de mayo para comprobar los fallos del citado ordenador. En la comprobación se detectó la existencia de virus informáticos, como consecuencia de «la navegación por páginas poco seguras de Internet». En presencia del administrador de la empresa se comprobó la existencia en la carpeta, de archivos temporales de «antiguos accesos a páginas pornográficas» que se almacenaron en un dispositivo de USB, que se entregó a un notario. La sentencia señala, que «las operaciones llevadas a cabo en el ordenador se hicieron sin la presencia del actor, de representantes de los trabajadores ni de ningún trabajador de la empresa». El ordenador fue retirado de la empresa para su reparación y, una vez devuelto, el 30 de mayo se procedió a realizar la misma operación con la presencia de delegados de personal. El trabajador fue despedido, y su impugnación se basó en la obtención de una prueba ilícita a través de un registro que no había cumplido con las condiciones del [art. 18](#) ET, aplicándose en este caso un artículo incorrecto.

Lo relevante de esta sentencia, a mi juicio es que parecía sentar doctrina sobre la forma en que debía proceder el empresario en el control del cumplimiento del deber laboral del trabajador sin vulnerar su derecho a la intimidad, al señalar con buen criterio a mi entender, que «lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios –con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales– e informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos...»³⁰. Con ello, el camino más simple para el empresario será proceder a la regulación de este asunto, comunicando fehacientemente a los trabajadores de su empresa los usos permitidos de los ordenadores y del acceso a internet, así como los mecanismos que se implantarán para su control³¹.


Creo que con ello sería suficiente para garantizar la salvaguarda de un mínimo del derecho a la intimidad del trabajador. Es lo que denomina la Sala como «una expectativa razonable de intimidad»³². Criterio que también adoptó en términos similares, lo veremos, el TC en el caso del uso de cámaras de vigilancia³³.

Una vez establecido tal criterio, el Tribunal señala gráficamente los argumentos que justifican la incorrecta actuación del empresario lesionando la intimidad del trabajador, pues aunque «efectivamente los archivos mencionados registraran la actividad del actor, la medida adoptada por la empresa, sin previa advertencia sobre el uso y el control del ordenador, supone una lesión a su intimidad (...). Es cierto que la entrada inicial en el ordenador puede

justificarse por la existencia de un virus, pero la actuación empresarial no se detiene en las tareas de detección y reparación, sino que, como dice con acierto la sentencia recurrida, en lugar de limitarse al control y eliminación del virus, “se siguió con el examen del ordenador” para entrar y apoderarse de un archivo cuyo examen o control no puede considerarse que fuera necesario para realizar la reparación interesada»³⁴⁾.

1.2. Período de fortalecimiento del poder del empresario frente al derecho de intimidad del trabajador

Cuando parecía que se había encontrado una solución relativamente equitativa, la jurisprudencia basculó en defensa del poder de control del empresario, dejando sin espacio al derecho a la intimidad del trabajador, con base en que ya se advirtió por la empresa la prohibición del uso privado del ordenador y de que habría controles de verificación. En este sentido en otra sentencia posterior³⁵⁾, el empresario entregó a todos los trabajadores una carta en la que se comunicaba que quedaba terminantemente prohibido el uso de medios de la empresa (ordenadores, móviles, internet, etc.) para fines propios tanto dentro como fuera del horario de trabajo. A finales del mes enero decidió hacer una comprobación sobre el uso de sus medios de trabajo para lo que procedió a la motorización de los ordenadores de la trabajadora denunciante y de otra trabajadora, al objeto de captar las pantallas a las que accedía la trabajadora para su posterior visualización. Se trataba de un sistema “pasivo” poco agresivo que no permitía acceder a los archivos del ordenador que están protegidos por contraseñas de cada uno de los usuarios. El tribunal entendió, quizá de forma excesivamente dura, que la prohibición absoluta descarta cualquier margen de tolerancia, y que de ese modo no cabe alegar un derecho fundamental a la intimidad a causa de la advertencia de prohibición. Sin embargo, el voto particular, en consonancia con la doctrina de la sentencia antes comentada, desmonta tal argumento con base en que la empresa «no dio cumplimiento a la previsión contenida en el apartado b), ya que no informó a los trabajadores de que iba a existir un control, ni de los medios que iban a utilizar para comprobar la corrección del uso del ordenador (...). Por lo tanto, al haberse realizado el control empresarial sin advertir previamente de los controles y medidas aplicables, se ha vulnerado “una expectativa razonable de intimidad”, ya que no es suficiente la prohibición del uso del ordenador para actividades privadas, sino que, tal como ha venido entendiendo la doctrina de la Sala, dicha prohibición ha de ir acompañada de una información sobre la existencia de un control y de los medios que van a aplicarse».

Por su parte, en igual sentido, el TC, en un supuesto cercano al derecho a la intimidad personal³⁶⁾, el del secreto de las comunicaciones del  [art. 18.3 CE](#), también existió expresa prohibición de instalar programas en los ordenadores de la empresa y sin embargo, dos compañeras de trabajo instalaron el programa “Trillian” de mensajería instantánea, con el que llevaron a cabo, entre ellas, diversas conversaciones. Hay que decir que el ordenador utilizado fue puesto a disposición de todos los trabajadores, sin clave para acceder a la unidad “C”. Finalmente fueron descubiertas accidentalmente por otro compañero de trabajo que puso al corriente a la empresa de todo ello, y aunque tan solo fueron amonestadas verbalmente, reclamaron la vulneración a su derecho al secreto en las comunicaciones, que fue sistemáticamente decaído hasta la interposición de recurso de amparo, que tampoco fue reconocido en este asunto, con base en que «quedan fuera de la protección constitucional por tratarse de formas de envío que se configuran legalmente como comunicación abierta, esto es, no secreta». La Sala entendió que no puede calificarse como vulneradora del derecho al secreto de las comunicaciones la intervención empresarial porque se ha realizado con «un suficiente canon de razonabilidad, sin que se atisbe lesión de derechos fundamentales de las trabajadoras afectadas puesto que el acceso al contenido del programa de mensajería «Trillian» sólo se produjo cuando la empresa tuvo conocimiento de la instalación del programa». La Sentencia termina de forma sintética declarando la inexistencia de vulneración del derecho al secreto en las comunicaciones, «pues éstas estaban abiertas y no


rodeadas de las condiciones que pudieran preservarlas».

En otra sentencia posterior del TC³⁷⁾, el trabajador prestaba servicios para una empresa dedicada a la actividad químico industrial de obtención de alcaloides (morfina, codeínas), consistiendo la misma en el cultivo de la planta adormidera y posterior tratamiento de la cosecha en sus instalaciones industriales. Recibió carta de despido por transgresión de la buena fe. Entre otros hechos se le imputaban haber mantenido durante mucho tiempo una conducta de máxima deslealtad por haber proporcionado indebidamente información confidencial de la empresa a personal de otra entidad mercantil, sin haber pedido nunca autorización para ello y utilizando en dicha transmisión medios que eran propiedad de la empresa –en concreto, teléfono móvil y correo electrónico–.

Se declaró probado que, con carácter previo a la comunicación del acto extintivo y para verificar el incumplimiento, a requerimiento de la empresa se había personado en su sede un notario. Se puso a su disposición un teléfono móvil propiedad de la empresa que utilizaba el trabajador, comprobándose el contenido de los mensajes SMS, y se le entregó en depósito, además, un ordenador portátil, también propiedad de la empresa; ordenador utilizado por el trabajador y del cual, en la notaría, en presencia del notario y por parte de un técnico, se procedió a efectuar una copia del disco duro. Todo ello, sin conocimiento alguno por parte del trabajador afectado.

El resultado fue el despido del trabajador y después de las demandas al Juzgado y Tribunal Superior de Justicia, la interposición del recurso de amparo por vulneración del derecho a la intimidad y del secreto de las comunicaciones³⁸⁾. En este caso, el TC señala que el acceso por la empresa a los correos electrónicos del trabajador reunía las exigencias requeridas por el principio de proporcionalidad, que sintetiza en los cuatro puntos a los que se aludía al principio, es decir, la Sala entendió que se trataba de una medida idónea, justificada, necesaria, y equilibrada o ponderada, por lo que consideró que no se habían vulnerado los derechos a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones invocados por el trabajador³⁹⁾.

Pese a ello se puede dar la circunstancia de que un tercero ajeno a la relación laboral, pase a encontrar sus comunicaciones sometidas a la injerencia del empresario, a este sí le era posible abrigar una expectativa razonable de confidencialidad que desaparece con el criterio de esta STC, pues hoy en día también a través del correo electrónico, incluido el proporcionado por la empresa, se generan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones, y cuando una persona ajena a una empresa dirige una comunicación a una cuenta de correo de esa empresa tiene que saber que no está dirigiendo el correo únicamente a su interlocutor sino también a la organización a que este pertenece⁴⁰⁾, y si la empresa tiene luz verde para vigilar y controlar el correo electrónico de sus trabajadores, sin embargo no lo tiene para hacerlo respecto de aquellos terceros con quienes se relacionan a través de ese medio o de cualquier otro dispositivo digital, pudiendo vulnerar su derecho a la intimidad.

En fin, a juicio de la doctrina⁴¹⁾, se trataría de una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones de aquél, al haber intervenido su correo electrónico sin haberle informado previamente de la posibilidad de hacerlo y de las circunstancias de las inspecciones del correo electrónico, porque no se puede ignorar que la monitorización implica tratamiento de datos, que puede ser legítima pero solo si se observan ciertas exigencias de transparencia informativa. Al no tomar en consideración estas otras garantías del  [art. 18.4 CE](#), no se ha realizado un enjuiciamiento completo de los derechos del trabajador afectados⁴²⁾.

Del comentario de las anteriores sentencias tanto del TS como del TC, se observa que los pronunciamientos de ambos tribunales bascularon en uno y otro sentido, lo que ha venido propiciando una peligrosa inseguridad jurídica, pues ni el empresario ni el trabajador sabían

a qué atenerse con esta dispersión de criterios en muchos casos contradictorios. La cuestión es si con la nueva normativa será posible calmar las aguas y que se asienten los criterios de actuación sobre esta materia.

2. LOS CRITERIOS APLICABLES A PARTIR DE LA LEY ORGÁNICA 3/2018, DE 5 DE DICIEMBRE

Después del largo peregrinar en la aplicación de los criterios que deben aplicarse, en los casos de colisión de ambos derechos, de intimidad del trabajador y de dirección del empresario según el parecer de los distintos tribunales, por fin, el legislador ha entrado en la regulación del problema. Y aunque, cabe esperar que seguirán los conflictos en esta materia, al menos los tribunales nacionales tienen un marco normativo –el [art. 87](#) LO 3/2018–, en qué apoyarse, con un contenido que marca los criterios que deben ser observados por el empresario marcados por el derecho a la intimidad del trabajador; por la posibilidad en determinados supuestos del control por el empleador del contenido de los dispositivos digitales puestos a disposición del trabajador; y finalmente, por el establecimiento de los criterios que deberá seguir el empresario que deberán ser puestos en conocimiento de los trabajadores informándoles de los mismos.

2.1. Derecho innegociable a la intimidad del trabajador

El epígrafe del [art. 87](#) LO 3/2018, delimita, con acierto a mi entender, las circunstancias objeto de aplicación. Concretamente se refiere al problema que se ha analizado hasta el momento: «Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral», que es en el que nos encontramos, como dando a entender que se va a priorizar el derecho a la intimidad del trabajador en el trabajo, también cuando utilicen dispositivos digitales de la empresa para su uso privado.

En ese sentido, el apartado 1, señala que trabajadores y empleados públicos «tendrán derecho a la protección de su intimidad, en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador». Obsérvese que el derecho no distingue entre relación laboral efectuada en empresas privadas y los trabajadores que prestan servicios en la Administración Pública, sentando así un principio de igualdad en la protección del derecho a la intimidad, con independencia de la naturaleza de la relación, ya sea privada o pública. Algo que por otra parte, ya se presumía en la normativa vigente de forma implícita, como vimos en las precedentes sentencias con las que tuvieron que lidiar los tribunales en estos conflictos. La norma parece dar a entender que prevalece de forma expresa la intimidad del trabajador en el uso de los dispositivos digitales facilitados por el empresario. Sin embargo no hace referencia al uso privado que pudiera llevar a cabo el trabajador, sino solo se invoca su “derecho a la protección de su intimidad”.

2.2. Acceso del empleador a los dispositivos digitales puestos a disposición del trabajador solo a efectos del control del cumplimiento de su actividad

La otra cara de la moneda la representa el empresario, al que la norma también da cabida en el apartado 2 del [art. 87](#) LO 3/2018. Concretamente, el lenguaje que emplea es más tenue, porque no alude a ningún derecho, sino tan solo a la posibilidad de acceder a los contenidos de los dispositivos digitales. Y ello, tan solo en dos supuestos:

El primero se refiere al control del «cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias» del trabajador. Es lógico, pues el [art. 20.3](#) ET, señala que el empresario, puede «adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales», advirtiendo también que para ello deberá atender a la «consideración debida a su dignidad».

Con la llegada de las nuevas tecnologías y debido a la conflictividad, ha sido necesaria la concreción porque aunque el espíritu sigue siendo el mismo con o sin dispositivos digitales, precisamente su complejidad ha obligado a establecer reglas que otorguen seguridad jurídica tanto al empresario como al trabajador, como lo refrenda la frecuente conflictividad en esta materia. Y es que, si el empleo de las nuevas tecnologías para el control de la prestación de trabajo aparece como una prolongación de un órgano humano. Si el empresario puede vigilar con su mirada o con sus oídos –o con los de sus delegados- lo que sucede en la empresa mientras se realiza el trabajo, parece que podrá utilizar un instrumento técnico para realizar esa función, cuando el control se realiza exclusivamente sobre los lugares de trabajo⁴³). Con la innovación tecnológica se produce la transición del modelo clásico de control vertical o jerárquico que ejerce el empresario sobre los trabajadores a un control horizontal, según el cual la información obtenida sobre la actividad de cada trabajador puede ser valorada por las distintas secciones de la empresa⁴⁴).

La otra posibilidad que permite el acceso a los dispositivos digitales por el empresario, como señala la [LO 3/2018](#), tiene como finalidad la de «garantizar la integridad de dichos dispositivos». Es decir, que el empresario puede acceder a los dispositivos digitales de la empresa que utiliza el trabajador, para cuidar que no sufran desperfectos o daños por el uso inadecuado del trabajador o por meras circunstancias fortuitas que hagan presumir averías o problemas de funcionamiento del dispositivo.

Fuera de estos dos supuestos, si como consecuencia del control de los dispositivos digitales por el empresario fuera más allá de ambas finalidades, podría considerarse una lesión al derecho de la intimidad. Incluso, me atrevo a decir, que cuando no tuviera esa intención inicial pero quizá motivado por la curiosidad o por otras motivaciones obtenga en el transcurso del control, información sensible del trabajador que afecte a su intimidad, y que no tenga relación con los dos únicos supuestos que permiten el control de los mencionados dispositivos, también transgrediría el derecho a la intimidad.

2.3. Criterios en el uso de dispositivos digitales

En el tercer apartado del [art. 87](#) LO 3/2018, se entra de lleno en la forma de llevar a cabo el acceso del empresario a los dispositivos digitales.

La redacción de la norma no es del todo afortunada, pues de su lectura parece que a quien se le debe proteger su derecho a la intimidad es al empresario, al señalar que «los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de *su intimidad...*». Al decir, «de su intimidad», parece dar a entender que se refiere a la de los empleadores, tal como está redactado, pues no alude a los trabajadores. Sin embargo, podría considerarse una elipse, pues, en efecto se sobreentiende que debe referirse al trabajador aunque no aparezca así escrito en el texto legal.

A continuación, concreta cuáles son los criterios de actuación, al señalar que los empleadores deben establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales, y comienza por dar una pista: «respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad». Y ¿cómo se concreta esta expresión? La norma lo intenta explicar señalando que se refiere a «los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente». Algo que sigue sin resolver el interrogante, pues al derivarlo a los «usos sociales», nos encontramos con una expresión difusa que no resuelve el problema de un estándar de protección a la intimidad y que contrariamente, puede ocasionar dificultades de interpretación y, en definitiva, de seguridad jurídica. Por tanto, se trata de una expresión desafortunada cuya redacción no aporta nada positivo si no se concreta lo que significa esa expresión de los “usos sociales”.

Más adecuada parece la remisión a los derechos reconocidos en la Constitución y en la Ley. Si bien, se trata de un estándar mínimo de protección que bien pudiera haberse omitido, pues es obvio que si no se adecuan los criterios del uso de los dispositivos a la Constitución y las Leyes, existen recursos constitucionales y legales para hacerles frente.

Acertada resulta la previsión de la participación de los representantes de los trabajadores –a los que se refiere la última línea del primer párrafo de este tercer apartado [LO 3/2018](#)-, en la elaboración de tales criterios. Y es que, en todo lo que afecta a las nuevas tecnologías y su utilización en el ámbito laboral, mucho tiene que decir el acuerdo o la negociación colectiva entre empresarios y representantes de los trabajadores.

Sin embargo, es en los dos últimos párrafos del apartado 3 [LO 3/2018](#), donde se localizan los criterios de mayor enjundia, pues en ellos se ofrece una serie de instrucciones que permiten al empresario saber a qué atenerse y le otorga una mayor seguridad jurídica a la hora de controlar el acceso a los dispositivos de la empresa que utiliza el trabajador. La norma establece la forma en que debe actuar el empleador a la hora del control de los dispositivos de la empresa utilizados por los trabajadores. Pero atención, se ciñe a los casos en que el empleador “admita” el uso de los dispositivos digitales de la empresa para su uso con fines privados. El legislador emplea el término “admitir”, en lugar de otro más apropiado como podría ser, el de “autorizar” o “permitir”.

En cualquier caso, la norma establece claramente que el empresario debe especificar “de modo preciso los usos autorizados”, de manera que se conozca hasta dónde puede llegar el empresario a la hora de acceder a los dispositivos digitales utilizados por sus trabajadores.

Además de ello, señala que deben establecerse «garantías para preservar la intimidad de los trabajadores», y pone un ejemplo: «la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados».

Y finaliza, con lo que entiendo es importante: la obligación impuesta por el párrafo tercero, en el que se establece que «los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización» de los dispositivos digitales. Sin embargo, se echa de menos los criterios que puso de relieve el TEDH en la [sentencia de 5 de septiembre de 2017](#) (TEDH 2017, 61), conocida como *Barbulesco II*, y es sintéticamente que haya una advertencia clara y previa sobre las instrucciones de uso por el trabajador de los recursos tecnológicos de la empresa; un sometimiento del control empresarial al triple juicio de la proporcionalidad, y escoger medidas menos intrusivas en la vida del trabajador⁴⁵.

Pese a todo ello persiste la gran duda de cómo se resuelve el uso privado de tales dispositivos por los trabajadores, cuando no lo haya admitido o autorizado el empresario, y más aún si lo hubiera prohibido. Aunque se ha analizado alguna sentencia sobre ello, la nueva normativa no ofrece una respuesta ante tal situación, porque si el empresario prohíbe el uso del ordenador para asuntos privados del trabajador, y sin embargo, el trabajador desobedece tal indicación y aquél decide realizar una comprobación y detecta un uso privado ¿Deberá entenderse vulneración al derecho a la intimidad pese a la advertencia del empresario?

III. CONTROL DE LA ACTIVIDAD DEL TRABAJADOR MEDIANTE CÁMARAS DE VIDEOVIGILANCIA Y DE GRABACIÓN DE SONIDOS

Si en el supuesto anterior, la iniciativa de la posible irregularidad en el uso de los dispositivos procede del trabajador por utilizar el ordenador, móvil o tableta para un uso diferente del previsto; en el caso del empleo de cámaras de vigilancia o dispositivos de grabación de sonidos, quien toma la iniciativa o sujeto activo es el empleador. En cualquiera de los dos casos, parece que lo de menos es quien inicia, en su caso, la presumible conducta irregular,

sino sobre todo si se ha producido la invasión de la intimidad del trabajador, con independencia del uso de cualquier dispositivo digital o cámara de videovigilancia. De hecho, tanto el [art. 87](#) como el [art. 89](#) LO 3/2018, inician su titular aludiendo, respectivamente, al derecho a la intimidad y al uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral, como frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo. Y esta es una de las cuestiones del citado artículo que ha llamado la atención: que sólo mencione el derecho a la intimidad, obviando la estrecha vinculación de la videovigilancia con el derecho a la protección de datos⁴⁶⁾. Luego, lo que se persigue es que se proteja la intimidad, la privacidad del trabajador en el entorno laboral, en este caso, cuando se utilice cualquier clase de artilugio tecnológico de los antes mencionados.

De nuevo, debo agradecer que el legislador haya atendido lo que era un clamor de empresarios y de trabajadores: que se regularan estas situaciones, en las que, en efecto se tenía claro que el interés superior era la salvaguarda del derecho a la intimidad del trabajador. Pero no existía norma alguna que especificara la forma de ejercer la vigilancia y control, en el caso del uso de dispositivos digitales o cámaras de videovigilancia o aparatos de grabación. Ni siquiera la negociación colectiva llegó a alcanzar acuerdos que suplieran esta falta de regulación normativa⁴⁷⁾.

Y es que, en el caso de las cámaras de videovigilancia, el criterio sobre su uso por el empleador ha ido basculando de uno a otro criterio.

Conviene insistir que en el fondo, la cuestión que se plantea es la misma que en el supuesto anterior, es decir, la de si el empresario puede utilizar estos instrumentos como medio de vigilancia y control, y en caso afirmativo, cómo debe llevarse a cabo y si existen algunas limitaciones para su uso, con objeto de evitar que se vulnere el derecho a la intimidad de los trabajadores, y si en este tipo de control ejercido por el empresario se plantean los mismos problemas que en el correo electrónico o son diferentes aunque incidan en el mismo derecho a la intimidad de los trabajadores⁴⁸⁾.

1. SITUACIÓN PREVIA A LA LEY ORGÁNICA 3/2018, DE 5 DE DICIEMBRE

Uno de los pronunciamientos constitucionales⁴⁹⁾, de referencia, que han servido de modelo anterior a la aparición de la [LO 3/2018](#) alude a la vigilancia por la empresa de los trabajadores mediante cámaras de vigilancia. Se trataba de un trabajador que prestaba servicios en la Universidad de Sevilla, y ante la sospecha de irregularidades en el cumplimiento de su jornada laboral, se decidió que se controlaran las horas de entrada y salida del trabajador de su puesto de trabajo durante los meses de enero y febrero de 2006, para lo que debía valerse, si fuera necesario, de la información de las cámaras de video instaladas en los accesos a las dependencias con la finalidad de evitar robos. En las hojas de control de asistencia de su unidad administrativa, correspondientes a los meses de enero y febrero de 2006, el trabajador consignó y firmó cada día como momento de entrada las 8:00 horas, y de salida, las 15:00 horas. Gracias al control realizado se pudo constatar, en cambio, que permaneció en las dependencias de su unidad en horarios muy diferentes a los señalados en tales hojas, acreditándose en la mayor parte de los días laborables (cerca de una treintena, según concretan los hechos probados de las resoluciones recurridas) una demora variable en la hora de entrada al trabajo de entre treinta minutos y varias horas.

En marzo de 2006 se acordó la incoación de un expediente disciplinario. El resultado de todo ello fue que el TC entendía vulnerado el derecho del trabajador a ser informado de la medida de vigilancia, señalando que la Universidad de Sevilla utilizó al fin de control del trabajador «las grabaciones, siendo la responsable del tratamiento de los datos sin haber informado al trabajador sobre esa utilidad de supervisión laboral asociada a las capturas de su imagen. Vulneró, de esa manera, el [art. 18.4](#)» CE⁵⁰⁾.

Realmente lo decisivo del pronunciamiento es su sólida argumentación, que se detiene en señalar al detalle cómo debe ser el control empresarial para que no se produzca la citada vulneración del derecho a la intimidad.


En efecto argumenta la Sala que «era necesaria además la información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida. Una información que debía concretar las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo»⁵¹).

No se queda ahí el Tribunal, pues además esa información debe concretar los supuestos en que podrán examinarse las grabaciones, durante cuanto tiempo y con qué propósitos, dejando claro que podían utilizarse para imposición de sanciones disciplinarias.

Si a lo anterior se añaden esas otras características exigidas en las anteriores sentencias constitucionales que ya vimos respecto al control, en el sentido de que debe reunir las notas de “idoneidad” “necesidad”, “proporcionalidad”, y que sea “justificado” resulta un nivel de exigencia ciertamente alto para el empresario.

En cualquier caso, no veo inconveniente que los criterios de esta sentencia se apliquen a los supuestos sobre utilización de correo electrónico para uso particular, Internet, y en general a todas las formas vigilancia y control empresarial⁵²).

El problema es que, si se avisa al trabajador de la vigilancia con pelos y señales podría obstaculizar la comprobación efectiva de conductas irregulares⁵³). Sin embargo, en el sentir mayoritario de los órganos judiciales, los controles ocultos, realizados sin el consentimiento previo de los trabajadores solo deben considerarse lícitos por motivos de seguridad para las personas o las cosas, o en los supuestos en los que se trata de poner al descubierto una conducta irregular de un trabajador concreto por existir una fundada sospecha por la empresa, en los casos en que no exista otro medio menos lesivo de los derechos fundamentales para comprobar tal conducta⁵⁴).

Este parece ser el criterio empleado por el propio  [TC en la sentencia 39/2016. de 3 de marzo](#) (RTC 2016, 39), al admitir como prueba lícita, que justificara el despido por apropiación de dinero de una caja registradora, comprobada a través de las grabaciones de una cámara de vigilancia por las sospechas previas. En este caso no se informó a la trabajadora de la colocación de la cámara, pero el TC consideró que el deber empresarial de información se cumplió porque se encontraba a la vista un cartel de “zona videovigilancia”, en lugar visible.

La misma línea parece seguir el TS⁵⁵) que admite válida la prueba de videovigilancia que capta un hurto en una tienda cuando las cámaras se colocan como respuesta a una situación de pérdidas importantes de material en el interior del centro de trabajo y con carteles que advertían de su presencia, de modo que los trabajadores conocían su existencia y finalidad. Se cumple el principio de proporcionalidad, se trata de un medio de control idóneo, y además es una intervención equilibrada al derivarse más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

En ese mismo sentido otra sentencia del mismo tribunal⁵⁶), considera inexistente la lesión al derecho a la intimidad, siendo válida la utilización por la empresa de cámaras de videovigilancia estando indicada su existencia y siendo el trabajador conocedor de su existencia, siendo una medida justificada 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, idónea para el logro de ese fin y necesaria y proporcionada al fin perseguido⁵⁷). Sin embargo, hubo una voz discordante, al obtener un voto particular, según el cual, «las cámaras están instaladas de forma permanente y su objeto es la prevención de hurtos por parte de los clientes, habiéndose utilizado para una finalidad distinta cuando no existían sospechas sobre la posible actuación irregular de la trabajadora», por lo que entiende la magistrada que la sentencia debió desestimar el recurso planteado.

🔴 [STEDH de 9 de enero de 2018](#) (TEDH 2018, 1), un hito en la utilización de cámaras de videovigilancia

Estando así las cosas, entra en escena la 🔴 [STEDH de 9 de enero de 2018](#) (TEDH 2018, 1) (caso “López Ribalda y otras contra España”⁵⁸), que aplica la doctrina de la prohibición de la videovigilancia encubierta, en el sentido de condicionar la validez de las medidas, a que se cumpla con rigor el deber de informar previamente al trabajador de la finalidad de la instalación de las cámaras, excluyendo de licitud a las grabaciones encubiertas o no informadas. Y es que según los principios generales⁵⁹) la videovigilancia encubierta debe considerarse, como una importante intrusión en la vida privada del empleado. Implica la documentación grabada y reproducible de la conducta de una persona en su lugar de trabajo, que el empleado, que está obligado por contrato de trabajo a realizar en ese lugar, no puede evadir.

En este caso, como consecuencia de una serie de irregularidades en el stock del supermercado, el empleador instaló unas cámaras de seguridad visibles para control de seguridad general del establecimiento de las que fueron informadas las trabajadoras, mientras que también se colocaron otras cámaras ocultas que tenían como finalidad controlar a las trabajadoras. Sin embargo, de la existencia de estas últimas cámaras no fueron informadas las trabajadoras.

El Tribunal señala que la video vigilancia realizada por el empleador, que tuvo lugar a lo largo de un periodo de tiempo prolongado, no habría cumplido con las estipulaciones del 🔴 [artículo 5](#) de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, en concreto en lo que respecta a la obligación de informar a los interesados previamente y de modo expreso, preciso e inequívoco sobre la existencia de un sistema de recolección de datos personales, así como de las características especiales del mismo. El Tribunal observa que los derechos del empleador podrían haber sido salvaguardados, al menos hasta cierto punto, mediante la utilización de otros medios, concretamente informando a las demandantes, incluso de un modo general, sobre la instalación de un sistema de video vigilancia, y proporcionándoles la información descrita en la 🔴 [Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal](#). Y concluye: los tribunales nacionales no fueron capaces de establecer un equilibrio justo entre los derechos de las demandantes al respeto hacia su vida privada en virtud del 🔴 [artículo 8](#) del Convenio y el interés del empleador en la protección de sus derechos a la propiedad. Y es que como asevera el Tribunal, «en una situación donde el derecho de cada afectado a ser informado de la existencia, el objetivo y la forma de la video vigilancia encubierta estaba claramente regulado y protegido por la Ley, las demandantes tenían unas expectativas razonables de privacidad».

Esta doctrina es importante y tiene trascendencia, porque como es sabido, cualquier sentencia española firme que haya vulnerado un derecho fundamental conforme a los declarado por el TEDH cabe ser revisada, pudiendo alegarse como doctrina de contradicción la establecida en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y los *órganos jurisdiccionales* instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España⁶⁰). Asimismo, «se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial

firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el [Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales](#) y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión»⁶¹.

De manera que tanto las sentencias del Tribunal Constitucional, como la jurisprudencia del Supremo deberán adaptar sus criterios a la doctrina del TEDH, en el caso de la [STEDH de 9 de enero de 2018](#) (TEDH 2018, 1) (caso “López Ribalda y otras contra España”).

En este sentido, la doctrina se ha manifestado⁶², señalando que la STEDH es una llamada de atención respecto los criterios del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre el limitado alcance del deber informativo en materia de video vigilancia, al imponer el carácter absoluto del deber informativo vinculado a las garantías propias del derecho a la protección de datos en los términos de los [arts. 12](#) y [13](#) del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril. De manera que, como señala la doctrina⁶³, si no es por aplicación directa de la doctrina del TEDH, los tribunales españoles deberán aplicar la misma como consecuencia obligada de la prioritaria aplicación sobre la regulación del deber informativo del citado Reglamento.

2. CRITERIOS SOBRE USO DE CÁMARAS DE VIDEOVIGILANCIA Y GRABACIÓN DE SONIDOS A PARTIR DE LA LEY ORGÁNICA 3/2018, DE 5 DE DICIEMBRE

Quizá sea esta cuestión de la forma de controlar la actividad laboral de los trabajadores mediante videocámaras, la que ha suscitado más controversias. Ello se debe a la dificultad para encontrar un criterio pacífico porque tanto el TC, como el TS han construido la mayoría de sus criterios examinando la incidencia de la videovigilancia en los derechos fundamentales respecto a la intimidad y a la propia imagen ([art. 18.1](#) CE). En cambio, cuando se invoca la vulneración del derecho a la protección de datos en los casos de video vigilancia ([art. 18.4](#) CE) el conflicto jurídico adquiere otra dimensión, precisamente por la exigencia estructural de este derecho de que se cumpla necesariamente el deber informativo a los trabajadores como único medio de conseguir una protección eficaz del derecho de autodeterminación informativa inherente al derecho a la protección de datos⁶⁴.

En este caso, la [LO 3/2018](#), ha sido cuidadosa, pues viene a considerar el control de la actividad laboral mediante cámaras de videovigilancia, como un desarrollo del [art. 20.3](#) ET, que trata sobre medidas de vigilancia y control del empresario para verificar el cumplimiento de las obligaciones del trabajador mediante el empleo de cámaras de videovigilancia. En concreto, se establece que «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» ([art. 89.1](#) LO 3/2018). De manera que se permite ese tipo de medidas, pero siempre que -apostilla la norma- tales «funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo». Cabe interpretar que se refiere a la normativa aplicable en estos supuestos en el propio artículo y el [art. 20.3](#) ET. A continuación, sin pasar a otra línea y en el mismo apartado, explica cómo deberá llevarse a cabo esa videovigilancia: establece que «los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida». De manera que no bastaría con los carteles que se ponen de manera visible como medio de advertir a los clientes de un establecimiento que se encuentran vigilados por si se les ocurriera sustraer algún artículo o cometan alguna conducta delictiva o irregular. En el caso del uso de tales dispositivos, con la finalidad de controlar y vigilar la actividad del trabajador, se exige:

- Información previa del uso de las cámaras de videovigilancia. El trabajador debe conocer que le pueden estar observando, con la finalidad de verificar que el trabajo encomendado por la empresa es adecuado. Por tanto, ese control, pese a no requerir la autorización del trabajador, exige que el trabajador al menos sea informado, que sepa que le pueden observar mientras trabaja.
- Esa información debe ser expresa por parte de la empresa. De forma que no la obtenga por medios indirectos o implícitos, como puede ser a través del comentario de un compañero de trabajo o de otra persona ajena a la empresa.
- Y ha de ser clara y concisa. Sin ambigüedades, que no quepa la duda al trabajador de que le pueden estar vigilando por este dispositivo, La concisión significa que no debe extenderse la explicación de que le pueden observar más allá de lo necesario, en el sentido de que ha de ser suficiente.
- Por lo demás, la información debe darse obligatoriamente a los trabajadores sujetos al ámbito laboral y también a los empleados públicos, sujetos a la normativa administrativa. Y cuando se establezca, en su caso, por ejemplo por convenio colectivo, la medida puede extenderse a los representantes de los trabajadores.

En suma, como venía señalando la doctrina, esa obligación de informar sobre las concretas actividades de control del empresario debe hacerse extensiva a los trabajadores de forma individualizada en virtud del principio de buena fe⁶⁵.

En cualquier caso, la norma española no puede rebajar la exigencia del deber informativo establecido por el [Reglamento \(UE\) 2016/679](#), lo que permite afirmar como señala la doctrina⁶⁶, que los límites inherentes al control empresarial a través de la videovigilancia pasan por el necesario respeto de los derechos fundamentales del trabajador y significadamente los derechos a la intimidad, a la imagen y a la protección de datos personales, que sólo pueden ser objeto de limitaciones en la medida estrictamente necesaria para satisfacer un derecho o un interés legítimo del empleador. Por lo mismo, la medida de control sólo es válida si supera el juicio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad).

Otra cosa es que, como consecuencia de la comprobación por las videocámaras de vigilancia general y no específica del control de los trabajadores, se capte la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o empleados públicos. En esos supuestos se entenderá cumplido el deber de informar, -siguiendo la reciente jurisprudencia-, cuando al menos exista «un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible⁶⁷ 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»⁶⁸.

Es obvio que se trata de una solución intermedia, para los casos en que se haya sorprendido al trabajador en plena realización de un delito, ajeno al mero control de su actividad laboral. La comisión de un delito flagrante, mientras el trabajador desempeña su actividad, es algo que no estaba previsto, pues pertenece más al ámbito penal que al laboral, y por esos los magistrados vacilaban entre admitir el despido como nulo o improcedente, por no estar tales cámaras generalistas previstas para el control y vigilancia del trabajador en su ordinaria actividad laboral. Pese a ello, esta solución no se compadece con la exigencia informativa de la finalidad de la videovigilancia, que forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos personales, lo que supone que la [LO 3/2018](#) no está respetando el derecho a la privacidad y a la protección de datos personales conforme a la doctrina del TEDH, y tampoco respecto al [Reglamento \(UE\) 2016/679](#)⁶⁹. La consecuencia es que si se plantea un conflicto en el que se detecte un acto ilícito, y no ha informado

previamente al trabajador en las condiciones conocidas, determinará que la prueba obtenida es nula de pleno derecho⁷⁰⁾ por vulnerar un derecho fundamental, según la doctrina del TEDH y del mencionado Reglamento.

El caso es que resulta algo complicado, cuando se tienen sospechas de la conducta irregular de un trabajador por algún acto ilícito durante el desempeño de su actividad laboral, pretender sorprenderle, si se le informa de que se le va a vigilar mediante cámaras, y además explicarle la función concreta de esa videocámara, parece un contrasentido, pues el trabajador queda advertido, y poco astuto sería si mantuviera su presunta conducta ilícita.

2.1. Supuestos de exclusión absoluta de instalación de cámaras de videovigilancia

Como no podía ser de otra manera, el apartado 2 del [art. 89](#) LO 3/2018, prohíbe la instalación de sistemas de grabación de sonidos y de videovigilancia en una serie de lugares de la empresa, en los que por la actividad que suelen realizar habitualmente los trabajadores en tales espacios, resulta más factible que sea violentada su intimidad.

Concretamente la norma se refiere a que la instalación de tales dispositivos en esos lugares no se admitirá «en ningún caso», y señala algunos supuestos a título ejemplificativo, como aquellos, «lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos». Tales lugares tienen en común que en ellos no se realiza la actividad laboral ordinaria, y por ello tampoco existen razones que justifiquen el uso de los citados dispositivos, por no estar destinados tales espacios al desarrollo de actividades laborales, sino a otras de diferente signo y que de ser controladas supondrían una clara lesión al derecho a la intimidad del trabajador, porque desaparece el fin de la grabación, que es el control y vigilancia de la actividad laboral del trabajador.

Sin embargo, como señala la doctrina⁷¹⁾, la relevancia de estos lugares en conexión con la intimidad es diferente según se trate de lugares públicos (salas de espera, cafeterías, comedores, parking, etc.) de otros privados de uso personal muy sensibles a la intimidad (aseos, servicios, duchas, vestuarios, etc.), y por otro lado, podría existir una necesidad de vigilar esos lugares e incluso las pertenencias o la persona del trabajador, por otra parte reconocida en el [art. 18](#) ET.

2.2. La grabación de sonidos en el lugar de trabajo

- Esta vertiente del derecho a la intimidad, que consiste en el uso de dispositivos de grabación de sonidos, no se regula transversalmente en la [LO 3/2018](#), siendo exclusiva su regulación en el ámbito laboral a través del apartado 3 del [art. 89](#) LO 3/2018, que es el que establece, con carácter general, los supuestos en que se admite la utilización de los sistemas de grabación de sonidos en el lugar de trabajo, concretamente:

Cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo, pero añade tres condiciones:

Que se respeten los principios de proporcionalidad, de intervención mínima.

Que se respeten asimismo, las garantías previstas en los apartados anteriores⁷²⁾.

La supresión de los sonidos conservados por estos sistemas de grabación se realizará atendiendo a lo dispuesto en el apartado 3 del [artículo 22](#) LO 3/2018⁷³⁾. Si bien, en este apartado se hace referencia al tratamiento con fines de videovigilancia, cabe

interpretar conforme a la remisión efectuada que el tratamiento se extiende asimismo a los dispositivos de grabación de sonidos.

Se observa que las condiciones establecidas para la grabación de sonidos, resultan más exigentes que las exigidas mediante cámaras de videovigilancia, pues en aquellas, se incluye el cumplimiento de las que se acaban de analizar. Quizá se piense que los sonidos que emite el trabajador resultan más sensibles en relación con el derecho a la intimidad, por ser inequívocamente suyos representando la expresión más íntima de su ser, más que las imágenes, pues en este caso siempre podría acogerse a la célebre frase de que “no es lo que parece”⁷⁴). Y es que la grabación de una conversación puede ser más sensible que la de una imagen porque las palabras pueden revelar pensamientos y sentimientos internos, permitiendo comprobar fácilmente incumplimientos en el trabajo y adoptar medidas disciplinarias, de ahí que, el TEDH⁷⁵) haya sido claro en la necesidad de que se avise al trabajador sobre la posible interceptación de los diálogos⁷⁶).

IV. ¿CÓMO AFECTA AL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR EL USO POR EL EMPRESARIO DE SISTEMAS DE GEOLOCALIZACIÓN?

Como señala la doctrina⁷⁷), en aquellos supuestos en que el trabajador realiza su trabajo fuera del centro de trabajo, se produce una debilitación del control empresarial, y al mismo tiempo puede existir una cierta relajación, por parte del trabajador, del cumplimiento de sus obligaciones laborales y lo que podría ser peor, podrían producirse comportamientos desleales con el empleador, como el incumplimiento del horario, itinerario o falsedad en cuanto a los servicios prestados. De ahí el interés del empresario de dotarse de medios técnicos que le permitan ese control y vigilancia, en particular si el trabajo lo realiza con un vehículo de la empresa.

Uno de los dispositivos digitales menos regulados en el ámbito jurídico laboral es el uso de sistemas de geolocalización, conocido como GPS⁷⁸). El servicio que ofrecen estos sistemas para el empresario es de enorme utilidad, pues no solo facilita el control y vigilancia del trabajador y de la flota de vehículos en tiempo real, sino que además, ayudan a optimizar cada trayecto del trabajador así como a asignarle misiones de forma más eficaz e incluso posibilitan ahorro de combustible.

Estos dispositivos se instalan en los vehículos de la empresa y se acoplan a una red digital de comunicaciones móviles GSM⁷⁹). Con ello se consigue localizar en cualquier momento al vehículo con un mínimo margen de error, resultando de gran utilidad, sobre todo, en empresas de transporte, taxis, VTC, etc.

Hasta la entrada en vigor de la [LO 3/2018](#), han sido escasas las resoluciones judiciales sobre el uso de los sistemas de geolocalización en el ámbito laboral, por su reciente y aún reducida implantación, limitándose a las dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia, cuyas interpretaciones no han coincidido y que tampoco valoran la colisión entre el derecho a la intimidad y la utilización del GPS⁸⁰). Tan solo una sentencia ha entrado en esta cuestión, en un caso sobre el uso de un GPS instalado en un teléfono móvil de empresa en lugar de en un vehículo⁸¹). Quizá sea debido a que no se ha tenido en cuenta la necesidad de que se valoren las circunstancias de su utilización, como por ejemplo, si el trabajador tiene permiso o no para utilizar el vehículo para fines privados; si el trabajador está sujeto o no a algún tipo de horario mientras presta servicios fuera del centro de trabajo; o si se sospecha que el trabajador no cumple los tiempos de trabajo fuera del centro; o si, en definitiva, no existe un medio más adecuado para controlar las obligaciones laborales⁸²).

Al igual que en el caso del uso de cámaras o videocámaras de vigilancia, la [LO 3/2018](#), considera como un desarrollo del [art. 20.3 ET](#), sobre medidas de vigilancia y control del

empresario para verificar el cumplimiento de las obligaciones del trabajador, la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral, «siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo» ([art. 90](#) LO 3/2018).

Además, como señala el apartado 2 del [art. 90](#) LO 3/2018, «con carácter previo, los empleadores habrán de informar de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características de estos dispositivos». Ciertamente, se observa que la información previa de la existencia de los dispositivos digitales, cualquiera que sea su modalidad, es una constante. En este caso, además, se precisa que en dicha información deberá figurar la forma en que pueden ejercitarse otros derechos, como el de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión.

Obvio resulta, que tales restricciones del empleador en el uso de los dispositivos de geolocalización vendrán impuestas por efecto de la invasión de la intimidad del trabajador.

Con respecto al problema del consentimiento del trabajador, el [art. 90](#) LO 3/2018, permite tratar los datos obtenidos a través de la geolocalización para el ejercicio de sus funciones de control de los trabajadores, siempre, según el [art. 20.3](#) ET, guardando la consideración debida a su dignidad por lo que no hace explícita referencia al consentimiento del trabajador pues la [LO 3/2018](#) se remite a la normativa laboral.

La cuestión que podría plantearse es la posibilidad de que el trabajador no consienta llevar un GPS en el coche. En este sentido en Italia, el art. 4 del *Statuto dei lavoratori* exige un acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores para poder utilizar mecanismos de control a distancia (en caso de no acuerdo se dirimirá la controversia por parte de un Inspector de Trabajo). Y además se exige que por necesidades organizativas, productivas o por seguridad laboral sea procedente dicho mecanismo⁸³). En este sentido, la Recomendación de 16 de marzo de la Comisión Nacional de Libertades e Informática (CNIL) de Francia, aparte de otras medidas en el uso de este dispositivo, señala que la utilización de un sistema de geolocalización no se justifica cuando un empleado dispone de libertad de desplazamiento en la organización ni se deben recoger datos relativos a la localización de un empleado fuera del horario de trabajo, por lo que debería existir algún mecanismo para que el trabajador pueda desactivar el GPS una vez finaliza su tiempo de trabajo, como han venido señalando algunas de las SSTSJ⁸⁴).

En consecuencia, la [LO 3/2018](#), no resulta suficiente, a la hora de disponer del uso de dispositivos de geolocalización, para preservar la intimidad del trabajador. Por ello, sería de interés que concretara a través de alguna disposición incluso en la propia norma laboral.

V. EL NOVEDOSO DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL ÁMBITO LABORAL

Se trata de un derecho inédito hasta ahora en nuestra normativa⁸⁵), porque hasta hace relativamente pocos años no se necesitaba una regulación que velara por el descanso del trabajador en el tiempo entre una y otra jornada laboral, fines de semana o vacaciones. Ciertamente, se trata de una norma que tiene un antecedente reciente en el derecho comparado, concretamente, en el derecho francés⁸⁶).

Se regula en el [art. 88](#) LO 3/2018, con el enunciado: “Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral”, y según la [disposición final primera](#) LO 3/2018, tiene carácter de Ley ordinaria, pese a estar contenido en el articulado de una Ley Orgánica.

Consiste este derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, en evitar que el

trabajador o empleado público se vea sometido a la presión que puede entrañar que la empresa le siga dando instrucciones o incluso nuevas órdenes fuera de su jornada laboral. Esto que ahora se da con cierta frecuencia, hace años no era un problema real, salvo excepciones, pues las nuevas tecnologías facilitan múltiples cauces para hacer llegar al trabajador, indicaciones, imprevistos que debe atender, etc. De ese modo, el trabajador se siente compelido a satisfacer los requerimientos empresariales por temor a algún tipo de represalia, como pudiera ser el despido, y aunque la Ley le otorga el nuevo derecho a la desconexión, es importante que el trabajador colabore en este sentido para cambiar la mentalidad si fuera preciso, en el sentido de hacer respetar su derecho a la desconexión.

1. CONCEPTO Y SIGNIFICADO

Aunque no figura un concepto claramente delimitado en la [LO 3/2018](#) de lo que es desconexión digital, es obvio, que ese derecho se traduce en no estar conectado a ningún dispositivo digital que pueda ocasionarle una interrupción del tiempo extralaboral, como puede ser el previsto para el descanso o la realización de cualquier otra actividad diferente. Una de las consecuencias de ello será la posibilidad de no responder a las comunicaciones procedentes de la empresa, precisamente porque ese es su derecho, salvo, claro está situaciones excepcionales de emergencia justificadas.

Aunque, como decía, no figura un concepto tasado sobre su significado, este se puede inducir partiendo de la finalidad que no es otra que la 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» ([art. 88.1 LO 3/2018](#)). Se trata en definitiva de proteger al trabajador de intrusiones del empresario, que pretende que el trabajador le siga teniendo a su servicio incluso fuera de horas de trabajo. Debe entenderse que la relación laboral tiene unos límites, un horario concreto y que si el empresario pretende seguir ejerciendo el poder de dirección al terminar la jornada laboral excede de sus competencias y del tiempo de trabajo establecido en el contrato.

2. LÍMITES A LA DESCONEXIÓN

Como es lógico el derecho a la desconexión tiene sus excepciones, según la actividad que desarrolle el trabajador. No es igual un empleado de oficina que un conductor de trailer que debe trasladar mercancía a otro país, y que precisa recibir instrucciones sobre cómo actuar, por ejemplo, en el caso de que se encuentre una barricada en la carretera interpuesta por huelguistas.

De ahí, la importancia de que en cada relación laboral se especifique cuáles son esos límites. Precisamente, el apartado 2 del [art. 88 LO 3/2018](#), viene a decir cómo hacerlo. Y una vez más, la negociación colectiva es el remedio como tantas otras veces. Concretamente, la norma se refiere a que «las modalidades de ejercicio de este derecho (...) se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores». En suma, que es preciso acordar esos límites a los que antes me refería, pues cada actividad tiene peculiaridades que las diferencian de otras, y por ello, no sería equitativo aplicar unos mismos criterios para todos los puestos de trabajo.

Así pues, es importante desde el principio de cada relación laboral dejar meridianamente claro cómo se aplicará este nuevo derecho reconocido al trabajador, y no solo es cuestión o competencia del empresario, la norma dice expresamente que este derecho se sujetará a lo establecido en la negociación colectiva y si no existiera convenio, a través del acuerdo entre el empresario y los representante de los trabajadores. En ese sentido, debe tenerse en cuenta entre otras cuestiones la jornada de trabajo, porque no es igual un trabajador que tiene más ocupada la jornada cuando se concierta a tiempo completo, que cuando es de media jornada,

porque la existencia de un mayor espacio de «no trabajo» implica también mayores facilidades de invasión por parte del empresario, por tratarse de un trabajador con mayor disponibilidad⁸⁷⁾, al menos en su empresa.

3. CONTENIDO

El derecho a la desconexión, en realidad es un derecho auxiliar o indirecto, en el sentido de que no es este el bien jurídico protegido -la desconexión en si misma entendida-, sino que este derecho garantiza determinados derechos y valores y además los potencia, como «el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar» (apartado 2 del [art. 88](#) LO 3/2018), que no dejan de ser manifestaciones del derecho a la intimidad personal.

4. LA FATIGA INFORMÁTICA Y LA POLÍTICA INTERNA EMPRESARIAL SOBRE EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN

La fatiga informática, entendida como el cansancio en el trabajo producido por el uso continuado de dispositivos digitales, puede justificar el establecimiento de una serie de directrices internas en la empresa para evitar que esa fatiga llegue a producirse en el trabajador. De ahí, que el legislador aproveche esta mini regulación del derecho a la desconexión para establecer las pautas que permitan este derecho en caso de fatiga informática, incluyendo acciones de formación y de sensibilización. Concretamente señala que «el empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos⁸⁸⁾, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática». En este sentido, la norma hace referencia especial a los «supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas», pues en estos casos de “trabajo a distancia”, regulado en el [art. 13](#) ET⁸⁹⁾, el legislador hace especial hincapié para que se preserve el derecho a la desconexión digital. Es comprensible que una persona que se encuentra alejada del contorno físico de la empresa, y realiza su trabajo en su domicilio o en cualquier otro lugar, contraiga la fatiga informática, precisamente porque no se imponga ningún límite en su afán de finalizar su trabajo o en el peor de los casos por indicación del empresario. De hecho, cuando la jornada laboral es a distancia resulta difícil establecer una diferencia clara entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso⁹⁰⁾. Y es que, la creciente flexibilización en la ordenación del tiempo de trabajo, la desaparición en ocasiones del horario y la contratación en función a objetivos o resultados, la dilución de fronteras entre la vida laboral y la privada es más apreciable, y dificulta aún más la identificación y el reconocimiento del derecho⁹¹⁾. Esta situación supone importantes riesgos para la salud de los trabajadores, no sólo riesgos físicos por el uso continuado de un dispositivo tecnológico, sino, especialmente, riesgos psicosociales como el tecnoestrés⁹²⁾.

5. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA INSTRUMENTO CLAVE EN LA FORMA DE APLICACIÓN DE LA DESCONEXIÓN DIGITAL

Creo que en este derecho a la desconexión digital, lo primordial es acotar los términos de esa desconexión, de esa restricción del poder de dirección empresarial en la persona del trabajador. Y el mejor modo es el de que figure entre las cláusulas del contrato de trabajo o, mejor aún que se contenga en el convenio colectivo, concretándose su aplicación en función del puesto de trabajo y de las funciones que realice el trabajador, de manera que se dilucide de la manera más nítida posible la espinosa cuestión de la delimitación entre la vida privada y la laboral⁹³⁾. Y ello, sin perjuicio de la posibilidad de hacer alguna mención en el Estatuto de los Trabajadores en los preceptos sobre jornada de trabajo en que se haga expresa

advertencia acerca del respeto de los tiempos extralaborales del trabajador, pues el [art. 88 LO 3/2018](#), no impele a que se incluya en la negociación colectiva, ni tampoco que se acuerde entre la empresa y representantes de los trabajadores, sin tan solo que las modalidades del ejercicio a la desconexión digital se sujeten a lo establecido en la negociación colectiva, o en su defecto a lo acordado entre empresa y representantes de los trabajadores ¿Qué sucede entonces si no se incluye en la negociación o en los acuerdos este derecho a la desconexión digital? O más sibilamente, en caso de su reconocimiento ¿Cómo se aplica este derecho a la desconexión digital, si en efecto se reconoce por el convenio colectivo, pero no se concretan sus modalidades de ejercicio?

Por otro lado, del examen de los convenios actuales que hacen mención al derecho a la desconexión digital, lo más a lo que se ha llegado es al derecho a que el trabajador no conteste a llamadas o a mensajes, pero nada se dice del correlativo deber de abstención que corresponde a las empresas, ni de las excepciones al derecho así como las vías para su puesta en práctica⁹⁴). Y ello, porque el empresario, es el responsable de la seguridad y salud de sus trabajadores, por lo que debe ejercer un auténtico poder de control de su jornada de trabajo, tratando de evitar que los trabajadores hagan uso de los medios tecnológicos que les permiten estar conectados con la empresa fuera de sus horas de trabajo, salvo circunstancias excepcionales⁹⁵).

Distinto es la obligación que se impone al empresario de elaborar una política interna dirigida a los trabajadores en la que previa audiencia de los representantes de los trabajadores definirán las modalidades del ejercicio del derecho a la desconexión, así como a la formación y sensibilización del personal sobre el uso de las herramientas tecnológicas. Más bien parece como un mecanismo subsidiario del deber de negociación o de acuerdo entre empresa y representante de los trabajadores.

VI. UN NUEVO ARTÍCULO 20 BIS EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Resulta sorprendente, con respecto al nuevo [art. 20 bis ET](#)⁹⁶), incorporado por la [disposición final decimotercera](#) de la [LO 3/2018](#), que figure como una especie de catálogo de amenazantes dispositivos digitales que podrían vulnerar el derecho a la intimidad de los trabajadores, cuando precisamente, es la [LO 3/2018](#), la que les da contenido. Quizá esto hubiera sido innecesario, si en lugar de ubicar en la propia [LO 3/2018](#) la regulación del uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral, se hubiera incorporado en el mismo Estatuto de los Trabajadores, lo que sería más acorde con la materia regulada. Por el contrario, pensando que el núcleo de la cuestión es el derecho a la intimidad del trabajador en su ámbito laboral, se ha preferido regular la protección de la intimidad mediante Ley Orgánica, como desarrollo del citado derecho fundamental. Esto puede servir al principio, mientras no levante excesiva conflictividad laboral, pero es indudable que a medida que avance la tecnología, aparezcan nuevas formas de comunicación y de uso de los dispositivos digitales, será inevitable incorporar las especificidades de cada materia en la correspondiente norma de desarrollo.

Otra cuestión sobre ubicación, ya no tanto entre diversas normas, sino respecto a la colocación del [art. 20 bis ET](#) en el propio texto del [ET](#), es el del lugar en que ha decidido el legislador incluirlo, a continuación del [art. 20 ET](#) sobre vigilancia y control de la actividad laboral. La doctrina, en relación con esta cuestión y de forma específica sobre el derecho a la desconexión digital, entiende que debiera haberse incluido en la regulación del tiempo de trabajo en lugar de a continuación de la que regula la dirección y control de la actividad laboral⁹⁷).

Sobre esta cuestión, al tratarse de un derecho del trabajador, considero que podría haberse

incluido en el [art. 4.2](#) ET, sobre los derechos laborales de los trabajadores, pues en efecto se trata de un derecho, y ya en la letra e) del citado artículo se hace referencia al derecho a la intimidad del trabajador⁹⁸. De manera, que se podría haber incluido la redacción del citado [art. 20 bis](#) en esa misma letra e) también relacionada con la intimidad, entendida no como un derecho al respeto a la misma sino más aun, como un derecho en sí misma considerada. Siendo además como un elenco de las diversas posibilidades de derecho a la intimidad frente a los dispositivos digitales, aunque no se desarrollen en el [ET](#) y sí en la [LO 3/2018](#).

Sin voluntad de agotar las posibilidades de esta cuestión, también se podría haber incluido esta previsión de la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión, a continuación del [art. 18](#) ET, sobre inviolabilidad de la persona del trabajador, materializada en los registros sobre su persona, sus taquillas y efectos particulares.

En cualquier caso, lo importante es incluir este derecho explícito a la intimidad, relacionado con medidas que hagan frente a la capacidad de intrusión de dispositivos digitales. No obstante, siempre resulta más aseado incluirlo en el lugar que puede ser considerado más apropiado por razón del aspecto que se regula.

VII. DERECHOS DIGITALES: NEGOCIACIÓN COLECTIVA, INFORMACIÓN Y PARTICIPACIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

Si hay algo que distingue las relaciones jurídicas laborales de las del resto del ordenamiento jurídico como fuente del Derecho, es la figura del Convenio Colectivo. Se trata de la segunda fuente de las relaciones laborales, inmediatamente después de las disposiciones legales y reglamentarias ([art. 3.1.b](#) ET), y se caracteriza fundamentalmente porque puede volver del revés la jerarquía normativa laboral, si consiguen mejorar las condiciones laborales del trabajador, siempre que no alteren aquellas de derecho necesario establecidas taxativamente por la Ley.

Esto permite que disposiciones como las que estamos analizando, que tienen como objetivo proteger el derecho a la intimidad de los trabajadores frente a los dispositivos digitales, que podrían vulnerar ese derecho, puedan ser mejoradas a través de la negociación colectiva, más concretamente a través del Convenio Colectivo.

En ese sentido el [art. 91](#) LO 3/2018, constata esa posibilidad de mejora, al señalar que «los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral».

Viene a ser una fórmula de cierre, que no hubiera sido necesario incluir, pues por la propia naturaleza de la negociación colectiva, tales garantías pueden ser incorporadas sin que lo autorice la Ley, pero que sin embargo, el legislador ha querido resaltar, quizá por encontrarse situada en una norma jurídica con vocación transversal.

De hecho, el nuevo derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral ([art. 88](#) LO 3/2018), reitera en varios apartados, ya lo vimos, la obligación de que las modalidades de su ejercicio «se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva» o a lo acordado entre empresa y representantes de los trabajadores (apartado 2).

Por otro lado, esa genérica referencia de los derechos digitales en la negociación colectiva puede ser interesante de cara al desarrollo incesante de los avances tecnológicos que pueden dejar obsoleta determinadas regulaciones. De ahí que la vertiente convencional puede constituir la vía más adecuada para proponer nuevas pautas que posibiliten una utilización

reglada de los dispositivos digitales y establezcan las garantías que permitan mejorar la tutela de los derechos de los trabajadores⁹⁹.

Pero además, resulta que en todos los supuestos que se acaban de analizar, existe una referencia a la negociación colectiva, o en otro nivel a informar a los representantes de los trabajadores sobre las medidas que lleva a cabo la empresa, o incluso a participar en su elaboración, etc.

Concretamente, con respecto al derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral del [art. 87](#) LO 3/2018, el apartado 3 hace explícita referencia a la obligación de que en la elaboración de los criterios de utilización de tales dispositivos, «deberán *participar* los representantes de los trabajadores». O en relación al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo, señala la obligación de que los empleadores «deben *informar* con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida» ([art. 89.1](#) LO 3/2018). También en el caso de la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral deben de *informar* con carácter previo, de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores y empleados públicos, y en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características de estos dispositivos ([art. 90.2](#) LO 3/2018). Con respecto a la desconexión digital, el empleador debe elaborar la política interna dirigida a trabajadores previa *audiencia* de los representantes de los trabajadores ([art. 88.3](#) LO 3/2018).

De manera que esa relación del empresario con los representantes de los trabajadores sobre los dispositivos digitales, encuentra su acomodo de diversas formas, ya sea informando con carácter previo, o previa audiencia con ellos, participando en la elaboración de los criterios de uso de tales dispositivos e incluso a través de la elaboración de convenios colectivos a través de la negociación colectiva.

En cualquier caso, no existe una razón clara que explique los diferentes criterios empleados en la elaboración de estas disposiciones en lo que afecta a la participación de los representantes de los trabajadores sobre el uso de dispositivos digitales que garanticen el derecho a la intimidad de los trabajadores.

VIII. REFLEXIONES QUE ME SUSCITA LA NUEVA LEY

La primera reflexión que me suscita la nueva Ley Orgánica en lo que afecta al ámbito laboral, es la idea de que pese a la importante incorporación de la normativa sobre intimidad y dispositivos digitales tantas veces reclamada, esto no frenará la conflictividad porque como se ha examinado, ahora viene el problema de la interpretación de la norma, que auguro no será pacífica y en algunos casos insuficiente respecto al [Reglamento \(UE\) 2016/679](#). Conveniente sería su desarrollo normativo con la finalidad de clarificar y facilitar la aplicación de su contenido.

En ese sentido, se observa que los límites sobre el uso de los dispositivos digitales, en particular mediante cámaras de videovigilancia, resultan más exigentes en relación a las garantías según el criterio del TEDH, basado en el contenido del [Reglamento que en la LO 3/2018](#), por lo que es obvio que en aquellos casos en los que se observe una discordancia en el nivel de exigencia en las garantías entre la normativa de la UE y la doctrina del TEDH, deberán prevalecer estas últimas. Lo que no se entiende, pues se supone que uno de los objetivos de la nueva [LO 3/2018](#) ha sido la de adaptarse a las previsiones del [Reglamento \(UE\) 2016/679](#).

Como consecuencia de lo anterior se desprende la necesidad de que las empresas adopten las

cauteladas necesarias en el uso de dispositivos digitales con la finalidad de controlar y vigilar la actividad laboral de sus trabajadores. En este sentido, conviene “amarrar” y adoptar los medios y acciones que no lesionen los derechos fundamentales de intimidad y protección de datos, que figuran en la [LO 3/2018](#), pero siempre, mirando de reojo la doctrina del TEDH y el contenido del [Reglamento \(UE\) 2016/679](#).

Creo que el control empresarial debería dirigirse, no tanto si lo utiliza para uso privado, sino para comprobar que cumple con sus deberes laborales. Evidentemente si el trabajador se pasa la mañana chateando, no solo utiliza el instrumento de la empresa para uso privado, sino que incumple su deber de trabajar diligentemente, luego creo que es éste el fundamento del control, como lo es, su vigilancia a través de cámaras.

Uno de los aspectos que más han insistido los tribunales es el de la adopción de criterios proporcionales en el uso de los dispositivos digitales, y aunque esta nota solo figura en el apartado 3 del [art. 89](#) LO 3/2018, para el caso de grabación de sonidos en el lugar de trabajo, no estaría de más que se aplicara en el resto de supuestos. Además, hubiera sido deseable que se concretara aún más en qué se traduce esa proporcionalidad, ya que según la doctrina del TC y TS, la proporcionalidad se manifiesta en que el uso de los dispositivos digitales debe llevarse a cabo del siguiente modo:

- 1.º. Que la medida de control empleada por el empresario sea *idónea* para conocer la conducta laboral del trabajador.
- 2.º. Que esa medida sea *necesaria* porque no exista otra menos agresiva para la consecución de tal propósito con igual eficacia.
- 3.º. Que sea *proporcionada* en los medios utilizados en la comprobación.
- 4.º. Que se trate de una medida *justificada* por responder a motivaciones objetivas distintas de la simple y llana conveniencia empresarial. Es decir, que existan fundadas sospechas de que existe la trasgresión de la prohibición o de algún incumplimiento del trabajador.

En cualquier caso, resulta positivo que se haya incorporado en la norma, respecto al uso de cámaras de videovigilancia y de dispositivos de geolocalización la exigencia de que se informe previamente a los trabajadores de forma expresa, clara y concisa (en el caso del uso de cámaras) e inequívoca (en el caso del uso de dispositivos de geolocalización). Previsiones que podrían haberse ampliado al resto de los dispositivos digitales regulados en esta disposición.

Si además el empresario incluye en la información los medios empleados y la finalidad de la vigilancia, la prueba obtenida difícilmente será considerada nula.

Al examinar los supuestos en los que puede afectar la intimidad por el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral se echa de menos que no se contemple la regulación otros, como el uso de las etiquetas de identificación, de controles biométricos, etc.

El análisis de este espinoso tema sobre el uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral, en especial el examen de la [LO 3/2018](#), me lleva a poner la atención en las medidas preventivas previstas en la normativa, para que el empleador se abstenga del uso incorrecto de los dispositivos digitales con la finalidad de controlar y vigilar la actividad laboral del trabajador. Con ello, evitará que se declaren nulas las pruebas sobre determinados actos ilícitos del trabajador, por haber traspasado su derecho a la intimidad.

Asimismo, creo que el convenio colectivo va a ser el instrumento capital que establezca las reglas del juego en el uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral, porque puede

acordar aquellas garantías y condiciones que se adapten mejor al concreto sector de la actividad de las empresas, vendría a ser como la confección de un traje a medida.

Para finalizar, si hubiera que resumir en una idea práctica el análisis realizado, creo importante que las empresas deben adoptar medidas de prevención a la hora de vigilar y controlar mediante dispositivos digitales el trabajo de sus empleados. Y esa prevención y cautela deberá traducirse en el cumplimiento estricto de la normativa, no solo de la [LO 3/2018](#), sino también del [Relamento \(UE\) 2016/679](#), teniendo además muy en cuenta la jurisprudencia y la doctrina emanada de los tribunales mayores: TC, TJUE y TEDH. En particular, observando los criterios de mayor exigencia, pues en esta sensible cuestión no ha existido en los últimos años demasiada uniformidad, lo que obliga a elevar el nivel de garantías para que no se produzcan situaciones que puedan lesionar el derecho a la intimidad de los trabajadores que deriven en la nulidad de sus despidos derivados de la detección de irregularidades o actos ilícitos en el desempeño de su trabajo.

IX. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA IZQUIERDO, R. y CRISTÓBAL RONCERO, R.: «Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: El derecho a la desconexión tecnológica». *El futuro del trabajo que queremos* (Vol. II). Conferencia Nacional Tripartita celebrada el 28 de marzo de 2017. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Madrid, 2017.

ALEMÁN PÁEZ, F.: «El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la [Loi Travail N.º 2016-1088](#)», *Trabajo y Derecho*, núm. 30, 2017.

ARRABAL PLATERO, P.: «La videovigilancia laboral como prueba en el proceso». *Revista General de Derecho Procesal*, 37, 2015.

BARRIOS BAUDOR, G. L.: «El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones». [Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 1/2019](#) *Revista Aranzadi Doctrinal*, BIB 2018\14719.

CARDONA RUBERT, M. B.: *Informática y contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- «Las relaciones laborales y el uso de las tecnologías informáticas» *Ian harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, núm. Extra 1. 2003.

CARRASCO DURÁN, .M.: «El Tribunal Constitucional y el uso del correo y los programas de mensajería en la empresa» *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2014 BIB 2013\2695.

CARRIL VÁZQUEZ, X. M. y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A.: «Vigilar y trabajar (una aproximación metodológica sobre la intimidad del trabajador como límite a las facultades de vigilancia y control del empresario. A propósito de las SSTCo 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio)», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* núm. 5, 2001.

CIALTI, PIERRE-HENRI. «El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?». *Temas Laborales*, núm. 137/2017.

DE LA CUADRA-SALCEDO JANINI, T. y SUAREZ CORUJO, B.: «¿Trabajadores incomunicados?: La deriva de la doctrina constitucional en torno a los márgenes de actuación empresarial en el control de las comunicaciones» (comunicación en CD adjunto al libro), *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ediciones

Cinca. Madrid. 2014.

DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A. B.: *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*. Lex Nova, Valladolid, 2012.


FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «Cronoreflexión al hilo de cuestiones actuales sobre tiempo de trabajo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 421, 2018.

FERNÁNDEZ GARCÍA, A.: «Sistemas de geolocalización como medio de control del trabajador: un análisis jurisprudencial». *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm.17/2010 parte Estudio (versión digital) BIB 2009\1901.

FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «Luces rojas al control empresarial por medios tecnológicos del derecho a la intimidad de los trabajadores» (comunicación en CD adjunto al libro), *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ediciones Cinca. Madrid. 2014.


FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

GÓMEZ SANCHIDRIAN, D.: «Las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: Control empresarial del correo electrónico y de Internet», *Noticias jurídicas* artículos doctrinales, noviembre 2012.

GONZÁLEZ, C.: «Control empresarial de la actividad laboral mediante la videovigilancia y colisión con los derechos fundamentales del trabajador. Novedades de la  [Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre](#), de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales». *Aranzadi digital* num.1/2018.

GOÑI SEIN, J. L.: «Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos», *Justicia Laboral*, núm. 39, 2009.

- «Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿Necesidad de una reformulación?», *Los Derechos Fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Ediciones Cinca, Madrid, 2014.

IGÁRTUA MIRÓ, M. T.: «El derecho a la desconexión en la  [Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre](#), de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 432 (marzo 2019).

MARIN ALONSO, I.: *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

- «El uso por los trabajadores de las comunicaciones electrónicas en la empresa: ¿Se encuentran protegidas por el derecho al secreto de las comunicaciones?», (comunicación en CD adjunto al libro), *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ediciones Cinca. Madrid. 2014.

MELLA MÉNDEZ, L.: «Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores», *Trabajo y Derecho*, núm. 16, 2016.

MOLINA NAVARRETE, C.: «El poder empresarial de control digital: ¿«nueva doctrina» del TEDH o mayor rigor aplicativo de la precedente?», *IusLabor*, núm. 3, 2017.

- «"De Barbulesco II" a "López Ribalda": ¿Qué hay de nuevo en la protección de datos de los trabajadores?». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF., núm. 419 (febrero 2018).

MORATO GARCÍA, R. M.: «El control sobre Internet y correo electrónico en la negociación colectiva». *Relaciones Laborales*, núm. 24, diciembre 2005.

OJEDA AVILÉS, A.: «Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa», *Revista de Derecho Social*, núm. 35, 2006.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y GARCÍA RUBIO, M. A.: «El control empresarial sobre las comunicaciones electrónicas del trabajador; criterios convergentes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 196/2017.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Videovigilancia empresarial: límites a la luz de la [Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre](#) de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales». *Diario La Ley*, núm. 9328, Sección Tribuna, 2 de enero de 2019.

RUIZ GONZÁLEZ, C.: *Las incidencias de las tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones laborales*. Ediciones Laborum, Murcia, 2018.

SAN MARTIN MAZUCCONI, C., y SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Sobre el control empresarial de los ordenadores», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 3/2012 parte Tribuna. BIB/2012/984.

SANTIAGO REDONDO, K. M.: «Intimidad, secreto de las comunicaciones y protección de datos de carácter personal. El [art. 18 CE.](#)», *Relaciones Laborales*, núm. 1 enero 2014.

TALÉNS VISCONTI, E. E.: «La desconexión digital en el ámbito laboral: Un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva», *Información Laboral*, núm. 4, 2018.

UHAKOVA, T.: «De la conciliación a la desconexión tecnológica: apuntes para el debate», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 192, 2016.

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

Trabajo realizado en el marco del proyecto titulado: Inclusión de personas con discapacidad intelectual en el ámbito laboral: Balance y propuestas, con referencia RTI2018-093853-B-I00, correspondiente a la Convocatoria 2018 de proyectos I+D+I «Retos Investigación» del Programa Estatal de I+D+I orientada a los retos de la sociedad. Proyecto dirigido por el autor del presente artículo y financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

1

La entrada en vigor se produjo el 7 de diciembre de 2018 ([disposición final decimosexta](#) [LO 3/2018](#)).

2

Según el [art. 99](#), del [Reglamento \(UE\) 2016/679](#), este entró en vigor el 25 de mayo de 2018.

3

No obstante, «los tratamientos sometidos a la [Directiva \(UE\) 2016/680](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, continuarán rigiéndose por la [Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre](#), y en particular el [artículo 22](#), y sus disposiciones de desarrollo, en tanto no entre en vigor la norma que trasponga al Derecho español lo dispuesto en la citada directiva» ([disposición transitoria cuarta](#) LO 3/2018).

4

Resulta sintomático que el apartado 8 del [art. 22](#) LO 3/2018, sobre tratamientos genéricos con fines de videovigilancia, remita el tratamiento de los datos obtenidos por el empleador a través de sistemas de cámaras o videocámaras, a lo dispuesto en el [art. 89](#) del mismo precepto, que se refiere específicamente al ámbito laboral.

5

[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 (en adelante [ET](#)).

6

Como establece el [art. 20.3](#) ET.

7

MORATO GARCÍA, R. M.: «El control sobre Internet y correo electrónico en la negociación colectiva». *Relaciones Laborales*, núm. 24, diciembre 2005, pág. 117.

8

SAN MARTIN MAZUCCONI, C., y SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Sobre el control empresarial de los ordenadores», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 3/2012 parte Tribuna. BIB/2012/984, pág. 1.

[STC 106/1996, 12 junio \(RTC 1996, 106\)](#). En el mismo sentido: [STC 197/1998, 13 octubre \(RTC 1998, 197\)](#) [\(RTC 1998, 197\)](#) y [STC 98/2000, 10 abril \(RTC 2000, 98\)](#).

GOÑI SEIN, J. L.: «Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿Necesidad de una reformulación?», *Los Derechos Fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Ediciones Cinca, Madrid, 2014, pág. 26.

En ese sentido, [SSTC 57/1994, 28 febrero \(RTC 1994, 57\)](#); [143/1994, 9 mayo \(RTC 1994, 143\)](#); [98/2000, 10 abril](#).

Véase, en ese sentido las [SSTC 99/1994, 11 abril \(RTC 1994, 99\)](#); [98/2000, 10 abril](#).

SAN MARTIN MAZUCCONI, C., y SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Sobre el control empresarial de los ordenadores», cit., pág. 3.

OJEDA AVILÉS, A.: «Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa», *Revista de Derecho Social*, núm. 35, 2006, pág. 18, citado por GOÑI SEIN, J. L.: «Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿Necesidad de una reformulación?», cit., págs. 13-14.

No es la primera vez que la doctrina se lo plantea. Esto mismo se preguntan, SAN MARTIN MAZUCCONI, C., y SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Sobre el control empresarial de los ordenadores», cit., pág. 3. También CARRASCO DURÁN, M.: «El Tribunal Constitucional y el uso del correo y los programas de mensajería en la empresa» [Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 9/2014](#) *Revista Aranzadi Doctrinal* BIB 2013\2695, pág. 4, se pregunta en el título de uno de los epígrafes ¿Hasta qué punto puede controlar el empresario las comunicaciones llevadas a cabo a través del correo electrónico o de programas de mensajería? Una interpretación alternativa, desde la perspectiva de la garantía de los derechos fundamentales en el ámbito de la empresa.

16

A este respecto, resultan de interés los comentarios a las Sentencias del Tribunal Constitucional, realizados por SANTIAGO REDONDO, K. M.: «Intimidación, secreto de las comunicaciones y protección de datos de carácter personal. El [art. 18 CE](#)», *Relaciones Laborales*, núm. 1 enero 2014.

17

SAN MARTIN MAZUCCONI, C., y SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Sobre el control empresarial de los ordenadores», cit., pág. 5. En la página 4 se desarrollan tales criterios o test, como lo denominan sus autores.

18

[STC 98/2000, 10 abril](#).

19

CARRIL VÁZQUEZ, X. M. y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A.: «Vigilar y trabajar (una aproximación metodológica sobre la intimidación del trabajador como límite a las facultades de vigilancia y control del empresario. A propósito de las [SSTCo 98/2000, de 10 de abril](#) y [186/2000, de 10 de julio](#))», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* núm. 5, 2001, pág. 904.

20

En ese sentido, CARDONA RUBERT, M. B.: *Informática y contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 67,

21

GOÑI SEÍN, J. L.: «Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿Necesidad de una reformulación?», cit., pág. 33. Interrogantes de los condicionantes previstos por el TC que desarrolla en págs. 33 a 46.




22

En ese sentido el TC deja clara cuál es su postura con respecto a «la posición prevalente que en nuestro Derecho poseen los derechos fundamentales, de modo que, si la existencia de la relación contractual puede llegar a imponer algún límite al ejercicio de los derechos fundamentales, este límite se ve asimismo 'limitado' por la noción de imprescindibilidad» ([STC 90/1999, 26 mayo \[RTC 1999, 90\]](#)).

SAN MARTIN MAZUCCONI, C., y SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Sobre el control empresarial de los ordenadores», cit., pág. 6.

En FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «Luces rojas al control empresarial por medios tecnológicos del derecho a la intimidad de los trabajadores» (comunicación en CD adjunto al libro), *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ediciones Cinca. Madrid. 2014, pág. 4

En ese sentido, señala GOÑI SEIN, J. L.: «Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿Necesidad de una reformulación?», cit., pág. 32: «En todo caso, no se trata tanto de ampliar el catálogo de derechos fundamentales reconocidos por el Estatuto de los Trabajadores, cuanto de ofrecer pautas de reequilibrio de acuerdo con la defensa de los derechos fundamentales, en una relación laboral individual un tanto debilitada y desequilibrada por los incesantes cambios normativos que se vienen produciendo en el orden laboral».

CARRASCO DURÁN, M.: «El Tribunal Constitucional y el uso del correo y los programas de mensajería en la empresa», pág. 6. Así por ejemplo señala el autor, que en el caso Copland contra Reino Unido la  [STEDH de 3 de abril de 2007 \(TEDH 2007, 23\)](#) consideró contrario al  [artículo 8](#) del Convenio Europeo ( [CEDH](#)) el seguimiento del correo electrónico de la persona demandante debido a la falta de habilitación legal para ello.

CARDONA RUBERT, M. B.: «Las relaciones laborales y el uso de las tecnologías informáticas» *Ian harremanak*. *Revista de Relaciones Laborales*, núm. Extra 1. 2003, pág. 159.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Videovigilancia empresarial: límites a la luz de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales». *Diario La Ley*, núm. 9328, Sección Tribuna, 2 de enero de 2019, pág. 5.

 [STS de 26 septiembre 2007 \(RJ 2007, 7514\)](#) f. j. tercero.





30

F. j. cuarto

31

GÓMEZ SANCHIDRIAN, D.: «Las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: Control empresarial del correo electrónico y de Internet», *Noticias jurídicas* artículos doctrinales, noviembre 2012, http://noticias.juridicas.com/articulos/40-Derecho-Laboral/201211-correo_electronico_internet_relaciones_laborales.html

32

 [STS de 26 septiembre 2007 \(RJ 2007, 7514\)](#) f. j. cuarto. El Tribunal finaliza su aserto señalando que esa «expectativa razonable de intimidad» deberá realizarse en los términos que establecen las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de junio de 1997  [\(TEDH 1997, 37\)](#) (caso Halford) y 3 de abril de 2007  [\(TEDH 2007, 23\)](#) (caso Copland) para valorar la existencia de una lesión del  [artículo 8](#) del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos (RCL 1999, 1190, 1572).

33

Me refiero a la importante STC 2013, 11 febrero  [\(RTC 2013, 29\)](#).

34

 [STS de 26 septiembre 2007 \(RJ 2007, 7514\)](#) f. j. quinto.

35

 [STS 6 octubre 2011 \(RJ 2011, 7699\)](#).

36

 [STC 241/2012, de 17 de diciembre \(RTC 2012, 241\)](#).

37

 [STC 170/2013, de 7 octubre \(RTC 2013, 170\)](#).

En el mismo sentido, la [STSI Andalucía, Granada 14 noviembre 2013 \(AS 2013, 2935\)](#), resolvió inexistencia de lesión por el control empresarial del ordenador utilizado por el trabajador al existir una prohibición, absoluta y válida, sobre el uso de medios de la empresa para fines propios, con independencia de la información que la empresa haya podido proporcionar sobre la posible instalación de sistemas de control del uso del ordenador.

Un comentario sobre las citadas [SSTC 241/2012](#) (RTC 2012, 241) y [170/2013](#) (RTC 2013, 170), en MARÍN ALONSO, I., «El uso por los trabajadores de las comunicaciones electrónicas en la empresa: ¿Se encuentran protegidas por el derecho al secreto de las comunicaciones?», (comunicación en CD adjunto al libro), *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ediciones Cinca. Madrid. 2014.

DE LA CUADRA-SALCEDO JANINI, T. y SUAREZ CORUJO, B.: «¿Trabajadores incomunicados?: La deriva de la doctrina constitucional en torno a los márgenes de actuación empresarial en el control de las comunicaciones», (comunicación en CD adjunto al libro), *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ediciones Cinca. Madrid. 2014, págs. 12-13.

CARRASCO DURÁN, M.: «El Tribunal Constitucional y el uso del correo y los programas de mensajería en la empresa» cit., pág. 1; en igual sentido,

GOÑI SEIN, J. L.: «Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿Necesidad de una reformulación?», cit., pág. 71.

DESDENTADO BONETE, A., y MUÑOZ RUIZ, A. B.: *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*. Lex Nova, Valladolid, 2012, pág. 19.

MARIN ALONSO, I.: *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 45.

Amplios comentarios se han ocupado sobre las dos STEDH (Barbulesco I y Barbulesco II), en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y GARCÍA RUBIO, M. A.: «El control empresarial sobre las comunicaciones electrónicas del trabajador; criterios convergentes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 196/2017; también en RUIZ GONZÁLEZ, C.: *Las incidencias de las tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones laborales*. Ediciones Laborum, Murcia, 2018, págs. 199-207.

GONZÁLEZ, C.: «Control empresarial de la actividad laboral mediante la videovigilancia y colisión con los derechos fundamentales del trabajador. Novedades de la [Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre](#), de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales». *Aranzadi digital* num.1/2018 parte Estudios y comentarios pág. 23.

MOLINA NAVARRETE, C.: «El poder empresarial de control digital: ¿«nueva doctrina» del TEDH o mayor rigor aplicativo de la precedente?», *IusLabor*, núm. 3, 2017, pág. 290.

Sobre este punto, relativo al distinto criterio con que el TC resuelve respecto a la presunta vulneración del derecho a la intimidad, la consideración del requisito de la información previa al trabajador, según se trate del registro de ordenadores de la empresa por la utilización a través de correo electrónico para asuntos privados de los trabajadores y la vigilancia de éstos a través de cámaras de televisión o video, resulta de interés el comentario de SANTIAGO REDONDO, K. M.: «Intimidad, secreto de las comunicaciones y protección de datos de carácter personal. El [art. 18 CE](#)», *cit.*, pág. 137, quien se pregunta: «¿Podrían haberse cuestionado las decisiones empresariales de injerencia enjuiciadas en los dos primeros pronunciamientos –correo electrónico– al hilo del [art. 18.4 CE](#)? ¿Por qué no juega, por ejemplo, ese límite de la previa información de la eventualidad de la injerencia? ¿Es razonable una tan contradictoria manera de aproximarse a los distintos derechos del [art. 18 CE](#)?».

STC 2013, 11 febrero [\(RTC 2013, 29\)](#). Sobre la evolución que ha sufrido el tratamiento de las SSTC en materia del uso cámaras de videovigilancia como medio de control del empresario a sus trabajadores, resulta de especial interés la consulta en, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: «Control empresarial de la actividad laboral mediante la videovigilancia y colisión con los derechos fundamentales del trabajador. Novedades de la [Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre](#), de

50

F. j. 7.

51

F. j. 8.


52

GOÑI SEIN, J. L.: «Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿Necesidad de una reformulación?», cit., pág. 74.

53

SEMPERE NAVARRO, A. V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «Nuevas tecnologías y relaciones laborales: una tipología jurisprudencial», *Revista Aranzadi Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 10, 2006, Tomo I, pág. 47.

54

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Videovigilancia empresarial: límites a la luz de la  [Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre](#) de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales», cit., págs. 5-6.

55

 [STS 7 julio 2016 \(RJ 2016, 4434\)](#)

56

 [STS 31 enero 2017 \(RJ 2017, 1429\)](#)

57

La sentencia argumenta que «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».

58

Demandas n.º 1874/13 y 8567/13. Sobre el particular, resulta de interés el comentario de MOLINA NAVARRETE, C.: «" De Barbulesco II" a "López Ribalda": ¿Qué hay de nuevo en la protección de datos de los trabajadores?». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF., núm. 419 (febrero 2018).

59

Principios generales que se basan en *Antović y Mirković v. Montenegro*, n.º 70838/13, 28 de noviembre de 2017, § 44, y *Köpke v. Alemania* (dec), n.º 420/07, 5 de octubre de 2010.


60

 [Art. 219.2](#)  [Ley 36/2011, de 10 de octubre](#), reguladora de la Jurisdicción Social.

61

 [Art. 5 bis](#)  [Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio](#) del Poder Judicial.

62

GONZÁLEZ, C.: «Control empresarial de la actividad laboral mediante la videovigilancia y colisión con los derechos fundamentales del trabajador. Novedades de la  [Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre](#), de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales», cit., pág. 18.

63

Ibidem, pág. 22.

64

Ibidem, págs. 1-2. Un interesante estudio sobre las consecuencias de la distinción entre el derecho a la intimidad del trabajador y su derecho a la protección de datos, frente al derecho al control y vigilancia de su actividad por el empresario en, ARRABAL PLATERO, P.: «La videovigilancia laboral

como prueba en el proceso». *Revista General de Derecho Procesal*, 37, 2015.

65

Por todos, FERNÁNDEZ GARCÍA, A.: «Sistemas de geolocalización como medio de control del trabajador: un análisis jurisprudencial». [Revista Doctrinal Aranzadi Social núm.17/2010 parte Estudio \(versión digital\)](#) *Revista Doctrinal Aranzadi Social* BIB 2009\1901, pág. 4

66

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: «Control empresarial de la actividad laboral mediante la videovigilancia y colisión con los derechos fundamentales del trabajador. Novedades de la [Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre](#), de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales», cit., pág. 26.

67

También podrá incluirse en el dispositivo informativo un código de conexión o dirección de internet a esta información.

68

[Artículo 22.4](#) LO 3/2018. Los derechos del interesado a los que se refiere el Reglamento, son los de obtener del responsable del tratamiento, confirmación de si se están tratando datos personales que le conciernen, y en tal caso el acceso a los datos personales y a información que se especifica en el propio reglamento; así como al derecho de rectificación, derecho a la supresión, conocido, como derecho al olvido; derecho a la limitación del tratamiento; obligación de notificación relativa a la rectificación o supresión de datos personales o la limitación del tratamiento; derecho a la portabilidad de los datos; derecho de oposición y decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles.

69

Sobre esta cuestión resulta de especial interés la lectura de la [Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona, de fecha 18 febrero 2019 \(AS 2019, 1014\)](#), que además de realizar una evolución de los criterios realizados en esta materia de los diversos tribunales y de analizar pormenorizadamente la videovigilancia en la [LO 3/2018](#), destaca la existencia de cierto desajuste de esta con el [Reglamento \(UE\) 2016/679](#).

70

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: «Control empresarial de la actividad laboral mediante la videovigilancia y colisión con los derechos fundamentales del trabajador. Novedades de la [Ley](#)

[Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre](#), de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales», cit., pág. 28.


71

DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A. B.: *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, cit., pág. 31.

72

Se refiere sin duda a las condiciones que se imponen en el caso del tratamiento de las imágenes obtenidas a través de sistema de cámaras o video cámaras de videovigilancia para el ejercicio del control de los trabajadores a las que se ha hecho referencia en el anterior apartado.


73

Señala el  [art. 22.3](#) LO 3/2018, que «los datos serán suprimidos en el plazo máximo de un mes desde su captación, salvo cuando hubieran de ser conservados para acreditar la comisión de actos que atenten contra la integridad de personas, bienes o instalaciones. En tal caso, las imágenes deberán ser puestas a disposición de la autoridad competente en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que se tuviera conocimiento de la existencia de la grabación».


74

Por el contrario, también podría argumentarse en algunos casos: “más vale una imagen que mil palabras”.

75

 [Sentencia 25 junio de 1997](#) (TEDH 1997, 37), asunto 1997/37, caso *Halford*.

76

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Videovigilancia empresarial: límites a la luz de la  [Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre](#) de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales», cit., pág. 11.

77

RUIZ GONZÁLEZ, C.: *Las incidencias de las tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones laborales*, cit. págs. 287-288.

Global Positioning System.

Global System for Mobile Communications.

Como señala FERNÁNDEZ GARCÍA, A.: «Sistemas de geolocalización como medio de control del trabajador: un análisis jurisprudencial», cit. págs. 6-9, en algunas sentencias no se le otorgan valor de prueba a los certificados e informes procedentes de los mecanismos de GPS (🔴 [STSJ Castilla y León, Valladolid \(Sala de lo Social, sec. 1.ª\) de 24 de septiembre de 2008 \(PROV 2008, 352002\)](#); la STSJ Comunidad de Madrid (Sala de lo Social, secc. 5.ª) de 3 de junio de 2008 (🔴 [\(PROV 2008, 284060\)](#)). Por el contrario, otras sentencias consideran el uso de GPS en vehículos de empresa para el control del trabajo, si bien en relación con otros medios de control como pueden ser los partes de trabajo o el informe de un detective privado (STSJ Comunidad de Madrid (Sala de lo Social, secc. 2.ª) de 18 de mayo de 2004 (🔴 [\(PROV 2004, 236695\)](#); STSJ Comunidad de Madrid (Sala de lo Social, secc. 2.ª) de 28 de diciembre de 2004 (🔴 [\(AS 2004, 4027\)](#); STSJ Comunidad de Madrid (Sala de lo Social, secc. 5.ª) de 25 de noviembre de 2008 (🔴 [\(PROV 2009, 90353\)](#); STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, secc. 1.ª), de 15 de enero de 2008 (🔴 [\(AS 2008, 1024\)](#)).

Como señala, la 🔴 [STSJ País Vasco 2 julio 2007 \(JUR 2007, 365564\)](#) el demandante, en el motivo inicial, denuncia que «el despido litigioso ha vulnerado su derecho fundamental a la intimidad que el art. 18-1 de nuestra Constitución le reconoce, así como los 🔴 [arts. 4-2-e](#)) y 🔴 [18](#) del Estatuto de los Trabajadores, dado que la empresa ha obtenido la prueba de que no hizo el servicio el día de autos mediante un sistema de localización GPS del teléfono móvil que tenía asignado, desconociendo los trabajadores de la empresa esta circunstancia del mismo. Acusa, por tanto, la infracción de esos preceptos, en relación con los 🔴 [arts. 55-5 ET](#), 🔴 [108-2](#) y 🔴 [122-2 -c\)](#) 🔴 [LPI](#)». Y señala en otro lugar, que «siendo uno de los derechos fundamentales del trabajador el de intimidad personal que nuestra Constitución reconoce en su 🔴 [art. 18-1](#) y del que no queda privado en el ámbito de la relación laboral (🔴 [art. 4-2-e ET](#)), que desde luego queda afectado si el empresario utiliza un sistema de control del trabajo de sus empleados que se desarrolla fuera de sus dependencias a través de un sistema de localización permanente del teléfono móvil que se facilita como instrumento de trabajo, sin consentimiento ni conocimiento de aquéllos, máxime si éstos han de tenerlo a su disposición en todo momento por estar sujetos a disponibilidad permanente, ya que si bien resulta un medio idóneo para controlar su labor (de lo que no le priva que pueda hacerse un uso que le impida realizar esa función, como sucede si el teléfono en cuestión no lo lleva consigo el trabajador), en modo alguno resulta necesario si tenemos en cuenta que el propio sistema de telefonía móvil siempre permite conocer ese dato y, por tanto, acceder a ese conocimiento con autorización judicial si concurren circunstancias que justifican una actuación de esa naturaleza, tan

invasora del campo propio de la intimidad personal. Esfera, ésta, que ni tan siquiera desaparece durante la jornada laboral, en la que el trabajador mantiene un reducto en el que su empresario no puede penetrar si no resulta preciso por exigencias de la relación laboral, mediante un medio idóneo, necesario y suficientemente proporcionado al sacrificio de ese derecho fundamental».

82

FERNÁNDEZ GARCÍA, A.: «Sistemas de geolocalización como medio de control del trabajador: un análisis jurisprudencial», cit. pág. 4.


83

Ibidem, pág. 13.


84

FERNÁNDEZ GARCÍA, A.: «Sistemas de geolocalización como medio de control del trabajador: un análisis jurisprudencial», cit. pág. 10. En igual sentido, FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pág. 105 y GOÑI SEIN, J. L.: «Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos», *Justicia Laboral*, núm. 39, 2009, pág. 26.

85

Sobre el derecho a la desconexión digital, existe una amplia bibliografía, entre ella merece destacar: UHAKOVA, T.: «De la conciliación a la desconexión tecnológica: apuntes para el debate», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 192, 2016; MELLA MÉNDEZ, L.: «Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores», *Trabajo y Derecho*, núm. 16, 2016; ALEMÁN PÁEZ, F.: «El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la  [Loi](#) Travail N.º 2016-1088», *Trabajo y Derecho*, núm. 30, 2017; FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «Cronoreflexión al hilo de cuestiones actuales sobre tiempo de trabajo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 421, 2018, pág. 15; TALÉNS VISCONTI, E. E.: «La desconexión digital en el ámbito laboral: Un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva», *Información Laboral*, núm. 4, 2018; BARRIOS BAUDOR, G. L.: «El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2019, BIB 2018\14719.

86

Concretamente en la Ley 2016-1088 (*Loi Travail*), du 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, que ha modificado el art. L.2242-8 del Código de Trabajo francés, del que el  [art. 90](#) LO 3/2018, ha recogido parte de su contenido de forma literal. Sobre el particular, véase el análisis de CIALTI, PIERRE-HENRI. «El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?». *Temas*

87

IGÁRTUA MIRÓ, M. T.: «El derecho a la desconexión en la [Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre](#), de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 432 (marzo 2019), pág. 9.

88

La expresa referencia a los trabajadores que ocupen puestos directivos, parece dar a entender que ese derecho a la desconexión también se les debe aplicar, quizá con la idea de que se trata de puestos en los que resulta más complicado, habida cuenta de que suelen tener mayores responsabilidades que les obligan en muchos casos a estar más pendientes del desarrollo de la actividad de la empresa, hasta el punto de invadir gran parte de su tiempo privado.

89

«Tendrá la consideración de trabajo a distancia aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa» ([art. 13.1 ET](#)).

90

AGUILERA IZQUIERDO, R. y CRISTOBAL RONCERO, R.: «Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: El derecho a la desconexión tecnológica». *El futuro del trabajo que queremos* (Vol. II). Conferencia Nacional Tripartita celebrada el 28 de marzo de 2017. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Madrid, 2017, pág. 334.

91

IGÁRTUA MIRÓ, M. T.: «El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales», cit., pág. 8.

92

AGUILERA IZQUIERDO, R. y CRISTOBAL RONCERO, R.: «Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: El derecho a la desconexión tecnológica», cit., pág. 334.

93

IGÁRTUA MIRÓ, M. T.: «El derecho a la desconexión en la [Ley orgánica 3/2018, de 5 de](#)

[diciembre](#), de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales», cit., pág. 17.

94

Véase un detenido examen de los convenios colectivos que abordan el derecho a la desconexión digital, previos a la [LO 3/2018](#), en IGÁRTUA MIRÓ, M. T.: «El derecho a la desconexión en la [Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre](#), de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales», cit., págs. 20 y 23.

95

AGUILERA IZQUIERDO, R. y CRISTOBAL RONCERO, R.: «Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: El derecho a la desconexión tecnológica», cit., pág. 340. Un ejemplo que proponen las autoras es la implantación de alertas en los medios tecnológicos puestos a disposición por la empresa cuando el trabajador excede el tiempo de trabajo o utiliza esos instrumentos en tiempo de descanso.

96

Según el [art. 20 bis](#) ET que lleva como título: *Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión*, «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».

97

En ese sentido, IGÁRTUA MIRÓ, M. T.: «El derecho a la desconexión en la [Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre](#), de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales», cit., pág. 11, señala que «la desconexión debería abordarse en una reforma más global y «modernizadora» de la ordenación del tiempo de trabajo que, despegándose un poco de la empresa tradicional, incluya los cambios tecnológicos y su notable incidencia en cuanto a la jornada y los horarios y tienda a un reequilibrio en las posiciones de las partes, avanzando por la senda de la flexibilidad *pro labour*».

98

En efecto, según el [art. 4.2 e\)](#) ET, señala que el trabajador tiene derecho «al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo».

99

MORATO GARCÍA, R. M.: «El control sobre Internet y correo electrónico en la negociación colectiva», cit., pág. 118.

© 2019 [Thomson Reuters (Legal) Limited]