

# Los derechos laborales digitales y su desarrollo en las políticas de empresa como instrumento de información a los trabajadores

<b>I. Introducción: la LOPD y el deber de información derivado de los nuevos derechos laborales digitales</b>	<b>70</b>
<b>II. Los derechos digitales en el ámbito laboral: el balance entre control y privacidad en las políticas de empresa</b>	<b>71</b>
1. El derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral	71
2. El derecho a la desconexión digital	73
3. El uso de dispositivos de videovigilancia y grabación de sonidos	74
4. Sistemas de geolocalización	75
<b>III. Valoración</b>	<b>76</b>



**Resumen:** El Título X de la Ley Orgánica 37/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de derechos digitales ("LOPD") reconoce y garantiza un elenco de derechos ciudadanos conforme al mandato establecido en la Constitución. Así, en concreto, la LOPD regula los derechos y libertades de los ciudadanos relativos al entorno de Internet, la neutralidad de la Red, el acceso universal, los derechos a la seguridad y educación digital, así como los derechos al olvido, a la portabilidad y al testamento digital.

Sin embargo, la principal novedad de la LOPD ha sido, sin duda, la regulación de los denominados derechos laborales digitales. Más allá de la peculiaridad que supone que unos derechos laborales se regulen en una norma ajena al ámbito laboral, lo relevante es que la LOPD no solo reconoce, por primera vez, una serie de derechos relacionados con el derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales y que hasta la fecha habían sido objeto de configuración jurisprudencial, sino que, además, introduce en nuestro ordenamiento un derecho tan controvertido como es el derecho a la desconexión.

El objeto de este artículo es tratar de exponer las principales características de estos novedosos derechos laborales digitales, prestando especial atención a su desarrollo en las políticas de empresa como instrumento de información a los trabajadores.

**Abstract:** Title X of Organic Law 37/2018 of 5 December, on the Protection of Personal Data and Guarantee of Digital Rights ("LOPD"), recognises and guarantees a list of citizens' rights following the mandate established in the Constitution. The LOPD specifically regulates the rights and freedoms of citizens in relation to the Internet environment, net neutrality, universal access, the rights to digital security and education, as well as the rights to be forgotten, to portability, and to a digital will.

Nonetheless, the main change introduced by the LOPD is undoubtedly the regulation of digital labour rights. Beyond the fact that it is unusual to regulate labour rights outside the scope of a specific labour regulation, what is significant is that, in addition to recognising a series of rights related to the right to privacy when using digital devices that had previously been considered subject to case law, the LOPD also introduces the controversial right to disconnect into our legal system.

The aim of this article is to outline the main characteristics of these new digital rights, paying special attention to the obligation to safeguard them in company policies.



**Palabras clave:** Privacidad, monitorización, dispositivos digitales, videovigilancia, geolocalización, desconexión.

**Keywords:** Privacy, monitoring, digital devices, video surveillance, geo-location, disconnection.

# Los derechos laborales digitales y su desarrollo en las políticas de empresa como instrumento de información a los trabajadores

## I. Introducción: la LOPD y el deber de información derivado de los nuevos derechos laborales digitales

La LOPD regula, entre otros aspectos, la protección de datos personales en el ámbito laboral e introduce artículos específicos para legislar sobre los derechos digitales. La existencia de la mayoría de estos “nuevos” derechos digitales en el ámbito laboral (ej. derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales, videovigilancia y geolocalización) ya había sido reconocida por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. De hecho, y pese a que es en la LOPD donde por primera vez se regulan y se prevén las capacidades y efectos que la tecnología digital tiene sobre el trabajador, lo cierto es que la LOPD se limita, prácticamente, a reproducir los criterios jurisprudenciales establecidos en esta materia por nuestros tribunales. Así, la realidad es que la LOPD no introduce ningún cambio o modificación relevante en cuanto al alcance y protección de los derechos laborales digitales, tal y como hasta ese momento habían sido configurados por los tribunales laborales. Sin embargo, la LOPD sí que introduce novedades relevantes en dos aspectos muy concretos relacionados con los derechos digitales.

De un lado, y siguiendo la senda iniciada por otros países de nuestro entorno, la LOPD reconoce expresamente el derecho de los trabajadores y los empleados públicos a la desconexión digital. Dicho derecho tiene la finalidad de garantizar a los trabajadores, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto a su tiempo de descanso, permisos, vacaciones, así como a su intimidad personal y familiar.

Por otro lado, la LOPD incide, de manera muy relevante, en el deber de información previa del empresario a sus trabajadores. Para la LOPD, este deber de información se confirma como garantía y salvaguarda, tanto de sus derechos y libertades relacionados con el tratamiento de sus datos personales, como de sus derechos digitales en el ámbito laboral. En este contexto, el legislador llega a requerir, como en el caso del derecho a la desconexión, la elaboración –previa audiencia de los representantes de los trabajadores– de políticas internas que regulen los principales aspectos de su ejercicio.

Al hilo de lo anterior, en el presente artículo se analizará la idoneidad de las políticas de empresa, los códigos de conducta, los manuales del empleado y resto de herramientas de *soft-law* de las que dispone la empresa como (i) forma e instrumento de desarrollo de los derechos laborales digitales y como (ii) forma de canalizar el deber de información requerido por la LOPD.

## **II. Los derechos digitales en el ámbito laboral: el balance entre control y privacidad en las políticas de empresa**

### **1. El derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral**

El artículo 87 de la LOPD regula el derecho a la intimidad y el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral. De acuerdo a lo establecido en el mencionado artículo, los trabajadores tienen, con carácter general, derecho a su privacidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por la empresa. De este modo, el empleador solamente podrá acceder a los contenidos derivados del uso de estos dispositivos para (i) controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales, y (ii) garantizar la integridad de dichos dispositivos.

Así pues, y de acuerdo con la consolidada doctrina jurisprudencial sentada en esta materia por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, la LOPD exige al empresario que establezca (i) criterios específicos de utilización de dichos dispositivos digitales, así como (ii) las garantías necesarias para preservar la privacidad e intimidad de los trabajadores. Es decir, la empresa debe determinar, en primer lugar, si la utilización de los dispositivos digitales está circunscrita exclusivamente al ámbito profesional, o si, por el contrario, también se autoriza la utilización de los mismos para fines particulares. En este último caso, la LOPD exige que se determinen no solo los usos autorizados, sino también los periodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados. Asimismo, el artículo 87 de la LOPD remarca la necesidad de que el empresario informe previamente a los trabajadores de los criterios de utilización referidos anteriormente.

Como se puede observar, la LOPD configura la información previa a los trabajadores como premisa básica para asegurar la protección y salvaguarda de la privacidad e intimidad de los mismos en el uso de los dispositivos electrónicos. Y ahí, tanto la LOPD como la doctrina de los tribunales laborales son claras y rotundas; el deber de información no admite excepción o salvedad alguna. De esta manera, la ausencia de información previa por parte del empresario supondrá (i) la nulidad de toda actuación realizada por la empresa, (ii) la posibilidad de ser sancionado por la comisión de una infracción muy grave al amparo de lo establecido en el artículo 8.11 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social con una multa que puede oscilar desde los 6.251 euros en su grado medio hasta los 187.515 euros en su grado máximo, y (iii) la eventual reclamación por daños por parte del trabajador como consecuencia de la vulneración de su derecho fundamental a la intimidad.

Pese a su indudable trascendencia, la LOPD no establece ninguna referencia específica a qué instrumento es el más adecuado a la hora de ejecutar ese deber previo de información. Sin embargo, a partir de la mención contenida en el artículo 87 de la LOPD a que los representantes de los trabajadores deberán participar en la elaboración de los criterios de utilización, se puede razonablemente concluir que la fórmula más adecuada sea la de una política de empresa consensuada,

en la medida de lo posible, con la representación de los trabajadores. En este sentido, es importante señalar que el término “participación” no significa, en modo alguno, que la empresa esté obligada a acordar los términos de la política con la representación de los trabajadores sino, simplemente, que la empresa deberá consultarles sobre su contenido y valorar las propuestas que, en su caso, le pudieran trasladar. Pero al igual que en los casos en los que no existe representación de los trabajadores, la empresa podrá determinar, en última instancia y en ausencia de acuerdo o consenso con la representación de los trabajadores, el contenido de su política. No obstante, la libertad de la empresa a la hora de elaborar su política tiene un límite claro; deberá, en todo caso, garantizar la intimidad de los trabajadores de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucionalmente.

En relación con este punto, cabe destacar que en la política de empresa no solo deberán constar los criterios de utilización de los dispositivos digitales según se establece en el artículo 87 de la LOPD. En efecto, a fin de garantizar plenamente la intimidad de los trabajadores, será necesario que en la política de empresa se hagan constar también los criterios de control que la empresa pretenda implantar respecto al uso de los dispositivos digitales por parte de los trabajadores.

En este sentido, lo cierto es que la doctrina judicial venía admitiendo y aceptando, de manera más o menos pacífica, que el empresario tuviese esas facultades de control en la medida en que (i) el trabajador hubiese sido previamente informado de la posibilidad de ser monitorizado –de modo que no existiese, por su parte, una expectativa de privacidad–, y (ii) los medios de control utilizados por el empresario fuesen justificados, necesarios y proporcionados.

Sin embargo, la doctrina establecida por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Barbulescu II vs. Rumanía*<sup>1</sup> (a partir de ahora *Barbulescu II*) supone, en cierto modo, una vuelta de tuerca al ámbito del derecho de información previo requerido hasta la fecha por los tribunales. Así, y a partir de *Barbulescu II*, no parece ser ya suficiente la típica información, de carácter más o menos genérica, que habitualmente se incluía en las políticas internas de que el uso de los dispositivos podría ser monitorizado por la empresa en cualquier momento. En efecto, no hay duda de que *Barbulescu II* profundiza, intensifica y blinda ese derecho de información previa de los trabajadores.

Como consecuencia de lo anterior, y pese a que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo no ha modificado, de momento, su doctrina respecto de este punto<sup>2</sup>, parece aconsejable que tras *Barbulescu II*, las políticas de empresas que regulen el uso de los dispositivos digitales por parte de los trabajadores vayan un paso más allá de lo que había venido siendo la práctica habitual. Así, y a fin de dar pleno cumplimiento al derecho de información previa de los trabajadores y garantizar, de este modo, su intimidad, las políticas deberán regular, con mucho más detalle y de manera mucho más específica, los supuestos y casos particulares en los que la empresa podrá hacer uso de sus facultades de control y monitorización.

---

1 Tribunal Europeo de Derechos Humanos Gran Sala 5-9-17, asunto *Barbulescu II vs. Rumanía*, req 61496/08.

---

2 Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2018.

## 2. El derecho a la desconexión digital

El derecho a la desconexión digital establecido en el artículo 88 de la LOPD protege, de un lado, el descanso de los trabajadores, al tiempo que pretende contribuir a la reconciliación del trabajo y la vida privada. En palabras del legislador, este derecho es necesario frente al riesgo presentado por el uso de las tecnologías digitales en el ámbito laboral ya que, al posibilitar el contacto con el trabajador fuera del área de trabajo, el uso indiscriminado de los medios digitales atenta contra la vida privada del trabajador y su descanso necesario para la salud.

Tal y como señalábamos con anterioridad, y a diferencia de lo que ocurre respecto del resto de derechos digitales, a la hora de instrumentalizar el deber previo de información, en el caso del derecho a la desconexión, el artículo 87 de la LOPD requiere, de modo expreso, que exista una política de empresa dirigida a los trabajadores. Obviamente, en los casos en los que no exista representación de los trabajadores, la empresa podrá implementar la política de manera unilateral, si bien, con sujeción al contenido mínimo establecido en el propio artículo 88 de la LOPD. Por el contrario, en aquellos casos en que haya representación unitaria, la LOPD les concede un papel protagonista en su elaboración. Frente al término “participación” al que se refiere el artículo 87 de la LOPD, al tratar del derecho a la desconexión y el rol de la representación de los trabajadores en la elaboración de la política de empresa, la LOPD habla de “*previa audiencia a los representantes de los trabajadores*”. Técnicamente, se pudiera entender que el término “previa audiencia” denota un menor grado de involucración que el de “participación”. No obstante, parece que estamos ante una mera cuestión lingüística y la voluntad del legislador es la misma en ambos casos: la empresa debe tratar de consensuar el contenido de la política de desconexión con la representación de los trabajadores. Sin embargo, dicha obligación no se configura como un deber de resultado, es decir, no existe el imperativo de alcanzar un acuerdo como condición para su implantación.

En lo que se refiere al ámbito subjetivo, es importante resaltar que el propio artículo 88 de la LOPD enfatiza el hecho de que la política de desconexión irá dirigida a todos los trabajadores incluidos aquellos que ocupen puestos directivos. Es decir, dado que estamos ante un derecho que tiene como fin último el cuidar de la salud de los trabajadores, incluso el personal que ostente la condición de alta dirección, de acuerdo a lo establecido en el Real Decreto 1382/1985 de 1 de agosto por el que se regula su relación especial laboral, es titular del derecho a la desconexión. En este contexto, llama la atención lo manifestado en la Guía sobre el registro de jornada recientemente publicada por el Ministerio de Empleo, Migraciones y Seguridad Social en relación con el tipo de trabajadores al que se le aplica el registro horario del artículo 34.9 del Estatuto de los Trabajadores. En efecto, en esa Guía se trata de distinguir y diferenciar a los efectos de registro horario, a aquel personal “de confianza” que tenga pactado un régimen de libre disponibilidad del tiempo de trabajo o forme parte de sus obligaciones contractuales su plena disposición horaria para el cabal cumplimiento de su actividad profesional. Así, y en la medida en que la Guía habla de “*plena disposición horaria*”, se podría considerar que el contenido de la misma contradice y excluye el derecho de desconexión de

ese personal “de confianza”. Sin embargo, los términos de la LOPD son claros en cuanto al ámbito subjetivo del derecho a la desconexión: aplica a todos los trabajadores incluyendo, por tanto, a los altos directivos y al resto de directivos en la empresa. Por lo tanto, la empresa no podrá utilizar, en ningún caso, el instrumento de la política de empresa para excluir del disfrute del derecho a la desconexión a determinados colectivos con independencia de las funciones desempeñadas y lo alto que se encuentren en los organigramas funcionales de las empresas.

Por otro lado, y respecto del contenido concreto que en cada política interna se le debe dar al derecho a la desconexión, el artículo 88 de la LOPD establece unos mínimos orientativos. Así, en la política se deberán definir, con carácter general, (i) las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión, (ii) las acciones de formación y sensibilización para evitar el denominado riesgo de fatiga informática, así como (iii) las medidas concretas en los casos de trabajo a distancia. No obstante, dichos contenidos mínimos podrán ser superados tanto fruto de las audiencias con la representación de los trabajadores, como de la voluntad unilateral del empresario de diseñar una política de desconexión lo más ajustada a la realidad y necesidades de la empresa.

Para concluir, es importante resaltar que, para el efectivo cumplimiento de las previsiones legales en torno al derecho a la desconexión y el deber de información previo, la actuación de la empresa no podrá limitarse a la mera elaboración formal de una política de empresa en los términos establecidos en el artículo 88 de la LOPD. Será necesario un continuo seguimiento de su aplicación y su adaptación a las distintas situaciones y vicisitudes que se vayan produciendo. Obviamente, la representación de los trabajadores y, en su caso, los trabajadores, deberán ser regularmente informados de dichas actualizaciones.

### **3. El uso de dispositivos de videovigilancia y grabación de sonidos**

Al igual que ocurre con el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral, el artículo 89 de la LOPD reconoce el derecho a la intimidad de los trabajadores frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo.

Del mismo modo, y como ocurre con el resto de los derechos digitales, la LOPD pone especial énfasis en el deber de información previo de la empresa a sus trabajadores sobre el uso y utilización de dispositivos de videovigilancia y de grabación en el lugar de trabajo. Es más, el artículo 89 de la LOPD enfatiza sobre el tipo de información que los trabajadores deben obtener y señala expresamente que los empleadores deberán informar con carácter previo, y de forma clara y concisa, sobre la utilización de estas medidas.

No obstante, y de acuerdo a lo que había venido siendo una doctrina judicial consolidada tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional, el propio artículo 89 de la LOPD establece una excepción a la regla general. Así, en el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los

trabajadores, se entenderá cumplido el deber de informar cuando exista, al menos, el dispositivo previsto en el artículo 22.4 de la LOPD. Es decir, en la práctica, y para la mayoría de las ocasiones en las que el uso de grabaciones de videovigilancia o de sonidos en el lugar de trabajo pudiera resultar relevante (ej. descubrir la autoría de actos ilícitos por parte de los trabajadores susceptibles de una sanción disciplinaria), el derecho a la información previa quedaba prácticamente desnaturalizado dado que las empresas tendían a limitar sus acciones informativas a la mera colocación de los carteles informativos previstos en el artículo 22.4 de la LOPD.

Sin embargo, y a raíz de la sentencia de instancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *López Rivalda vs. España*<sup>3</sup>, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo anunció un cambio de criterio en esta materia<sup>4</sup>. Así, en opinión de la Sala, y conforme a lo establecido en el artículo 89 de la LOPD, para controlar hurtos y delitos se entiende suficiente para garantizar el derecho de información la presencia de los anuncios y carteles previstos en el artículo 22.4 de la LOPD. Sin embargo, si la finalidad de las grabaciones efectuadas por el empresario es el control de las obligaciones laborales, la Sala concluye que se debe informar expresamente de (i) su presencia, y de (ii) la posibilidad de adoptar medidas disciplinarias en caso de que se constate que el empleado ha incumplido sus obligaciones.

No obstante, es preciso señalar que la propia Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha matizado su criterio inicial sobre el asunto *López Rivalda vs. España*<sup>5</sup>, entendiendo que la exigencia de información previa podrá, excepcionalmente, eludirse en aquellos casos en los que existan sospechas razonables de que se han cometido graves irregularidades. A la vista de lo anterior, parece razonable que el Tribunal Supremo acoja igualmente este criterio menos estricto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y flexibilice el cambio de postura que había anunciado.

Cabe concluir, por tanto, que a diferencia de lo que había venido siendo la regla general hasta la fecha –y salvo que nos encontremos ante casos excepcionales donde existan sospechas fundadas respecto de la comisión de un incumplimiento por parte de un trabajador–, en la medida en que los anuncios del artículo 22.4 de la LOPD ya no son un medio adecuado de información, las empresas que hagan uso de dispositivos de videovigilancia o grabación de sonidos deberán contar con políticas de empresa que informen sobre (i) su existencia y el motivo de su instalación, (ii) el tratamiento de los datos personales que se capturen, y (iii) el régimen disciplinario aplicable en caso de descubrirse algún incumplimiento.

---

3 Tribunal Europeo de Derechos Humanos 9-1-18, asunto *López Rivalda vs. España*, req 1874/13 567/13.

---

4 Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2019.

---

5 Tribunal Europeo de Derecho Humanos Gran Sala 17-10-19, asunto *López Rivalda vs. España*, *applications nos.* 1874/13 y 8567/13.

#### 4. Sistemas de geolocalización

No hay duda de que cada vez resulta más útil para las empresas que proveen determinados servicios el emplear sistemas de geolocalización para monitorizar las obligaciones laborales de los trabajadores. Sin embargo, es importante considerar que los datos de localización de una persona son también datos de carácter



personal y, por lo tanto, deben ser tratados debidamente y su recolección aprobada por el procedimiento establecido en la LOPD.

Es por ello que, dentro de los derechos digitales, el artículo 90 de la LOPD regula la utilización de sistemas de geolocalización con fines de control en el ámbito laboral. Nuevamente, y de manera análoga al tratamiento dado al resto de los derechos laborales digitales, el artículo 90 de la LOPD establece la obligación inexcusable de informar de forma expresa, clara e inequívoca a los representantes legales (si los hubiese) y, en su defecto, a los propios trabajadores, acerca de la existencia y características de estos dispositivos.

En este sentido, la importancia y relevancia del derecho a la información previa en relación con la implantación de los sistemas de geolocalización ha quedado claramente de manifiesto en la reciente sentencia de la Audiencia Nacional en el denominado caso “Telepizza”<sup>6</sup>. En este supuesto, y más allá de que la empresa obligó a sus repartidores a instalar una aplicación de geolocalización en sus móviles privados, –lo cual se consideró como una decisión desproporcionada y abusiva–, la Audiencia estimó las pretensiones de los sindicatos actuantes sobre la base de que la empresa había incumplido con el deber de información previa a los trabajadores establecido en el artículo 90 de la LOPD.

En consecuencia, en aquellos casos en los que las empresas deseen poner en funcionamiento sistemas de geolocalización a su plantilla de trabajadores, las políticas de empresa se configuran nuevamente como el instrumento más adecuado para materializar el deber de información previsto en el artículo 90 de la LOPD.

### III. Valoración

El reconocimiento de los derechos laborales digitales por la LOPD supone el reflejo normativo de un fenómeno imparable, el desarrollo de las nuevas tecnologías y su cada vez mayor impacto en el mundo laboral y en la gestión de las relaciones laborales.

Es evidente que el desarrollo de las nuevas tecnologías aplicadas al mundo laboral genera nuevas formas en la prestación de los servicios por parte de los trabajadores que, a su vez, plantean nuevos conflictos con los derechos de los trabajadores. En concreto, la LOPD entiende que la aplicación de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral puede poner en riesgo los derechos de privacidad e intimidad de los trabajadores. Por este motivo, y a fin de salvaguardar estos derechos, la LOPD establece y fija respecto de cada uno de los derechos laborales digitales el deber de información previa del empresario a sus trabajadores.

---

6 SAN 13/2019, 6 de febrero de 2019.

Es indudable que el deber de información previa del empresario se configura como una garantía esencial de la privacidad e intimidad de los trabajadores. Sin embargo, y para que ese derecho de información previa garantice de manera efectiva los derechos de los trabajadores, es necesario que, siguiendo la doctrina del Tribunal de Derechos Humanos en los casos *Barbulescu II vs. Rumanía* y *López Ribalda vs. España*, la información facilitada por el empresario a los trabajadores sea completa, clara y concisa y no meras manifestaciones proforma. En este contexto, es evidente que las políticas de empresa y el resto de instrumentos de *soft-law* a disposición de las empresas resultan el canal más adecuado para cumplir con dicho deber de información.