

INFORME SOBRE LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES EN EL ÁMBITO LABORAL

1. OBJETO

Este informe tiene por objeto dar opinión sobre la garantía de los derechos digitales que incluye la LOPDGDD.

2. INTRODUCCIÓN

Para la realización de este informe, se han tenido en cuenta los artículos que hacen referencia a la garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral de la Ley Orgánica de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD) y en la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), en relación a esa materia y al control laboral. También se han tenido en cuenta parte de la jurisprudencia, existente hasta el día de hoy, y las respuestas a las preguntas efectuadas sobre este tema a GREMIBAIX FUNDACIÓN.

Concretamente, los artículos tenidos en cuenta son los siguientes:

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

Artículo 87. Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral.

- 1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador.*
- 2. El empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos.*
- 3. Los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente. En su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores.*

El acceso por el empleador al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados.

Los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización a los que se refiere este apartado.

Artículo 88. Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral.

- 1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su*

intimidad personal y familiar.

2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y 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.

3. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, 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 particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en 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.

Artículo 89. Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo.

1. Los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. 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.

En el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta ley orgánica.

2. En ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos.

3. La utilización de sistemas similares a los referidos en los apartados anteriores para la grabación de sonidos en el lugar de trabajo se admitirá únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas en los apartados anteriores. La supresión de los sonidos conservados por estos sistemas de grabación se realizará atendiendo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 22 de esta ley.

Artículo 90. Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral.

1. Los empleadores podrán tratar los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes

al mismo.

2. 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. Igualmente deberán informarles acerca del posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión.

Artículo 91. Derechos digitales en la negociación colectiva.

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.

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.

Artículo 20 Dirección y control de la actividad laboral

1. El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue.

2. En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe.

3. El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad.

4. El empresario podrá verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado por este para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico. La negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones.

Artículo 20 bis 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.

Jurisprudencia (sólo a nivel enunciativo).

- Sentencia del TEDH de 5 de septiembre de 2017.

- Sentencia del TEDH de 9 de enero de 2018.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de febrero de 2013.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de marzo de 2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2018.

CONTENIDO

- El derecho a la intimidad y el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral no es un tema nuevo. Existe jurisprudencia importante e informes y opiniones por parte de los diferentes Tribunales de Justicia, tanto por parte de las autoridades de control, como por parte del Grupo de trabajo del artículo 29 (actualmente Comité Europeo de Protección de Datos), así como, también, abundante doctrina sobre esta materia. El artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores también regula este derecho.

En relación a este derecho, la LOPDGDD regula, en su artículo 87, aquello que puede hacer la organización, respecto al uso de los dispositivos digitales y respecto al acceso a los contenidos depositados en los medios digitales que se han facilitado los empleados, para avalar el cumplimiento de las obligaciones laborales y con la finalidad de poder garantizar la integridad de los dispositivos.

En cuanto a la posibilidad de acceso, se refieren unas finalidades concretas que constituyen su base de legitimación, siendo: el control del cumplimiento de las obligaciones o estatutarias y dar garantía de la integridad de dichos dispositivos digitales.

Este artículo también expone que *“los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales”*. Este tema ya era objeto de exigencia jurisprudencial y, por ello, las organizaciones ya elaboran políticas y condiciones de uso y control de las TIC. Por ejemplo, sobre el uso de Internet, el correo electrónico, telefonía fija y móvil, smartphones, tablets, ordenadores portátiles e instalación de software, entre otras.

El texto del artículo añade una referencia obvia a que estas políticas o condiciones de uso, respetarán *“en todo caso los estándares mínimos de protección de la intimidad del empleado, de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente”* y que *“El acceso por la organización al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los empleados”*.

Un aspecto muy importante y novedoso a considerar, incluido este artículo, es que en la elaboración de estas políticas y normas de uso deben participar los representantes de los empleados. Otro aspecto que cabe destacar, aunque ya se cumple actualmente, es que los empleados deben estar informados de estas políticas y condiciones de uso.

- El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, viene relacionado con otros aspectos como la conciliación entre la vida profesional y personal, y, además, tiene un impacto directo en la vida laboral y la generalización de las

tecnologías de la información, dado que se potencia el teletrabajo y la competitividad laboral y se mejora la salud de los trabajadores.

A nivel general, hay dos aspectos importantes a considerar sobre este derecho:

En primer lugar, hay que acudir a la negociación colectiva, ya que la desconexión forma parte de su contenido anual obligatorio. En ausencia de acuerdo, la organización, de forma unilateral, debe elaborar una política interna que, si bien es unilateral, sí que contempla la necesaria consulta de los representantes de los empleados, aunque el resultado de la consulta no sea vinculante.

El contenido mínimo de dicha política viene determinado por la LOPDGDD, que establece de qué manera se debe ejercer la desconexión digital y la puesta en marcha de acciones de formación y sensibilización del personal sobre la misma. Además, se hace mención expresa, en el artículo 88, al derecho de los empleados de que se respete su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como su intimidad personal y familiar.

Este artículo introduce un matiz interesante y que tiene su lógica. Este es que, a la hora de establecer la forma de su ejercicio, se atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral porque, obviamente, hay que tener en cuenta diferentes tipos de empleos y de roles para poder ajustar de una forma más óptima el ejercicio de este derecho.

Por lo que respecta a la forma de articular el derecho, se establece la prevalencia de “lo establecido en la negociación colectiva” o aquello “acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores”.

A parte de quedar regulado en la LOPDGDD, el derecho a la desconexión digital también queda regulado y moldeado por el artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores y los fallos de la jurisprudencia española relativos a este derecho.

Actualmente este derecho ya lo aplican diferentes empresas como, por ejemplo, Orange y Michelin en Francia, y el Grupo AXA en España.

- El derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo se regula en el artículo 89 de la LOPDGDD. Este artículo es una plasmación de aquello que ha venido estableciendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre este derecho en aplicación del artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores.

Este artículo del ET, como se venía estableciendo por la jurisprudencia, el Grupo de trabajo del artículo 29 (actualmente Comité Europeo de Protección de Datos) y la AEPD, exige que la organización informe, con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa a los empleados y, en su caso, a sus representantes, acerca de las medidas establecidas para los dispositivos de videovigilancia.

Las cámaras de videovigilancia pueden y suelen utilizarse para fines no sólo de

control laboral sino también de seguridad y por ello este artículo expone que en este caso “*En el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos*” el deber de informar se entenderá cumplido “*cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta ley orgánica*”, siendo éste el cartel de videovigilancia.

La videovigilancia debe hacerse conforme al artículo 5 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD) en referencia al principio de minimización de datos, de forma que los datos objeto de tratamiento sean adecuados, pertinentes y limitados en relación con los fines para los que son tratados, indicando que existen espacios en los que, por sus condiciones, podría ser desproporcionado utilizar la videovigilancia, por ejemplo en vestuarios, taquillas y zonas de descanso de trabajadores. También tiene incidencia en el principio de minimización de los datos, el número de cámaras que se pretenda utilizar, así como el tipo de las mismas, ya que no es lo mismo la captación de imágenes a través de una cámara fija que la que se realiza mediante cámaras que permiten grabaciones de 360 grados, o aquellas que son móviles.

Estas consideraciones van a la par de aquello recogido a través de la jurisprudencia, el Grupo de trabajo del artículo 29 (actualmente Comité Europeo de Protección de Datos) y la AEPD, que, resumidamente, han establecido que hay límites concretos que la casuística y la lógica han ido relacionando como lugares en los que no se pueden instalar estos sistemas, como son los destinados al descanso o esparcimiento de los empleados, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos.

En tanto que el uso de las imágenes puede ser invasivo, pero tiene unas reglas definidas, como ya hemos visto, cuando se trata de la utilización de sistemas para grabar sonidos en el lugar de trabajo, la LOPDGDD expone que se admitirán únicamente estos sistemas 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. Esto se traduce a la prohibición de la utilización de dichos sistemas, por ejemplo, el control de trabajo. También añade que se ha de hacer siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas.

- El derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral se regula en el artículo 90 de la LOPDGDD. De nuevo nos encontramos con un artículo que al referirse a otra tecnología que puede tener injerencias en el ámbito laboral menciona de nuevo que el control del empresario se puede enmarcar en el ya citado artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores.

Este artículo viene a dar reflejo de lo que ha venido estableciendo la jurisprudencia, el Grupo de trabajo del artículo 29 (actualmente Comité Europeo de Protección de Datos) y la AEPD.

Como en los otros derechos, con carácter previo, la organización habrá 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.

Respecto a este derecho, aunque no esté expuesto en este artículo, deberá respectarse también el principio de proporcionalidad. De hecho, el de la geolocalización es uno de los ejemplos que ya ponía la AEPD al hablar de la proporcionalidad en su Guía “*La protección de datos en las relaciones laborales*” y en algún expediente, por ejemplo, en el E/03038/2015.

Un aspecto muy importante a considerar es que, una vez que finaliza la jornada, también finaliza la prestación laboral de servicios y, por tanto, debe cesar toda medida de control que interfiera en la vida privada del empleado. Así lo recoge una reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Social, núm. 3058/2017, de 27 de diciembre, que establece la obligación de la empresa de garantizar que el dispositivo de geolocalización implantado en los vehículos de motor utilizados por los empleados no estará operativo a partir del momento en que finalice la jornada laboral.

- Otro aspecto a tener en cuenta es el que establece el artículo 91 sobre los derechos digitales en la negociación colectiva. Es decir, que el régimen de derechos que contempla la LOPDGDD, son mínimos mejorables a través de la negociación colectiva.

3. CONCLUSIONES

GREMIBAIX FUNDACIÓ debería decidir cómo implementar estos derechos digitales en el ámbito laboral, teniendo en cuenta lo siguiente:

1. Definir los controles laborales a establecer.
2. Definir y documentar la información sobre estos controles laborales y las condiciones de uso de los dispositivos y el acceso a los contenidos depositados en los medios digitales. Esta información y normas han de estar accesibles para todos los empleados. Actualmente y tomando como referencia las respuestas a las preguntas sobre estos derechos se realizaron, se detecta la falta de parte de este tipo de documentación.
3. Para llevar a cabo estas tareas debe tenerse en cuenta la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.
4. Los representantes de los trabajadores han de participar en las tareas, a las que obliga el articulado de la LOPDGDD, comentadas anteriormente.

Estas son nuestras observaciones en relación a las obligaciones para dar cumplimiento a la garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral.

Estamos a su disposición para comentar cualquier tema al respecto.