

Reforma del Régimen de la Protección de Datos Personales y nuevas garantías de los Derechos Digitales

José María Goerlich, consultor académico del área de Derecho Laboral de BROSETA

1. [Los nuevos derechos digitales en el ámbito laboral.](#)
2. [El derecho a la desconexión digital.](#)
3. [La regulación de las facultades de control empresarial.](#)
 - 3.1. [Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral.](#)
 - 3.2. [Uso empresarial de las tecnologías de control a distancia.](#)
4. [Convenios colectivos y facultades de los representantes de los trabajadores en la determinación de los nuevos derechos.](#)

1. [Los nuevos derechos digitales en el ámbito laboral](#)

El BOE del pasado 6 de diciembre publica la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre. De su título se desprende que su contenido es doble. Los títulos I al IX, es decir la mayor parte de la norma, se dedican, de un lado, a la protección de datos personales y garantiza; el título X (arts. 79 a 97) garantiza, de otro, los nuevos “derechos digitales”. Aunque la primera sea mucho más extensa, desde la perspectiva de las relaciones laborales esta segunda parte resulta más interesante que la primera. En efecto, aparte de que ya disponíamos de una normativa estatal en materia de protección de datos –que ahora es sustituida por la nueva LO 3/2018–, el grueso de la regulación en esta materia se encuentra ahora contenida en el Reglamento (UE) 2016/679. Por más que extensa, los márgenes de actuación del legislador interno son desde su entrada en vigor mucho menores. Por ello, sin desconocer que los nueve primeros títulos contienen algunas reglas de interés, nos centraremos a continuación en la “garantía de los derechos digitales” entre los que, como señala la Exposición de Motivos, ocupan “un lugar relevante” los de carácter laboral.

Los nuevos derechos digitales, regulados en los arts. 87 a 91 LO 3/2018, se vertebran con la vigente legislación laboral mediante la adición por las disp. finales 13ª y 14ª de nuevas normas en el Estatuto de los Trabajadores y en el EBEP que reenvían a la nueva Ley Orgánica. En el primer caso, el nuevo art. 20 bis ET establece que “los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”. El listado de nuevos derechos comprende así alguno que es una novedad absoluta, el de desconexión digital, y otros, relacionados con las facultades de control empresarial, que habían sido elaborados por la jurisprudencia y que ahora pasan a tener una disciplina legal.

2. El derecho a la desconexión digital

Por lo que se refiere a la llamada desconexión digital, se trata de un derecho instrumental al cumplimiento de los límites legales y convencionales del tiempo de trabajo. Busca, por tanto, garantizar el respeto del tiempo de descanso, permisos y vacaciones del trabajador y, a su través, “su intimidad personal y familiar” (art. 88.1).

En su formulación más sencilla, el nuevo derecho implica que no existe una obligación del trabajador de seguir conectado con su empresa una vez terminada la jornada de trabajo. Desde esta perspectiva, cabría pensar que la novedad de su reconocimiento es limitada puesto que, incluso sin él, es claro que nada obliga al trabajador a permanecer a disposición del empresario durante sus tiempos de descanso. Sin embargo, las características que han adquirido los sistemas de comunicación en nuestro tiempo –ubicuidad, continuidad, inseparabilidad de objetos de uso cotidiano– hacen muy conveniente que exista una garantía legal explícita y una mínima regulación de su alcance.

En este último sentido, el derecho a la desconexión presenta claramente una geometría variable. Como indica el art. 88.2 LO 3/2018, “las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral”. Las situaciones de todos los trabajadores no son iguales dentro de la organización empresarial y, por eso, sus facultades en el terreno de la desconexión no pueden ser idénticas. Su determinación pasa, pues, por el análisis del tipo de prestación comprometida y, aunque no lo diga expresamente el precepto, de las propias necesidades empresariales que pueden ser muy diferentes según su actividad o formas de organización. Por eso, el precepto reenvía la concreta determinación del contenido del derecho “a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores”.

No hay que pensar, sin embargo, que ello suponga dilatar la efectiva aplicación del derecho a la desconexión. Después de todo, como regla general, el contrato de trabajo no permite a la empresa incidir sobre la esfera privada de los trabajadores. En este contexto, incluso a falta de convenio o acuerdo colectivo, hay que entender que, salvo que concurra justificación suficiente de una solución distinta que tendrá que ser ofrecida y acreditada por la empresa, esta no podrá obligar al trabajador a permanecer conectado durante su tiempo de descanso ni tampoco sancionar el eventual rechazo de sus llamadas o la falta de diligencia en la atención de sus mensajes durante el indicado período. Que ello es así viene ratificado por las previsiones del art. 88.3 que impone a la empresa la elaboración, previa audiencia a los representantes legales, de “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”. Esta política se referirá “en particular” a los casos 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”.

3. La regulación de las facultades de control empresarial

Los restantes derechos laborales de carácter digital no son tan novedosos como la desconexión digital. Se mueven todos en el terreno de las facultades de control empresarial en el ámbito de las tecnologías de la información y comunicación y, tras la existencia de sucesivos conflictos entre aquellas y la protección constitucional de las distintas facetas del derecho a la intimidad, han venido siendo delimitados por la jurisprudencia constitucional y ordinaria. La LO 3/2018 se limita, pues, a recoger el resultado de una evolución interpretativa. Hay que advertir, sin embargo, que esta no había sido uniforme, que no es fácil recoger sus

múltiples matices en el espacio que habitualmente ocupan tres artículos de una Ley orgánica y que no siempre el legislador parece interesado en la continuidad de los criterios establecidos. De este modo, no es posible pronosticar que la aprobación de las nuevas normas vaya a eliminar todos los perfiles problemáticos que se han venido planteando en relación con los problemas que nos ocupan.

[Volver arriba](#)

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

Viniendo ya a la regulación concreta, el art. 87 de la nueva Ley regula el “derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral”. Se está pensando en los problemas que plantea el control del uso por los trabajadores de los “dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador” (art. 87.1). Aunque una interpretación estricta de la expresión “dispositivo” podría restringir el ámbito de aplicación al control del soporte físico, lo cierto es que, del conjunto del precepto –que se refiere en otros pasajes a “contenidos”–, cabe entender que el mismo se refiere tanto a aquel como a las aplicaciones y a las herramientas de comunicación, señaladamente el correo.

El art. 87 parte de la idea de que el uso de estos dispositivos y herramientas digitales, como habían anticipado los Tribunales, puede dar lugar a expectativas de intimidad que deben ser protegidas (apartado 1). En la medida en que esto es así, se producen una serie de restricción de las facultades de control de las empresas. De un lado, desde la perspectiva de la finalidad, su ejercicio se admite “a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales... y de garantizar la integridad de dichos dispositivos”– (apartado 2). De otro lado, queda subordinado a determinados requisitos materiales y procedimentales. Los primeros giran en torno al establecimiento de los criterios de utilización de los dispositivos y de garantías en el momento en el que se produzca el acceso; los segundos, alrededor de la participación de los representantes de los trabajadores en la delimitación de tales criterios y en la información a los trabajadores de los mismos (apartado 3).

En suma, las reglas del art. 87 LO 3/2018 se mueven en la línea que ha venido trazando la jurisprudencia y que implica la existencia de protocolos en las empresas que delimiten tanto los posibles usos privados como los sistemas de control de los dispositivos digitales. No pueden, sin embargo, dejarse de advertir dos importantes diferencias. De un lado, estos protocolos no parecen ya potestativos y, sobre todo, parecen ser necesarios en el ámbito de cada empresa: “los empleadores deberán establecer” y han de hacerlo además “de modo preciso”. No resultará pues admisible que el problema que nos ocupa sea resuelto por genéricas decisiones adoptadas a nivel sectorial –como había reconocido la jurisprudencia constitucional–. De otro, los protocolos pierden la unilateralidad que se admitía hasta ahora puesto que “en su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores”.

[Volver arriba](#)

3.2 Uso empresarial de las tecnologías de control a distancia.

En una regulación que presenta bastantes paralelismos, los artículos 89 y 90 se ocupan respectivamente de las relaciones entre el derecho a la intimidad y los sistemas de “videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo” y de “geolocalización”. Ambos mecanismos de control son admitidos, si bien el primero presenta límites específicos –imposibilidad de instalar dispositivos “en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos” (art. 89.2); específicas restricciones al registro de sonidos (art. 89.3)–.

Los requisitos para su establecimiento presentan un régimen común. En cuanto a las finalidades, ambos preceptos se refieren al ejercicio del control “dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo” (arts. 89.1 y 90.1). El establecimiento de estos sistemas de control requiere unas formalidades idénticas: “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 estas medidas (arts. 89.1 y 90.2).

Al hilo de esta última exigencia, se abre un problema interpretativo de sumo interés como es el del posible recurso excepcional a estos medios de control sin cumplimiento del indicado requisito informativo. En este terreno, hay que diferenciar el hallazgo de hechos ilícitos por un dispositivo de videovigilancia establecido a otros efectos –que, en línea con la jurisprudencia constitucional, parece quedar legitimado por el art. 89.1.II– del establecimiento excepcional de sistemas de control, sin notificación específica. Podría pensar que este último no tiene regulación específica y, por tanto, continúa siendo admisible siempre que se sujete al principio de proporcionalidad. Pero también que la exigencia legal de información previa, expresa, clara y concisa ha hecho que resulte imposible. Habrá que estar a los futuros desarrollos interpretativos por parte de los tribunales.

[Volver arriba](#)

4. Convenios colectivos y facultades de los representantes de los trabajadores en la determinación de los nuevos derechos

Como se ve, el contenido de los nuevos derechos digitales queda bastante abierto. Las nuevas normas dejan un elevado margen de discrecionalidad para la concreción de los nuevos derechos en función de las características de las organizaciones productivas. Es lógico que así sea habida cuenta de las múltiples situaciones en las que están llamadas a aplicarse.

En esta línea, el art. 91 LO 3/2018, que puede ponerse en línea con las previsiones del Reglamento europeo (cfr. art. 88), confía a la negociación colectiva la facultad de “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”.

Por otro lado, incluso a falta de específicas previsiones en los convenios colectivos, la concreción en el ámbito de la empresa del alcance de las nuevas garantías no se confía únicamente a la actuación unilateral de la empresa sino que requiere la participación de los representantes de los trabajadores. En este punto, la LO puede generar cierta confusión puesto que utiliza diferentes conceptos para delimitar cuál haya de ser tal participación. En efecto, el art. 87.3, al regular los “criterios de utilización de los dispositivos digitales” con respeto a la intimidad, indica que “en su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores”. Por su parte, la determinación de la política empresarial en relación con la desconexión digital se formula “previa audiencia de los representantes de los trabajadores” (art. 88.3). Finalmente, en relación con los sistemas de videovigilancia o geolocalización se alude únicamente a una información que, además, aparece potestativa: tras formular el derecho de información de los trabajadores individuales, se añade que este se extenderá “en su caso, a sus representantes” (cfr. arts. 89.1 y 90.2).

Esta diversidad de formulaciones, podría conducir a entender que existen diferentes regímenes jurídicos de las facultades de participación, en función de la garantía digital que estemos considerando. Es más prudente entender, sin embargo, que todos son reconducibles a un único modelo de derecho de información activa. De este modo, en todos supuestos, la empresa debe poner en conocimiento de la representación de los trabajadores información suficiente acerca de sus intenciones y posibilitar que aquella emita su opinión sobre el particular.

Esto es así, en algunos casos, porque resulta de la literalidad (“previa audiencia”) y en los demás porque las previsiones de las nuevas reglas han de ponerse en relación con las contenidas con carácter

general en el art. 64 ET cuyo apartado 5 prevé este tipo de facultades en los casos de “implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo”. Esta conexión permite asimismo entender que el “en su caso” que contienen algunos de los preceptos que se examinan no implica que la intervención sea potestativa para la empresa sino que más bien previene la posible inexistencia de representantes. Solo será preciso informarles y oírlos cuando efectivamente existan.

[Volver arriba](#)

• • •

Si desea más información sobre estos temas o cualquier otro asunto relacionado, puede ponerse en contacto con el equipo de profesionales del área de Derecho Laboral de BROSETA.

Área de Derecho Laboral de BROSETA



José Manuel Copa
Socio
Director Área Laboral
jmcopa@broseta.com



Isabel Merenciano
Socia
Directora Área Laboral
en Valencia
imerenciano@broseta.com



David López
Socio
Área Laboral
dlopez@broseta.com



Enrique Hervás
Abogado
Área Laboral
ehervas@broseta.com



Madrid. Goya, 29. 28001. T. +34 914 323 144
Valencia. Pascual y Genís, 5. 46002. T. +34 963 921 006
Lisboa. Av. António Augusto Aguiar, 15. 1050-012. T. +351 300 509 035
Zúrich. Schützengasse 4, 8001. T. +41 44 520 81 03

Firma miembro de la **Red Legal Iberoamericana**

