

LOS DERECHOS DIGITALES DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

**-Aspectos laborales de la LO 3/2018, de 5 de diciembre de
Protección de Datos y Garantías de los Derechos Digitales -**

Carlos Hugo Preciado Domènech

Doctor en Derecho

Magistrado especialista del Orden Social. TSJ Catalunya



SUMARIO

DERECHOS DIGITALES DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

- 1.- *Derechos relativos al uso de dispositivos digitales***
- 2.- *Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral.***
- 3.- *Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo***
- 4.- *Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral.***
- 5.- *Derechos digitales en la negociación colectiva.***
- 6.- *El tratamiento de datos de salud de las personas trabajadoras.***

LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS DIGITALES DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS.

- 1.-*Garantías frente a poderes privados de los DDFF digitales de los trabajadores:***
 - a) Contractuales: nulidad de actos y extinción del contrato por voluntad del trabajador**
 - a.1) Nulidad de actos contrarios a los DDFF digitales**
 - a.2) Extinción del contrato por voluntad del trabajador/a derivada de la vulneración de sus DDFF digitales (art.50.1 c)**
 - b) Sancionadoras: administrativas y penales**
 - b1) Derecho administrativo sancionador**
 - b2) Derecho Penal**
- 2.-*Garantías frente a poderes públicos***
- 3.- *Garantías institucionales.***



I.- DERECHOS DIGITALES DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

I.- CUESTIONES GENERALES (I)

- Marco normativo de los DDFF generales en la relación laboral: de la anomia a la anemia: DF 13ª NLOPD → art.20 bis ET
- ***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 “***
- EM: el Título X (arts.79-97) reconoce y garantiza los DD digitales de la ciudadanía al amparo del art.18.4 CE . ¿Es así?
- No todos los DD del Título X son desarrollo del art.18.4 CE. Son LO (83-87 y 89-94), los 8 restantes tienen naturaleza de ley ordinaria: o son simple regulación de ejercicio (art.53.1 CE), o bien no son DDFF : art.79 (era digital); art.80 (neutralidad); art.81 (acceso universal a internet), (art.82 seguridad digital), art. 95 (portabilidad), art.96 (testamento digital); art. 97 (políticas de impulso).

I.- CUESTIONES GENERALES (II)

- Insistencia en la intimidad como derecho estrella. Distinguir de DPDP.
- Los DDFP individuales olvidados: secreto de las comunicaciones, propia imagen, honor.... Protección de datos de los trabajadores (!!!) Las bases jurídicas...
- La protección de datos en la relación laboral y el art. 88 RGPD: la NLOPD no regula en ámbitos como : contratación, cumplimiento de obligaciones establecidas por ley o convenio (dd. Sindicales), igualdad y diversidad,, efectos de la extinción de la relación laboral, etc.
- Salud laboral: DA 17ª NLOPD: alza prohibición tratamiento datos salud cuando sea necesario para medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad... (STS 21/01/19, Rec 4009/2016. Reconocimiento médico obligatorio conductores y personal mantenimiento parque móvil del Estado).

I.- CUESTIONES GENERALES (III)

- DFFF colectivos olvidados: todos, excepto la negociación colectiva (art.91 NLOPD)
- Intervencionismo descompensado: contraste libertad de empresa (poder poco regulado 20.3 ET) vs. Libertad sindical (marco regulador intenso LOLS)
- La NLOPD da soporte legal a poderes de vigilancia y control del empresario: dispositivos digitales, videovigilancia, geolocalización, sin instaurar nuevas garantías.
- La regulación, en muchos casos, no es sino una incorporación de criterios jurisprudenciales acuñados ante la anomia del art.20.3 ET. (Ej. Videovigilancia).

I.- CUESTIONES GENERALES (IV)

- Listado de omisiones:
 - Tratamiento de datos y brecha salarial: información sobre retribuciones.
 - Contratación: currículums, datos de candidaturas, seudonimización (currículums ciegos), etc.
 - Seguridad y salud en el trabajo. Registros de tiempo de trabajo, cesión de datos de salud...
 - Ejercicio colectivo de derechos: datos de los RLT y su posición legal (¿Responsables o cesionarios?); bases de datos de transmisión de información sindical; etc.
 - Extinción de la relación laboral: datos sobre despidos e infracciones, petición de referencias, listas negras, etc...



1.- DERECHOS RELATIVOS AL USO DE DISPOSITIVOS DIGITALES

II.- DERECHOS RELATIVOS AL USO DE DISPOSITIVOS DIGITALES (I).

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

II.- DERECHOS RELATIVOS AL USO DE DISPOSITIVOS DIGITALES (II).

- 1) **No se admite el control por el empresario de dispositivos digitales propiedad del trabajador en ningún caso.** (No cabrá por la vía del 18 ET).
- 2) **Se admite que el empleador acceda a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores, pero sólo para dos finalidades:**
 - controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias
 - garantizar la integridad de dichos dispositivos.
- 3) El acceso por el empleador a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores está sujeto **al principio de proporcionalidad y debe respetar el contenido esencial de los DDFF de los trabajadores/as.**
- 4) **Nada se dice** sobre el acceso del empleador a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los **funcionarios públicos**, por lo que no cabe una interpretación restrictiva de la norma en materia de restricción de DDFF, si bien dicha omisión parece más bien un olvido del legislador.

II.- DERECHOS RELATIVOS AL USO DE DISPOSITIVOS DIGITALES (II).

5) La NLOPD no aclara si los "*los contenidos derivados del uso de medios digitales*", a los que puede acceder el empleador bajo ciertos requisitos, comprenden también las comunicaciones

6) La NLOPD nada dice de qué ocurrirá y qué valor probatorio podrá tener el acceso del empleador a los contenidos derivados del uso de medios digitales cuando:

- el empleador infrinja el deber de elaborar criterios de utilización
- el empleador infrinja el deber de informar a los trabajadores de dichos criterios

En mi opinión, la infracción de cualquiera de los dos deberes determinaría la vulneración del derecho a la intimidad del trabajador y/o de su derecho a la protección de datos de carácter personal, lo que habría de determinar la **ilicitud de la prueba así obtenida.**

7.- La NLOPD, en lugar de establecer nuevas garantías adicionales y específicas en un ámbito tan polémico y sensible de las relaciones laborales, ha optado por **limitarse a normativizar criterios acuñados por la jurisprudencia ante la falta de normativa**

II.- DERECHOS RELATIVOS AL USO DE DISPOSITIVOS DIGITALES (II).

En el ámbito del proceso penal, desde el punto de vista de la **licitud de la prueba**, no puede dejar de mencionarse la **STS (Sala II) 23/10/2018, Rec 1674/2017**, en la que se analiza **la nulidad del examen efectuado del ordenador personal del acusado (trabajador de alta dirección)** y, consiguientemente, la inutilizabilidad de todas las pruebas derivadas de ese escrutinio, por tratarse de pruebas afectadas por la prohibición consagrada en el art. 11.1 LOPJ y, por tanto, inhábiles para fundar una condena.

Contrasta el art.20.3 ET y el art. 20 bis ET con el art. 588 sexies a) –c) LECrim.

- Necesidad de autorización judicial con motivación individualizada en registro domiciliario y fuera del domicilio
- Autorización judicial: términos y alcance del registro, realización de copias, aseguramiento de integridad; evitación de perjuicios a titular, ampliaciones de registro, actuaciones en caso de urgencia.

Empresario poderes similares a la policía en situaciones de urgencia (pero sin la comunicación en el plazo de 24 h al juez competente). (art.588sexies c) LECrim).



2.-DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL ÁMBITO LABORAL

II.- DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL ÁMBITO LABORAL (I) .

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

III.- DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL ÁMBITO LABORAL (II) .

DERECHO CON TRES PATAS:

- *Intimidación personal y familiar*
- *Salud laboral (descanso, tiempo de trabajo y prevención de riesgos)*
- *Igualdad de género: conciliación vida personal, familiar y laboral.*

ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

- **STC 192/2003, de 27 de octubre : *lead case* en materia de desconexión. El trabajador que no descansa en vacaciones. Descanso vs. Tiempo libre.**
- **STS 21 septiembre 2015, Rec. 259/2014: nulidad de cláusula abusiva por incorporar al contrato la obligación de facilitar teléfono o e-mail, y utilizar la base de tratamiento por necesidad de ejecución de contrato, cuando no está cubierta por esa base, pues no son datos necesarios y, por tanto, deberían contar con el consentimiento del trabajador, distinto del contractual, no pudiéndose incluir como cláusula tipo en el contrato, puesto que el consentimiento, en ese momento es sumamente débil.. “**
- **STSJ Catalunya 23 mayo 2013 (Rec 6212/2012). El caso del acelerómetro instalado en los móviles de los trabajadores de la sección de mantenimiento, que tenían que llevar fuera de jornada laboral.**

III.- DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL ÁMBITO LABORAL (III).

ANTECEDENTES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

- **Convenio Grupo AXA** (Código convenio nº 90006353011984). artículo 14 (tras una exposición de motivos) dice: *“Consecuentemente, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo.”*
- **Convenio de la empresa. Barcelona Cicle de l’Aigua, SA (BCASA)** para el período 13.11.2017-31.12.2020 (código de convenio núm. 08102192012018) En su artículo 65 dispone
- *La empresa asegurará el respeto al tiempo de descanso y a la vida personal de todos los trabajadores y trabajadoras. Por eso procurará que no sea necesaria la respuesta a mensajes ni llamadas o bien la realización de conexiones telemáticas fuera del horario laboral del trabajador. Son excepciones a esta política los casos de fuerza mayor, la coordinación de actuaciones de urgencia y las actuaciones de los trabajadores en trabajos de retén o de guardia”*
- **Convenio EUI Limited Sucursal España (art.16.10)**
- **Derecho de desconexión en los acuerdos interprofesionales:** Resolución TSF/2053/2018, de 4 de septiembre (Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña núm. 7702, de 7 de septiembre de 2018).

PLANES DE IGUALDAD:

- - El IX Acuerdo Marco del Grupo Repsol (BOE núm. 4; de enero de 2018).
- - El XVI Convenio colectivo de la ONCE y su personal (BOE núm. 16, de 18 de enero de 2018).

III.- DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL ÁMBITO LABORAL (IV) .

- **¿Es un Derecho Fundamental?** El art.88 no es LO, pero el DDD se reconoce *“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”*.
- Puede considerarse ley reguladora (art.53.1 CE) de DDFF, que atañe al lugar y tiempo de su ejercicio, sin incidir en su titularidad ni contenido. Es una regulación del ejercicio de la intimidad, desarrolla el principio rector del respeto al tiempo de descanso, permisos y vacaciones. (art.40.2 CE). (art.31.2 CDFUE), e incide directamente en la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la igualdad de género (STC 3/07, de 15 de enero).
- En tanto que la vulneración del DDD afecte a DDFF será tutelable en amparo ordinario y constitucional:
 - La intimidad personal y familiar (art.18.1 CE)
 - La igualdad de género y la conciliación de la vida personal , laboral y familiar (art.14,9.2 y 39 CE)
 - La vida e integridad física : por crear un riesgo grave e inminente para la salud o integridad física. (art.15 CE).
- A falta de regulación convencional, el despido por no conectarse es un despido nulo por vulneración de la intimidad personal y familiar.

III.- DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL ÁMBITO LABORAL (V) .

DESCONEXIÓN CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Ella: igualdad de oportunidades (permisos por maternidad, riesgo durante el embarazo y desconexión)

El: corresponsabilidad (paternidad, cuidado de hijos o familiares, etc.)

¿Qué hay que tener en cuenta al interpretar el art. 88 NLOPD?

Toda interpretación del derecho a la desconexión habrá de realizarse, ineludiblemente desde el adecuado enfoque de género que impone el art.4 LOIMH.

STSJ Catalunya núm. 1558/2018 de 9 marzo (Rec 6987/2017), en que se declara nulo un despido por inexistencia de transgresión de la buena fe contractual, en la realización de actividades lúdicas durante la situación de baja laboral, en un caso de una trabajadora, con reducción de jornada, que acude con los hijos a la playa, tratándose de una actividad compatible con la enfermedad (conjuntivitis vírica), y por aplicación del principio de derecho «favor muliere», en materia de conciliación familiar. El poder empresarial de control fuera de la jornada laboral (en este caso en situación de IT), topa con derechos fundamentales, como intimidad, igualdad de género y conciliación, entre otros.

III.- DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL ÁMBITO LABORAL (VI).

POLÍTICA INTERNA

- **No puede contravenir las modalidades de ejercicio previstas en negociación colectiva o acuerdo de empresa.** (art.88.2 NLOPD).
- **A falta de convenio o acuerdo, rige el derecho a la desconexión en toda su extensión** (art.88.1 NLOPD) Si no hay regulación convencional, la intimidad personal y familiar, es un derecho fundamental de eficacia directa; y descanso, vacaciones y permisos, son derechos de naturaleza legal, que impiden la obligación de atender a comunicaciones del empresario en dichos supuestos, sin que ello pueda causar perjuicio alguno al trabajador/a.
- **El art.88.3 NLOPD: deber del empleador de elaborar una política interna** dirigida a los trabajadores, incluidos directivos, **que definan las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión**, y las **acciones de formación y sensibilización** sobre un uso razonable de las TIC que evite el **riesgo de fatiga informática**. **Política sometida a lo dispuesto en negociación colectivo o acuerdo.**
- Se impone la **audiencia previa** de los representantes de los trabajadores, por lo que **no hay aquí un derecho a la consulta** de los RLT sino que la audiencia consistirá en el derecho a ser oídos con carácter previo a la adopción de la medida empresarial, con las salvedades que en materia de prevención de riesgos luego se dirán.
- Se impone el deber de **preservar el derecho a la desconexión en supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia** así como en el **domicilio del empleado/a**, lo que parece que habrá de suponer la fijación estricta de horarios de conexión, fuera de los cuales no será exigible ningún tipo de conexión.

III.- DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL ÁMBITO LABORAL (VII) .

PREVENCIÓN DE RIESGOS

La política interna, cabe decir que se incluye una importante ampliación y **concreción del deber de seguridad del empresario** en el uso de las TIC por los trabajadores/as; consistente en: " **acciones de formación y sensibilización** sobre un uso razonable de las TIC que evite el **riesgo de fatiga informática.**"

Ello exigirá, primero, la evaluación del riesgo de fatiga informática, en función de los niveles de exposición al mismo y, en segundo lugar, si no es posible su eliminación, **la adopción de medidas preventivas**, entre las que cuentan las que cita el art 88.3 NLOPD, es decir, las formativas y de sensibilización sobre el uso razonable de las TIC. (vid. art. 15 y 16.2 LPRL).

En este punto, cabe recordar que existirá también **un específico deber de consulta con los representantes de prevención de la empresa**, de conformidad con lo que establecen los arts.33 y 34 LPRL, distinto de la simple audiencia previa que contempla el art.88.3 respecto de la política interna.



3.- VIDEOVIGILANCIA

VIDEOVIGILANCIA (I)

Art.89.1. 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.

VIDEOVIGILANCIA (II)

- 1) **Tiene naturaleza de Ley Orgánica** (vid. DF 1ª NLOPD) y, por tanto, es un precepto que desarrolla el Derecho fundamental de protección de datos del art.18.4 NLOPD, y también la intimidad y la propia imagen del art.18.1CE

- 1) **Cuando se trate de videovigilancia en el ámbito laboral se aplica el art.89 NLOPD y no el art.22 NLOPD** (vid. art.22.8 NLOPD).

- 1) Cuando se habla de que **las funciones de control se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo**, hay que entender referidos tales límites al **principio de proporcionalidad y al contenido esencial**, pues la videovigilancia y grabación de sonidos afectan a la privacidad del trabajador/a. (art.53.1 y 18 CE).

- 4 El deber de informar con **carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores, empleados públicos y, en su caso, a los representantes**, acerca de esta medida. (art.89.2 NLOPD).

- 4 Consecuencias de la falta de información a los RLT: ¿mera infracción de legalidad ordinaria o vulneración de una garantía colectiva del derecho fundamental a la intimidad? La STC 186/00, el art.64.1.4d) ET y el nuevo escenario que plantea la NLOPD.

VIDEOVIGILANCIA (III)

6) ¿Por qué la información en la videovigilancia ha de ser concisa y no inequívoca? (comparación arts.89 y 90 NLOPD).

7) La prueba obtenida a través de la grabación no informada habría de reputarse ilícita, salvo en los **supuestos excepcionales** que prevé el precepto y que deben ser objeto -por ello mismo- de interpretación restrictiva. Se trata de los **casos de captación de la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o EEPP**, en los que se entiende cumplido el deber de informar cuando exista el dispositivo a que se refiere el art.22.4 NLOPD

8) ¿Qué es un ilícito flagrante?: ¿un ilícito penal, un ilícito laboral, y dentro de éste, un ilícito grave o leve?.



4.- GEOLOCALIZACIÓN

V.GEOLOCALIZACIÓN (I)

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."**

V.GEOLOCALIZACIÓN (2)

- 1) Art.90 NLOPD tiene naturaleza de Ley orgánica y regula el derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral.
- 1) La finalidad se limita al control de la actividad laboral: por tanto, no está permitida para otras finalidades distintas y no será admisible fuera de la jornada laboral, aunque el dispositivo sea del empleador.
- 1) Se impone **información expresa y clara**, pero -como ya se apuntó- a diferencia de la videovigilancia, **no ha de ser una información concisa, sino inequívoca**
- 2) Agencia Española de Protección de Datos en su **Informe 193/2008**, exige el deber de informar en los términos del art.5.1 de la ALOPD.
- 1) **STEDH de 2 de septiembre de 2.010** (JUR 2010, 301139), **caso Uzun contra Alemania**, considera que la **instalación de un sistema GPS** constituye una **injerencia en la vida privada de la persona**

V.GEOLOCALIZACIÓN (3)

- 1) **La falta de información sobre la instalación de un control GPS ha venido determinando la nulidad del despido, :**
 - 1) STSJ País Vasco 2 de julio de 2007
 - 2) STSJ Madrid, núm 260/2014, de 21 de marzo

- 2) **El despido con prueba de GPS ilícita, se ha considerado como improcedente** (Ej. STSJ Castilla-La Mancha núm. 715/2014 de 10 junio. AS 2014\1619).

- 3) AEPD, en su Expediente AP/00044/2015 sanciona a la Agencia Balear del Agua y la Calidad Ambiental, porque no informó previamente a sus empleados sobre la instalación del sistema de GPS, en los vehículos de la empresa .

- 1) **El GPS ha servido como prueba de la laboralidad** de una relación de prestación de servicios, por revelar la nota de dependencia : STSJ Castilla-La Mancha núm. 959/2017 de 29 junio. JUR 2017\209227

V.GEOLOCALIZACIÓN (4)

La SAN 6 febrero 2009

Resumen de la Sentencia: Impugnándose por UGT y CCOO el denominado proyecto tracker de la empresa Telepizza en virtud del cual los repartidores serán geo-localizados cuando realicen tareas de reparto mediante una app descargada en su teléfono móvil personal, se estiman las demandas.

Se considera que la empresa al imponer de forma unilateral dicho sistema ha incumplido con los deberes de información y consulta respecto de los RRTT. Por otro lado, el proyecto no respeta el derecho a la privacidad de los trabajadores por cuanto que no supera el juicio de proporcionalidad, entraña abuso de derecho por el empresario, y finalmente, supone la creación de un régimen disciplinario al margen del convenio.

V.GEOLOCALIZACIÓN (5)

La AN concluye que se vulnera el derecho a la privacidad de los trabajadores por que

A.- En primer lugar, porque la medida implantada, si bien obedece a fines constitucionalmente legítimos en el desarrollo del derecho a la libre empresa como son el control el empleado en el desempeño de su puesto de trabajo y la oferta de un mejor servicio al cliente- de forma que éste pueda conocer en todo momento la ubicación de su pedido, dotando a la empresa de capacidad para proporcionar servicios que se afirma ya ofrecen otras empresas del sector-, no supera a juicio de la Sala el necesario juicio de proporcionalidad. (OJO DISTINGUIR FINES: CONTRATO VS INTERÉS LEGÍTIMO)

La misma finalidad se podría haber obtenido con medidas que suponen una menor injerencia en los derechos fundamentales de los empleados como pudieran ser la implantación de sistemas de geolocalización en las motocicletas en las que se transportan los pedidos o las pulseras con tales dispositivos que no implican para el empleado la necesidad de aportar medios propios y lo que es más importante, ni datos de carácter personal como son el número de teléfono o la dirección de correo electrónico en la que han de recibir el código de descarga de la aplicación

V.GEOLOCALIZACIÓN (6)

B.- En segundo lugar, porque además para la implantación del sistema de geolocalización por parte del empleador se ha prescindido de proporcionar a los trabajadores de la información a que se refieren los arts. 12 y 13 del Reglamento 679/2016, 5 de la anterior Ley de protección de datos y 11 y 90 de la vigente LO 3/2018.

La AN hace primero el juicio de proporcionalidad (concluyendo la desproporción de la medida de control, por innecesaria –había medios menos invasivos-), **pero después hace el juicio de contenido esencial** : no hubo información a los trabajadores

Este proceder es el inverso al correcto, porque conforme al art.53.1 CE el contenido esencial no puede verse afectado en ningún caso. Por tanto, **ha de efectuarse antes el juicio de contenido esencial y después el de proporcionalidad**, pues el segundo no puede realizarse sin superar el primero.

Hay medidas desproporcionadas que no afectan al contenido esencial, pero una medida que afecte al contenido esencial será siempre y en todo caso inadmisibles, por lo que en tal caso huelga el juicio de proporcionalidad.



5- NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y DERECHOS DIGITALES

NEGOCIACIÓN COLECTIVA

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

El diseño participativo de los representantes de los trabajadores en materia de derechos digitales en la NLOPD:

- - **diseño unilateral de la política digital por parte del empresario** (dispositivos, videocámaras, geolocalización), **modulado por los derechos de información y consulta con diversa intensidad**, según el caso.
- información: en el caso de videovigilancia (art.89.1 NLOPD) y la geolocalización (art.90.2 NLOPD).
- audiencia: en el caso del derecho a la desconexión digital (88.3 NLOPD).
- consulta: en el caso de uso de dispositivos digitales (art.87.3 NLOPD).

Posibilidad de mejora por convenio colectivo de lo decidido por la empresa (art.91 NLOPD). La NLOPD y el RGPD son respecto de la negociación colectiva derecho mínimo mejorable. No puede por vía de Convenio o Acuerdo de empresa introducir más límites ni ampliar los controles a supuestos distintos de los legalmente previstos. Ej. Control de productividad, de satisfacción de cliente, etc.

NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Desde el ángulo contrario, el del empleador, puede concluirse que **el poder de vigilancia y control viene limitado de menos a más:**

- en la **videovigilancia y la geolocalización**, que exige una mera información.
- en la **desconexión digital**, que exige la audiencia previa.
- en el **uso de dispositivos digitales** , que exige consulta.



6- LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS DIGITALES

LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DIGITALES

GARANTÍAS FRENTE A LOS PODERES PRIVADOS

CONTRACTUALES

- Nulidad de los actos

- **La problemática de la nulidad del despido (incomunicación vs. Irradiación). No hay doctrina unificada. la prueba ilícita y el despido basado en la misma presenta 3 escenarios posibles:**

- 1) Despido derivado de una única prueba ilícita: nulidad del despido
- 2) Despido con una prueba ilícita y otras en conexión de antijuridicidad con la ilícita: despido nulo
- 3) Despido con una prueba ilícita y otra u otras lícitas: despido procedente o improcedente, según si dichas pruebas llevan a la conclusión de la existencia y justificación de la causa, sin perjuicio de la nulidad de la prueba ilícita y de las consecuencias indemnizatorias correspondientes. Esta es la línea que se sigue en la STEDH 09 enero 2018 Caso López Ribalta c. España.

-Extinción de la relación laboral por voluntad del trabajador/a

LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DIGITALES

GARANTÍAS FRENTE A LOS PODERES PRIVADOS SANCIONADORAS

Derecho sancionador de protección de datos (art.83 y 84 RGPD ; y Título X NLOPD -arts.70-78),

El art.72 NLOPD tipifica las infracciones muy graves, el art.73 NLOPD las graves y el art.74 las leves

LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DIGITALES

GARANTÍAS FRENTE A LOS PODERES PRIVADOS

Derecho sancionador laboral

- En materia de relaciones laborales:
- - Art.7.7. **Transgresión de los derechos de información**, audiencia y consulta de los RLT y los delegados sindicales; en relación con los arts. 87-91 NLOPD
- - Art.8.11. Los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la **intimidad y consideración debida a la dignidad** de los trabajadores
- En materia de prevención de riesgos:
- El riesgo laboral, reconocido por específicamente en la NLOPD, como "fatiga informática", y profundamente relacionado con el derecho a la desconexión digital (art. 88 NLOPD), deberá tenerse en cuenta en orden a las infracciones de la normativa de prevención.
- -art. 12. 4. No **registrar y archivar los datos obtenidos en las evaluaciones**, controles, reconocimientos, investigaciones o informes a que se refieren los artículos 16, 22 y 23 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.
- -art.12.8 8. El **incumplimiento de las obligaciones en materia de formación e información suficiente y adecuada** a los trabajadores acerca de los riesgos del puesto de trabajo susceptibles de provocar daños para la seguridad y salud y sobre las medidas preventivas aplicables, salvo que se trate de infracción muy grave conforme al artículo siguiente.
- -art.12.11 11. El **incumplimiento de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores** reconocidos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DIGITALES

GARANTÍAS FRENTE A LOS PODERES PRIVADOS

DERECHO PENAL

- art.197 CP, que castiga en su apartado primero al que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepto sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen , o de cualquier otra señal de comunicación
- En su apartado segundo, el precepto castiga al quien, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. También castiga a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DIGITALES

GARANTÍAS FRENTE A LOS PODERES PUBLICOS

JURISDICCIONALES

El amparo ordinario (procedimiento preferente y sumario), previsto en el art.53.2 CE, arts.177 a 184 LRJS: protege todos los derechos digitales fundamentales de las personas trabajadoras digitales, que hemos identificado:

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

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

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

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

Si bien es cierto, como ya hemos apuntado, que el derecho a la desconexión digital no está contemplado en norma que tenga la naturaleza de ley orgánica, el mismo, en tanto que regulación legal (art.53.1 CE) de la forma y modo de ejercitar el derecho de la intimidad y la privacidad en relación con el tiempo de trabajo, constituye garantía de un DF susceptible de amparo ordinario y constitucional (art.53.2, art.177 y ss LRJS).

LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DIGITALES

GARANTÍAS FRENTE A LOS PODERES PUBLICOS

INSTITUCIONALES

LAS AGENCIAS DE PROTECCIÓN DE DATOS

FIN

GRACIAS POR VUESTRA ATENCIÓN

CARLOS HUGO PRECIADO DOMÉNECH

TEORÍA GENERAL DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES
EN EL CONTRATO DE TRABAJO

Prólogo
MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE

SERIE
DERECHOS FUNDAMENTALES
Y LIBERTADES PÚBLICAS

INCLUYE LIBRO
ELECTRÓNICO
**THOMSON REUTERS
PROVIEW™**

THOMSON REUTERS
ARANZADI