



## CIRCULAR LABORAL 2/2019

8 de enero de 2019

### **LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES: SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL.**

---

En nuestra Circular Laboral 19/2018, del pasado 10 de diciembre, remitíamos unas notas de urgencia en las que destacábamos los principales aspectos laborales de la novedosa Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales, la cual entró en vigor el día 7 de aquel mes. Ahora, con calma, analizamos más en detalle aquéllos y con especificamente las previsiones contenidas en el art. 87 de la citada norma – derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral. -

*(Dado su interés la presente Circular ha sido publicada en DIARIO LA LEY, nº 9332, sección documento on-line, de fecha 8 de enero de 2019. Editorial WOLTERS KLUWER.)*

---

#### **I.- INTRODUCCIÓN.**

1.- El 23.10.2018 el Congreso de los Diputados remitió al Senado el texto, aprobado por el Pleno, del Proyecto de dicha Ley Orgánica. El Senado no introdujo enmiendas ni propuestas de veto al texto por lo que, una vez devuelto al Congreso, fue publicado en el BOE del 6 de diciembre entrando en vigor al día siguiente. Esta Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, sustituye a la hasta ese momento vigente, 15/1999, de 13 de diciembre, y a su Reglamento de desarrollo -Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre-, normativa que tuvo que ser modificada por el Real Decreto-Ley 5/2018, de 27 de julio, para adaptarla al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016.

2.- La Ley de referencia se aplica, naturalmente, en todos los órdenes y ámbitos tanto jurídicos como sociales, en su más amplio sentido. Nos centraremos en estas notas exclusivamente en el ámbito laboral.

## **II.- ALCANCE DE SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL.**

1.- Se concreta y proyecta en los artículos 87 a 91 de dicha Ley Orgánica con el siguiente contenido:

- *“Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral” (art. 87).*
- *“Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral” (art. 88).*
- *“Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo” (art. 89).*
- *“Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral” (art. 90).*
- *“Derechos digitales en la negociación colectiva” (art. 91).*

2.- Vinculado a ello, la Disposición Final 13ª de la Ley Orgánica 3/2018 añade un nuevo artículo -el 20 bis- al Estatuto de los Trabajadores (ET) - *“Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión”*- en el que se recogen los derechos contenidos en los citados artículos 87 a 91.

3.- El objeto específico de esta exposición es el estudio del contenido del artículo 87, limitándonos, pues, a éste.

## **III.- RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS TRABAJADORES EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.**

1.- En base al contenido del art. 18 de la Constitución Española (CE) que reconoce como derecho fundamental individual la intimidad personal y la propia imagen, el ET ya estableció originariamente sus propias normas relativas a este derecho. Así, su art. 18 al permitir que la empresa pueda realizar registros sobre la persona del trabajador y sus efectos, establece que *“en su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador”*. Por su parte, el art. 20, en su número 3, indica que *“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”*.

2.- Lo que ha ocurrido es que, por una parte, el reconocimiento genérico de tal derecho en el ET y por otra, la inexistencia de una casuística concreta en la hasta ese momento vigente Ley Orgánica obligó a los Tribunales sociales a resolver caso por caso los innumerables supuestos concretos que han venido planteándose de forma continua. Sin embargo, con criterios judiciales muy dispares por dos motivos: uno, la diversidad de órganos judiciales; otro, la continua aparición de nuevos medios e instrumentos digitales. Ello hasta la intervención del Tribunal Supremo (TS) en unificación de doctrina y del propio Tribunal Constitucional (TC) estableciendo su doctrina. Es por ello por lo que la jurisprudencia se ha adelantado a la norma en la resolución de las cuestiones relativas a la protección de datos en el ámbito laboral. Jurisprudencia nacional, que, a su vez, ha debido adaptarse a la dictada por los Tribunales de la UE, de modo particular, por la naturaleza de la materia, la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -la última, de especial importancia, de fecha 5 de septiembre de 2017-.

3.- Podríamos citar numerosísimas sentencias de esos Altos Tribunales que harían excesivamente larga esta exposición y se apartarían de su objeto y finalidad concreta que indicábamos en su inicio. Es por ello por lo que, a efectos de seguir esa línea expositiva, vamos a transcribir textos de dos sentencias del TS que resumen la doctrina de este Tribunal sobre la cuestión que nos ocupa y que han inspirado la redacción del art. 87 de la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales. Son las de fechas 8 de marzo de 2011 y 6 de octubre del mismo año, cuya doctrina se mantiene vigente, y que señalan, combinándolos, por una parte, el derecho de los trabajadores a su intimidad en el uso de instrumentos y dispositivos digitales proporcionados por la empresa para la realización de sus tareas y labores. Por otra parte, el derecho de la empresa a controlar la utilización de tales medios:

- La de 8 de marzo determina que *“las medidas de control sobre los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores se encuentran, en principio, dentro del ámbito normal de esos poderes contractuales: el ordenador es un instrumento de producción del que es titular el empresario y éste tiene, por tanto, facultades de control de la utilización, que incluye lógicamente su examen. El control del uso del ordenador facilitado al trabajador por el empresario se regula por el art. 20.3 ET y a este precepto hay que estar con ciertas matizaciones. Refiriéndose la primera de ellas a los límites de ese control y en esta materia el precepto citado remite a un ejercicio de las facultades de vigilancia y control que guarde, en su adopción y aplicación, la consideración debida a la dignidad del trabajador, lo que también remite al respeto a la intimidad”*.
- La de fecha 6 de octubre, indica, por su parte, que *“la cuestión clave -admitida la facultad de control del empresario y la licitud de una prohibición absoluta de los usos personales- consiste en determinar si existe o no un derecho del trabajador a que se respete su intimidad cuando, en contra de la prohibición del empresario o con una advertencia expresa o implícita de control, utiliza el ordenador para fines personales*.

*La respuesta parece clara: si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales, no habrá tampoco derecho para hacerlo en unas condiciones que impongan un respeto a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, porque, al no existir una situación de tolerancia del uso personal, tampoco existe ya una expectativa razonable de intimidad y porque, si el uso personal es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo”.*

#### **IV.- DERECHO A LA INTIMIDAD Y USO DE DISPOSITIVOS DIGITALES EN EL ÁMBITO LABORAL, EN EL PROYECTO DE LEY ACTUALMENTE EN TRÁMITE.**

1.- El título de este apartado IV es idéntico al del art. 87 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre. Estudiaremos su contenido, alcance y efectos, recordando que ese contenido tiene su precedente en la jurisprudencia del TS y del TC a la que antes nos hemos referido ampliamente.

2.- Dicho precepto reconoce, genéricamente que **“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 el empleador”**. Al respecto, dos puntualizaciones:

- El término utilizado -“*dispositivos digitales*”- es lo suficiente amplio como para entender incluidos en el mismo tanto los actuales en uso -ordenadores; teléfonos móviles con sus diversos contenidos digitales; etc...- como los similares futuros, sin excepción.
- Este art. 87 no se refiere a los dispositivos de videovigilancia, grabación de sonidos y sistemas de geolocalización que tienen su propio tratamiento y regulación, también en el ámbito laboral, en los artículos 89 y 90, respectivamente, de la propia Ley Orgánica.

3.- Correlativamente a este derecho -constitucional- del trabajador, el número 2 del mismo artículo reconoce que **“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 y de garantizar la integridad de dichos objetivos”**. Declaración en la línea de lo establecido en los arts. 20, nº 3 y 18 del ET y en la interpretación que de estos preceptos realiza la jurisprudencia. Obsérvese la redacción tan genérica de este párrafo -“*acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales*”- para dar cabida a instrumentos y medios futuros.

4.- De especial importancia es el redactado del número 3 de este art. 87 de la nueva Ley Orgánica al establecer los requisitos para que las empresas puedan hacer uso del control de esos medios que le reconoce el número 2 precedente: **“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”.***

En relación al texto transcrito, los siguientes comentarios:

- A.-** En términos generales, para acceder a esos contenidos es necesario que las empresas establezcan el previo y necesario “*protocolo*” de uso de los dispositivos digitales utilizados por sus trabajadores.
- B.-** En tales “*protocolos*” se ha de especificar claramente si se permite ese uso para fines particulares y privados o si, por el contrario, se prohíbe para cualquier utilización que no esté relacionada de forma directa con las tareas y labores a realizar por el trabajador.
- C.-** Se determina que en la elaboración de esos protocolos “*deberá participar*” la representación legal del personal de la empresa -comité de empresa o delegados de personal-. Respecto a esto, las siguientes puntualizaciones:
  - a)** La participación de estos representantes legales no se deriva del texto de la Ley Orgánica que estamos comentando sino del propio contenido del ET cuyo artículo 64, número 1, reconoce el derecho de esa representación a ser informada y consultada “*sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores*”.
  - b)** La posibilidad de controlar el trabajo está reconocida legalmente como una facultad de la dirección de la empresa que no puede ser limitada, cuando su realización está dentro de los límites legales establecidos, por esa representación social. Al respecto, si ésta entendiere que el “*protocolo*” establecido excede esos límites no siendo, por ello, lícito, la vía es la impugnación del mismo ante la jurisdicción social.
  - c)** La “*participación*” de la representación de los trabajadores en esta materia queda adscrita entre los derechos de “*consulta*” reconocidos en el citado artículo 64 del ET, incluyendo, en su caso, el correspondiente informe, no vinculante respecto a la decisión final, facultad de la dirección empresarial, sin perjuicio de impugnarla judicialmente.

**d)** Si en el “*protocolo*” de uso se autoriza la utilización particular de estos dispositivos, debe especificarse cuándo puede acceder a los mismos la empresa para su control a fin de garantizar la intimidad de los trabajadores.

**e)** En cualquier caso, de la totalidad del contenido del “*protocolo*”, los trabajadores han de tener perfecto conocimiento. Y la empresa poder acreditar fehacientemente que lo tienen.

**D.-** A la vista de la nueva normativa resulta necesario revisar el contenido de los actuales “*protocolos*” de utilización de los dispositivos digitales para adaptarlos a la misma.

---

*Departamento Laboral y de Seguridad Social  
Persona de contacto: Eduardo Ortega Figueiral  
Email: ortegaf@ortega-condomines.com*