

Actas

Carolina San Martín Mazzucconi y María Regina Redinha

III Encuentro Internacional sobre Transformaciones del Derecho del Trabajo Ibérico

ISBN 978-84-697-0418-9

DERECHOS FUNDAMENTALES Y TECNOLOGÍAS INNOVADORAS

Actas del III Encuentro Internacional sobre Transformaciones del Derecho del Trabajo Ibérico

Dirección: *Carolina San Martín Mazzucconi (Universidad Rey Juan Carlos)*
Co-dirección: *Maria Regina Redinha (Universidade do Porto)*

Madrid, 2017

SUMARIO

I. GENERALIZACIÓN TECNOLÓGICA: EFECTOS SOBRE LAS CONDICIONES DE TRABAJO Y EMPLEO (Carolina San Martín Mazzucconi).....	4
II. PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR Y TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LA COMUNICACIÓN EN EL CONTRATO DE TRABAJO (Maria Regina Redinha).....	12
III. CAMBIOS TECNOLÓGICOS Y TIEMPO DE TRABAJO (Pilar Charro Baena)	20
IV. CAMBIOS TECNOLÓGICOS Y TIEMPO DE TRABAJO (Francisco Liberal Fernandes)	28
V. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y TRABAJO DECENTE (Pablo Benlloch Sanz)	35
VI. IMPLICACIONES LABORALES DEL NUEVO REGLAMENTO COMUNITARIO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES (REGLAMENTO UE 2016/679, DE 28 DE ABRIL) (Joaquín García Murcia)	41
VII. GEOLOCALIZACIÓN Y CONTROL BIOMÉTRICO (Ana de la Puebla Pinilla)	44
VIII. VIDEOVIGILANCIA EN EL TRABAJO: EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL (Ana Isabel Pérez Campos)	51
IX. INSTRUMENTOS TECNOLÓGICOS Y RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO (Juan Pablo Maldonado Montoya)	59
X. DERECHOS FUNDAMENTALES Y TECNOLOGÍAS INNOVADORAS: SENTENCIAS PORTUGUESAS (David Carvalho Martins)	68
XI. RECAPITULACIÓN CONCLUSIVA DEL ENCUENTRO (Jaime Benlloch Charro)	80

I. GENERALIZACIÓN TECNOLÓGICA: EFECTOS SOBRE LAS CONDICIONES DE TRABAJO Y EMPLEO

Carolina San Martín Mazzucconi
Universidad Rey Juan Carlos

Como lógica consecuencia de la acentuación de la competitividad empresarial propia de una economía globalizada, las organizaciones productivas se afanan por incorporar a sus estructuras todo aquello que facilita y mejora su producción, lo que desde luego pasa en buena medida por la implementación permanente de los adelantos tecnológicos.

Entre los múltiples y variados efectos que la implantación de tecnologías innovadoras produce sobre las condiciones de trabajo y empleo, en un esfuerzo sintetizador podrían citarse, como principales, los siguientes:

Crece considerablemente la demanda de trabajadores cualificados en el sector tecnológico, tanto en los ámbitos económicos relacionados directamente con las tecnologías como en los sectores más tradicionales, que también experimentan un cambio profundo en el contexto de la sociedad de la información. El mercado laboral debe adaptarse permanentemente para evitar que exista una escasez de mano de obra cualificada en tecnologías de la información y las comunicaciones, que a su vez evolucionan de modo constante.

Por otro lado, la utilización de las herramientas tecnológicas como instrumento de trabajo permite producir más en menos tiempo, lo que sin duda redundará en un aumento de la productividad, si bien implica, simultáneamente, la destrucción de puestos de trabajo de perfil clásico. Pero esta destrucción de cierto tipo de empleo se ve acompañada de la creación de otro, y parece ser que el ritmo de esta última es tal que desmiente la teoría sobre destrucción masiva de empleo a raíz de la generalización de la innovación tecnológica¹.

Ahora bien, lo que está claro es que, incluso aunque el futuro planteara un escenario poco alentador en materia de empleo y condiciones de trabajo, la actitud a adoptar no puede ser la de resistencia al cambio, pues se trataría de una “guerra perdida”². Por ello, en vez de buscar fórmulas numantinas deberían concentrarse los esfuerzos individuales y colectivos en el reciclaje de capacidades para estar en condiciones de responder a las nuevas propuestas laborales. En una economía cada vez más orientada hacia el

¹ “La evolución tecnológica en el empleo se remonta a cerca de dos siglos, y mirando los hechos, se llega a una conclusión alentadora: la tecnología, a pesar de los trastornos inevitables que provoca, en el largo plazo ha creado más empleos de los que ha destruido, y ha incrementado los niveles de vida” (RYDER, G.: *La iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo*, Memoria del Director General, Conferencia Internacional del Trabajo, 104ª reunión, 2015, Informe I). Ya lo indicaba así CAVAS MARTÍNEZ, F., al constatar que las economías más avanzadas en cuanto a tecnología, como Estados Unidos y Japón, fueron precisamente las que crearon más puestos de trabajo durante los años 80 y 90 (“Reflexiones sobre el trabajo y su papel en la actual sociedad de la información”, *Aranzadi Social* núm. 10, 2004).

² RYDER, G.: *La iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo*, Memoria del Director General, Conferencia Internacional del Trabajo, 104ª reunión, 2015, Informe I.

conocimiento, es tan ingenuo como inútil pretender que el modelo generalizado de trabajo y el perfil de quien lo presta siga siendo el mismo.

Conviene recordar que ya nos hemos enfrentado antes a un reto de estas características; no en vano se dice que estamos asistiendo a la “Cuarta Revolución Industrial”³, al margen de que podamos debatir si esta es más intensa o no que sus predecesoras. Lo cierto es que no es ajena a la historia del Derecho del Trabajo una primera reacción de oposición a los avances tecnológicos: Piénsese en el sistema gremial de la edad moderna, cuya decadencia fue provocada en parte por la oposición a las innovaciones técnicas, “destruyéndose los inventos que amenazan competir ventajosamente con los viejos procedimientos artesanales”⁴. Por su parte, la OIT nos recuerda que en el siglo XIX la introducción masiva de máquinas textiles originó el movimiento ludista, y que a inicios de los años treinta John Maynard Keynes denominó “desempleo tecnológico” al “causado por los medios descubiertos para ahorrar mano de obra que ocurre mucho antes de que podamos encontrar nuevos usos para la misma”. Sin embargo, se terminó constatando que, “si bien tales innovaciones tecnológicas redujeron los puestos en ciertas áreas, en el largo plazo generaron aumentos en otras”⁵. En los años sesenta y setenta volvió a debatirse sobre el tema, concluyéndose que los efectos laborales y sociales de la automatización y de otros avances tecnológicos fueron “en muchos aspectos mucho menos dramáticos de lo que se temía”⁶. Es más, los datos demuestran que, en general, la tasa de empleo ha aumentado en aproximadamente 10 puntos porcentuales en los últimos 55 años⁷.

Por supuesto, es imposible saber a ciencia cierta si la historia se repetirá o si intervendrá algún factor o circunstancia decisiva que termine dando la razón a las predicciones apocalípticas. Pero lo que sí sabemos es que no tiene sentido resistirse al cambio, de modo que esta primera actitud tecno-pesimista ha de experimentar, mejor pronto que tarde, la correspondiente adaptación hasta encontrar el equilibrio. Ese ha de ser nuestro objetivo.

Por otro lado, más allá de estos grandes interrogantes en materia de empleo que se desenvuelven en el ámbito de lo futurible, a los laboristas ocupa y preocupa desde hace tiempo la incidencia de las innovaciones tecnológicas en los conflictos del día a día del Derecho del Trabajo. En España, puede decirse que aún estamos en una fase de reacción incipiente, pues, aunque se aprecia una importante evolución -sobre todo judicial-, esta es parcial y heterogénea. La rápida progresión tecnológica contrasta con un marco jurídico que sigue anclado en lo clásico. Así, por ejemplo, es nuestra asignatura pendiente la regulación legal del teletrabajo, que nos hemos resistido a acometer y que ahora se complica en virtud del debate sobre el derecho a la

³ SCHWAB, K.: “The Fourth Industrial Revolution”, *Foreign Affairs*, Ginebra, 2015.

⁴ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 37ª ed., Tecnos, 2016, pág. 62.

⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: “Automation and other techno-logical developments”, *The Report of the Director-General: Part 1*, 1957, pág. 29.

⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: “Labour and Social Implications of Automation and Other Technological Developments”, *International Labour Conference 57th Session*, 1972, pág. 4.

⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: “Los cambios tecnológicos y el trabajo en el futuro: Cómo lograr que la tecnología beneficie a todos”, *La iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo*. Nota informativa, 2016.

desconexión digital⁸, que ha venido a impregnar tanto esta forma de prestación de servicios como las instituciones propias de la conciliación de la vida laboral y personal⁹.

Un ámbito en el que los avances tecnológicos propician conflictos de ropaje innovador pero con factura clásica y que, sin embargo, el legislador tampoco se decide a arrostrar, es el de la confrontación de aquéllos con los derechos fundamentales de los trabajadores. La intimidad del trabajador, el secreto de las comunicaciones, la protección de datos personales, incluso la libertad sindical, llevan años midiendo fuerzas con el uso y control laboral de ordenadores, cámaras de videovigilancia, dispositivos de geolocalización, teléfonos móviles, fichajes informáticos, emisores de radiofrecuencia, etc.

El silencio legal es, hasta cierto punto, comprensible, pues no es fácil dar respuesta a conflictos vinculados a herramientas tecnológicas en permanente evolución. Por poner un ejemplo de hasta qué punto un marco legal rígido puede resultar ineficaz, cabe citar el caso, relatado por la prensa, de la empresa belga que ofrece a sus empleados implantarles un microchip subcutáneo de identificación por radiofrecuencia, que les permite abrir puertas o acceder al ordenador¹⁰.

En definitiva, pues, la solución legal debería ser tan dinámica como lo son las tecnologías cuyo uso pretende regular, y ello es difícil de conseguir a través de disposiciones normativas con vocación de permanencia. Dicho dinamismo sí concurre con mayor facilidad en la negociación colectiva, que se alza así como cauce idóneo para proporcionar soluciones eficientes a este tipo de problemas; sin embargo, tras muchos años reclamando su intervención, está claro que, con carácter general, no termina de aceptar el envite.

La ausencia de un marco legal suficiente determina que sean los Tribunales, nacionales y supranacionales, los que estén dando respuesta a estos conflictos laborales derivados del uso de las tecnologías innovadoras en las empresas. Como ejemplos concretos de ello pueden citarse los pronunciamientos que admiten la validez de los recibos de salario en formato digital¹¹, los que propician que la información sindical pueda distribuirse por las vías de comunicación informática de que dispone la empresa¹², o, en fin, los que aplican a cada caso la clásica doctrina constitucional sobre la proporcionalidad que ha de guardar toda medida restrictiva de derechos fundamentales, exigiéndose que cualquier injerencia empresarial en la intimidad o comunicaciones del trabajador revista carácter idóneo, necesario, equilibrado y justificado.¹³

⁸ Al respecto véase ALEMÁN PÁEZ, F.: “El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi Travail n.º 2016-1088”, *Trabajo y Derecho*, junio 2016.

⁹ Incluso se habla del “smart-working”, como una evolución del teletrabajo basada en la movilidad y flexibilidad horaria, el trabajo por objetivos y el uso masivo de las nuevas tecnologías (“Smart worker”, el profesional que revoluciona el trabajo”, *Expansión*, 24 de febrero de 2017).

¹⁰ EFE 18 de febrero de 2017.

¹¹ STS 1 de diciembre de 2016 (RCUD 3690/2014).

¹² STC 281/2005 de 7 de noviembre. Un comentario de este pronunciamiento puede verse en SEMPERE NAVARRO, A.V., SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “El uso sindical del correo electrónico a la luz de la STC 281/2005, de 7 de noviembre”, *Aranzadi Social* núm. 17, 2005, págs. 9 a 19.

¹³ Un análisis de esta doctrina constitucional puede verse en SEMPERE NAVARRO, A.V., SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Aranzadi, 2002.

Pero el problema es que, con carácter general, no parece haberse encontrado el necesario equilibrio, la respuesta normalizadora, que integre con la máxima naturalidad posible el uso de las tecnologías en el día a día de la gestión laboral. Al contrario, se aprecia un importante vaivén desde una inicial visión sumamente restrictiva de cualquier medida empresarial que supusiera injerencia en el ámbito de los derechos fundamentales de los trabajadores, a justo el extremo opuesto, que es donde hoy nos encontramos. Así, en la intención de dar más espacio a las herramientas tecnológicas, nos hallamos judicialmente posicionados en una óptica de cierta banalización de los derechos fundamentales en favor de los poderes empresariales, y eso, aunque pudiera parecer lo contrario, tampoco contribuye a normalizar el fenómeno.

Por poner algunos ejemplos: tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional indican que si el trabajador sabe que está prohibido el uso personal del ordenador proporcionado por la empresa, eso determina la automática neutralización de cualquier expectativa de intimidad o de secreto de las comunicaciones que pudiera albergar en su uso, dando entrada a registros empresariales sin riesgo de vulnerar estos derechos¹⁴. En resumen: no se viola un derecho si previamente se ha prohibido su ejercicio. Estas son las pautas con las que nos movemos actualmente en el ámbito laboral, aunque no impiden plantearse alguna duda sobre si tal prohibición no ataca por sí misma el contenido esencial de los derechos, o si aquélla es suficiente como para impedir que estos desplieguen ningún efecto de modo absoluto. Desde luego, la Sala de lo Penal del propio Tribunal Supremo sí se lo cuestiona, pues aclara que, al margen de lo que ocurra en la Jurisdicción Social, “el texto constitucional es claro y tajante cuando afirma categóricamente que ‘Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial’. No contempla, por tanto, ninguna posibilidad ni supuesto, ni acerca de la titularidad de la herramienta comunicativa (ordenador, teléfono, etc. propiedad de tercero ajeno al comunicante), ni del carácter del tiempo que en el que se utiliza (jornada laboral) ni, tan siquiera, de la naturaleza del cauce empleado (“correo corporativo”), para excepcionar la necesaria e imprescindible reserva jurisdiccional en la autorización de la injerencia”.¹⁵

Por otro lado, el derecho fundamental a la protección de datos personales está experimentando su particular camino hacia la banalización. Como es sabido, se encuentra desarrollado por Ley Orgánica 15/1999, que exige, para el tratamiento de datos en el ámbito laboral y según los casos, bien el consentimiento inequívoco del afectado, bien que se le suministre información previa y precisa sobre el mismo y su finalidad. Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional mantuvo una primera doctrina de blindaje del derecho hasta el punto de convertirlo en absoluto, negando su posible modulación en función del poder de dirección empresarial¹⁶. El carácter

¹⁴ STS 26 de septiembre de 2007 (RCUD 966/2006), STS 8 de marzo de 2011 (RCUD 1826/2010), STS 6 de octubre de 2011 (RCUD 4053/2010), STC 241/2012, STC 170/2013, de 7 de octubre. Véase SEMPERE NAVARRO, A.V., SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “¿Puede la empresa controlar el ordenador usado por su trabajador? Comentario a la STS 26 de septiembre de 2007, Recurso 966/2006 (JUR 2007, 306130)”, *Repertorio de Jurisprudencia* núm. 21, 2007; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “El control empresarial de los ordenadores: estado de la cuestión en España”, *Para Jorge Leite. Escritos jurídico-laborais (vol. I)*, (J. Reis, L. Amado, L. Fernandes, R. Redinha, Coords.), Coimbra Editora, 2014.

¹⁵ STS de 16 de junio de 2014 (RC 2229/2013).

¹⁶ STC 29/2013, de 7 de octubre. Puede verse un análisis de este pronunciamiento en SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Las TICs en el ámbito laboral*, Francis Lefebvre, 2015. Sobre el tema, más ampliamente, véase SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores: criterios de la Agencia Española de Protección de

extremo de semejante interpretación -que fue asumida, como no podía ser de otro modo, por el Tribunal Supremo¹⁷- dio paso a la diametralmente opuesta, tan extrema como la primera: ya no hace falta el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de sus datos personales; ni siquiera es preciso informarle sobre el mismo, pues sólo se vulnera el derecho si la medida empresarial no es idónea, necesaria, equilibrada y justificada¹⁸. En la misma línea acaba de pronunciarse el Tribunal Supremo¹⁹, aunque no se sabe cómo compatibilizará esta última visión tan permisiva del tratamiento de datos personales con su afirmación de que hay una vulneración del derecho cuando se plasma en el contrato el compromiso del trabajador de suministrar su número de móvil o dirección de correo electrónico para comunicaciones laborales²⁰.

En cuanto al derecho de huelga, el Tribunal Constitucional ha admitido la licitud de sustituir a trabajadores huelguistas valiéndose de medios técnicos o automáticos previamente presentes en la empresa, sin perjuicio de que su uso sea extraordinario²¹. En una primera aproximación podría pensarse que el Tribunal opta por una visión normalizadora del recurso a las herramientas tecnológicas, pero ello no es así realmente, pues uno de los argumentos utilizados es que la prohibición de sustitución de huelguistas que contiene el Decreto-Ley 17/1977 alude sólo a la que se vale de recursos humanos. Por tanto, el Tribunal aplica una interpretación estrictamente literal -no finalista ni acompasada al signo de los tiempos- que le permite entender que la sustitución mediante máquinas queda fuera de la conducta proscrita.

Ahora bien, si miramos fuera de nuestras fronteras, el panorama es algo más complejo. Inicialmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también dibujaba un escenario que pasaba por admitir intromisiones en el secreto de las comunicaciones y en la intimidad de los trabajadores en aras de una pretendida normalización tecnológica en el ámbito laboral. En concreto así se reflejaba en la Sentencia de 12 de enero de 2016 (caso *Barbulescu v. Rumanía*), relativa a un despido tras la monitorización de cuentas de mensajería instantánea. El argumento era que, dado que se había prohibido el uso personal de los medios facilitados por la empresa y se había comunicado expresamente el posible control de los mismos, había quedado neutralizada la expectativa de intimidad.

Sin embargo, el caso *Barbulescu* ha sido revisado por la Gran Sala del Tribunal Europeo, dando lugar a una nueva sentencia, de 5 de septiembre de 2017, en la que, contrariamente a lo que se había mantenido en el primer pronunciamiento, se concluye que la medida empresarial vulneró el derecho a la privacidad del trabajador.

En este importante pronunciamiento el Tribunal Europeo de Derechos Humanos manifiesta que, en orden a evitar tal vulneración, la injerencia empresarial debe guardar proporcionalidad, para lo que hay que tener en cuenta los siguientes factores:

Datos”, *Tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones de trabajo: nuevas dimensiones del conflicto jurídico* (C. San Martín Mazzucconi, Dir.), EOLAS, 2014.

¹⁷ STS de 13 de mayo de 2014 (RCUD 1685/2013).

¹⁸ STC 39/2016, de 3 de marzo.

¹⁹ STS de 7 de julio de 2016 (RCUD 3233/2014), STS de 31 de enero de 2017 (RCUD 3331/2016).

²⁰ STS de 21 de septiembre de 2015 (RC 259/2014).

²¹ STC 17/2017, de 2 de febrero.

- Información: se debe haber notificado al empleado la posibilidad de que el empleador monitorice sus comunicaciones, así como la implementación de medidas en tal sentido. La notificación ha de ser previa, y clara en cuanto a la naturaleza del control.
- Intensidad del control: a la hora de ponderar la proporcionalidad de la medida, debe distinguirse según que la monitorización afecte sólo al flujo de comunicaciones o se entre en su contenido. También interesará saber si el control se despliega sobre todo o parte de las comunicaciones, en qué tiempo y espacio y cuántas personas acceden a los resultados de la monitorización.
- Justificación: el empleador ha de proporcionar razones legítimas para justificar el control. Y si se entra en los contenidos hará falta una justificación de mayor peso.
- Necesidad: no ha de haber sido posible establecer un sistema de control igualmente eficaz pero menos intrusivo.
- Idoneidad: la medida debe ser idónea para conseguir la finalidad declarada por el empleador.
- Límites: han de establecerse mecanismos que garanticen que el empleador no puede acceder al contenido de las comunicaciones si el empleado no ha sido previamente informado de esa posibilidad.

En definitiva, pues, parece que el Tribunal Europeo nos devuelve a la clásica doctrina constitucional de la proporcionalidad de las injerencias empresariales, admitiendo los controles siempre que, mediante un análisis necesariamente casuístico, se observen idóneos, necesarios, justificados, ponderados y estén adecuadamente informados. La cuestión es de qué modo nuestros Tribunales reaccionarán ante este cambio de criterio tan significativo.

Tras este breve repaso sobre el estado de la cuestión, tanto desde la perspectiva del Derecho del Empleo como del Derecho del Trabajo en su sentido más estricto, cabe hacer la siguiente reflexión conclusiva: El discurso de las innovaciones tecnológicas y sus incidencias laborales puede hacerse con un carácter apocalíptico o bien desde una óptica positiva. Siendo esto cierto, también lo es que la visión positiva pasa en buena medida por cierta dosis de realismo, de asumir que estamos ante procesos imparables que no tienen vuelta atrás, y en los que el reto es saber adaptarse no sólo para sobrellevar sus efectos sino para sacarles el mayor partido posible en términos de empleo y condiciones laborales.

Al Derecho del Trabajo se le presenta la oportunidad de asumir el signo de los nuevos tiempos, revisar los parámetros de protección laboral y adoptar los cambios necesarios para que ésta siga siendo efectiva. Pero en absoluto se debe pensar que basta con medidas de política pasiva, como a veces parece sugerirse cuando se alude al establecimiento de una renta básica universal que compense la reducción de puestos de trabajo tradicionales, o a un sistema impositivo específico por la utilización de robots en las empresas. Estas ideas, que inicialmente barajó el Parlamento Europeo²² pero que al final descartó, no convendría, en caso de implantarse, que fueran solas: se han de acompañar de la necesaria capacitación en competencias digitales, que es por lo que sí apuesta el Parlamento Europeo²³. En mi opinión, esa es la verdadera clave; las medidas

²² PARLAMENTO EUROPEO: *Proyecto de Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica*, 31 de mayo de 2016.

²³ PARLAMENTO EUROPEO: *Resolución con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica*, 16 de febrero de 2017.

pasivas, si finalmente se adoptan, deberían ser meramente complementarias y, desde luego, transitorias.

Hay que aceptar que la globalización de la economía y el desarrollo tecnológico han cambiado radicalmente la concepción del trabajo. El empleo es ahora un concepto más volátil y requiere mayores competencias, así como una mayor flexibilidad. Desde hace años que se viene advirtiendo que el aprendizaje permanente (posibilidad de adaptación), la movilidad y una alta cualificación constituyen las mayores ventajas en el mercado laboral²⁴, y a medida que pasa el tiempo se acentúa el valor protagónico de estos factores.

Por otro lado, es preciso ofrecer un marco jurídico adecuado para que los avances tecnológicos no se constituyan ni se conciban como una afrenta a los derechos laborales. Desde luego, son necesarios los límites para evitar abusos amparados en las posibilidades técnicas²⁵, pero esos límites no han de ser de tal calado que, en realidad, supongan impedir el avance mismo.

En definitiva, han de redefinirse y reajustarse las conquistas sociales en función de unas coordenadas bastante más dinámicas y complejas que las que tradicionalmente han acompañado al ordenamiento laboral. Y en este escenario debe tomar la iniciativa, sobre todo, la negociación colectiva, sin perjuicio de que el legislador ofrezca un marco muy general, más que nada de plasmación en abstracto de la doctrina clásica del Tribunal Constitucional sobre el alcance de los derechos fundamentales en la relación laboral²⁶.

En este sentido, son bienvenidas las reflexiones sobre la necesaria reconversión de la acción sindical en orden a gestionar el cambio de la organización del trabajo; impulsar la adquisición de mayores competencias; controlar el uso de datos para evaluar el comportamiento y el rendimiento; analizar los efectos sobre la jornada laboral y el lugar del trabajo, teniendo en cuenta sus consecuencias sobre la vida privada²⁷.

La responsabilidad social empresarial es, también, una herramienta a considerar, sobre todo en materia de desconexión digital como vía para la conciliación de la vida laboral y personal, en la inteligencia de que si se exige desconexión laboral fuera de la jornada es posible que la contrapartida sea la desconexión personal durante la misma: nuevamente, la virtud estará en el equilibrio, en el uso razonable y moderado de todo aquello que nos ayuda a comunicarnos más eficazmente en todos los ámbitos, también en el laboral.

²⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V., CANO GALÁN, Y., CHARRO BAENA, P., SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *Políticas Sociolaborales*, 3ª ed., Tecnos, 2005.

²⁵ Por ejemplo, desde luego parece excesiva la situación que describe el *MIT Technology Review* de 21 de febrero de 2017 (“Las oficinas 2.0 espían a los trabajadores para aumentar su rendimiento”), según el cual en Estados Unidos “varias compañías han instalado sensores para medir cuánto, cuándo y con quién hablan sus empleados y qué programas usan”. Estos sensores, instalados en sistemas de iluminación, en paredes y debajo de mesas, “miden el movimiento, el sonido y la ubicación, entre otras cosas, lo que permite que la empresa sepa lo que realmente hace su plantilla”. Al parecer, “los dispositivos incluso son capaces de medir lo que se conoce como latencia. Se trata del tiempo pasa un individuo sin intercambiar una palabra con nadie y cuando sí se pronuncia esa palabra, dónde y a quién se dirige. Eso podría indicar, por ejemplo, que los empleados generan sus mejores ideas en una zona común concreta, o que pasan demasiado tiempo charlando en la cocina.”

²⁶ Justamente esto último es lo que encontramos, por ejemplo, en la Ley 5/2014, de Seguridad Privada, que alude a la necesidad de que la vigilancia se lleve a cabo respetando los principios de proporcionalidad, idoneidad e intervención mínima.

²⁷ COMISIONES OBRERAS: *Industria 4.0. Una apuesta colectiva*, 2016.

Estamos ante un reto, de los muchos a los que se enfrenta el ordenamiento laboral en este siglo, y la sociedad debe estar a la altura, dejando de lado el catastrofismo para centrarse en el reciclaje. Nosotros, como laboristas, podemos colaborar sugiriendo caminos.

II. PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR Y TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LA COMUNICACIÓN EN EL CONTRATO DE TRABAJO

Maria Regina Redinha

Universidade do Porto

CIJE - Centro de Investigação Jurídico-Económica

La protección del trabajador y tecnologías de la información y de la comunicación en el contrato de trabajo es un tema muy amplio y en Portugal tiene un tratamiento legislativo bastante desarrollado ya que tenemos un Código del Trabajo relativamente reciente (2003)²⁸, que ya prevé diversas incidencias de estas tecnologías en el modo de ejecución de la prestación laboral y en la propia conformación del contrato de trabajo, esto por no hablar de sus reflejos en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Así, centraremos nuestra atención en las dos principales áreas de influencia de la tecnología de la información y de la comunicación en el derecho laboral positivo portugués, tratando, inicialmente, de lo que podemos llamar la tutela del puesto de trabajo digital para luego referirnos al régimen del teletrabajo.

1. La protección dispensada al trabajador ante la creciente digitalización del puesto de trabajo.

Cuando nos referimos al puesto de trabajo digital, tomamos la expresión en su sentido más amplio, es decir, atendiendo a la importancia cualitativa y cuantitativa de las tecnologías de la información y la comunicación para las condiciones de ejecución de la prestación de trabajo. Nos preocupamos, sobre todo, de los efectos que estos particulares instrumentos de trabajo imprimen al puesto de trabajo y, por consiguiente, a las condiciones de trabajo.

En efecto, estas tecnologías no son sólo otro instrumento de trabajo que se suma al largo camino de la evolución técnica del trabajo, pues han transformado las coordenadas de tiempo y lugar del trabajo, al tiempo que han expuesto a los trabajadores a nuevas y diferentes agresiones a su integridad personal y profesional; agresiones para las que el ordenamiento jurídico no disponía de recursos normativos eficaces.

En el Derecho portugués la tutela de la persona del trabajador, a partir del Código del Trabajo de 2003, tiene una estructura multinivel, que se inicia con un extenso catálogo de derechos fundamentales en la Constitución de la República, se extiende al Código Civil y termina en el Código Civil del Trabajo. Estas tres diferentes fuentes normativas se articulan de forma dinámica, en el plano sistemático y material, de modo que la

²⁸ El Código de 2003 fue revisado en 2009 tan profundamente que, en nuestro entendimiento, dio origen a un nuevo Código, cfr. M. REGINA REDINHA, “Código novo ou Código revisto? – A propósito das modalidades do contrato de trabalho”, *Questões Laborais*, ano XVI, 2009, p. 149, ss.

protección particular del trabajador no se confina, en última instancia, al régimen de los derechos de personalidad previsto en el Código del Trabajo.

En realidad, encontramos un conjunto (abierto) de normas dirigidas a la tutela de bienes jurídicos ligados a la persona del trabajador: libertad de expresión y opinión, integridad física moral, intimidad de la vida privada, protección de datos personales, utilización de la biometría, pruebas y exámenes médicos, medios de vigilancia a distancia, confidencialidad de mensajes y acceso a la información. Este bloque normativo encierra la tutela que podemos considerar general, tanto desde el punto de vista funcional, por ser dirigida a todos los tipos de puestos de trabajo, como desde el punto de vista sustantivo, por su papel nuclear en relación a otras formas dispersas o específicas de tutela de los derechos de personalidad del trabajador, como es el caso de la protección contra el acoso.

Por otro lado, esta tutela tiene un ámbito de aplicación subjetivo que amplía el tradicional campo de actuación del Derecho Laboral, al incluir, junto al trabajo dependiente de régimen privado y en funciones públicas, también las denominadas "situaciones equiparadas", es decir, prestaciones de actividad sin subordinación, pero con dependencia económica, como sucede, por ejemplo, con la prestación autónoma de trabajo en el domicilio. Es una extensión de la parasubordinación o de la cobertura de ciertas formas de trabajo autónomo que no deja de revelar la tendencia hacia una redefinición de las fronteras laborales.

En esta tutela general podemos encontrar una tutela orientada hacia los bienes de la personalidad de mayor vulnerabilidad en el puesto de trabajo digital, protegidos en las disposiciones relativas a la protección de datos personales, a los datos biométricos, a los medios de vigilancia a distancia y a la confidencialidad de los mensajes y acceso a la informática. Veamos ahora cada una de ellas, empezando por la protección de datos personales, prevista en el art. 17 del Código²⁹.

El ámbito subjetivo de esta protección abarca a los trabajadores, aquellos que se hallan vinculados por un contrato de trabajo, y a los solicitantes de empleo, es decir todos aquellos que, con el fin de acceder a un empleo, entran en contacto con un potencial

²⁹ Art. 17º del Código del Trabajo, en su actual redacción:

“1. El empleador no puede exigir al candidato a empleo o al trabajador que proporcione información relativa a:

a) a su vida privada, salvo cuando sean estrictamente necesarias y pertinentes para evaluar su aptitud por lo que se refiere a la ejecución del contrato de trabajo y se facilite por escrito su motivación;

b) su salud o estado de embarazo, a menos que los particulares requisitos inherentes a la naturaleza de la actividad profesional lo justifiquen y se proporcione por escrito su motivación.

2. La información prevista en la letra *b)* del apartado anterior se proporciona a un médico, que sólo puede comunicar al empleador si el trabajador está o no apto para desempeñar la actividad.

3. El candidato a empleo o el trabajador que haya proporcionado información de carácter personal goce del derecho al control de sus datos personales, pudiendo conocer su contenido y los fines a que se destinan, así como exigir su rectificación y actualización.

4 - Los archivos y accesos informáticos utilizados por el empleador para el tratamiento de datos personales del solicitante de empleo o trabajador estarán sujetos a la legislación vigente relativa a la protección de datos personales.

5 - Constituye una contra-ordenación muy grave la infracción de las disposiciones de los apartados 1 o 2.”

empleador, o con una agencia de colocación o cualquier tercero que actúe en nombre y por cuenta de aquél con el fin de proceder a la selección y contratación de personal.

En cuanto al ámbito material de aplicación, se comprueba que la tutela se extiende de la protección de datos, en sentido estricto, a la recogida de información personal. Es irrelevante el método o el proceso de recogida de la información o el tratamiento dispensado a los datos.

El principio acogido en esta disposición es el de la prohibición de recogida por el empleador o potencial empleador de información o datos relativos a la vida privada o a la salud o estado de embarazo - letras *a)* y *b)* del apartado 1, respectivamente. El trabajador o el solicitante de empleo ven en virtud de este principio salvaguardada una zona de reserva que el empleador no puede transponer.

La prohibición de recogida de información admite, sin embargo, excepciones dependientes de la verificación de supuestos sustantivos y formales.

Así, la recogida de información relativa a la vida privada del trabajador o candidato a empleo se admite siempre que la información resulte "estrictamente necesaria y pertinente" para ponderar la aptitud del trabajador o del candidato para el desempeño concreto de las funciones requeridas por el puesto de trabajo ocupado o cumplimentado, es decir, sólo pueden exigirse y recogerse en los límites precisos consentidos por los principios de necesidad, proporcionalidad y adecuación. La situación paradigmática será la recogida de información relativa a las cualificaciones y aptitudes personales o profesionales requeridas para el concreto desempeño de la actividad o destinada a asegurar el desempeño en condiciones de higiene y seguridad sea del trabajador, del empleador o de terceros. Es la hipótesis de la indagación acerca de los hábitos de bebida o de diversión de un piloto de líneas aéreas o acerca de las convicciones religiosas de un candidato a empleo en una institución religiosa con intenciones de proselitismo.

La letra *b)* del apartado 1 prevé, a su vez, otra excepción relativa a la información relativa al estado de salud o el embarazo, que, en esencia, no es más que concreción de las excepciones previstas anteriormente. Simplemente, dado el carácter sensible de la información y su potencial como factor discriminatorio, su tratamiento es autónomo.

Desde el punto de vista sustantivo, las informaciones relativas al estado de salud o embarazo sólo pueden ser solicitadas cuando haya también un nexo de necesidad con el concreto desempeño de la actividad profesional. Es la naturaleza y característica de la actividad que dicta la razonabilidad, la necesidad y la medida de la información que debe tomarse. Hay puestos de trabajo insospechados de ser desempeñados por trabajadores con condiciones físicas particulares o menos robustas (*v.g.* trabajos con productos susceptibles de provocar alergias, o que implican determinada complejidad o resistencia física o mental, como será el caso de buceadores o de trabajadores de servicios expuestos a elevado desgaste emocional, equipos de salvamento o intervención social, etc.) y otros que exigen una mayor resistencia, como era tradicionalmente el caso de los estibadores portuarios y de los mineros.

El apartado 2 del artículo restringe, sin embargo, la posibilidad de que la información relativa al estado de salud o el embarazo se efectúe directamente ante el empleador o sus representantes, incluso en las hipótesis en que sea necesario y justificado su conocimiento.

Al médico sólo se permite la revelación del resultado final de la evaluación que haga de la situación clínica o física del trabajador o candidato a empleo, manifestando su juicio de aptitud o incapacidad para el ejercicio de las funciones o actividad. Sin embargo,

dado que se trata de derecho relativamente disponible, mediante autorización escrita del trabajador o candidato, el médico puede aportar elementos adicionales de información al empleador. Se trata de un consentimiento sujeto a forma escrita.

La inobservancia de forma, en la medida en que traduce la preterición de la formalidad *ad substantia*, importa la nulidad del consentimiento y, por consiguiente, hace ilícita la divulgación de la información al empleador y la toma de conocimiento por éste.

La ilicitud origina la responsabilidad civil por el hecho ilícito del médico y del empleador por los daños causados por la violación del derecho de personalidad – art. 483, Código Civil.

Los datos biométricos son los datos recogidos a través de sistemas que se basan en el análisis y medición de datos biológicos en comparación con una muestra digital (plantilla), basados, por hipótesis, en huellas dactilares, de la retina e iris, de la geometría de las manos, voz, etc³⁰.

Los sistemas de autenticación o de reconocimiento biométrico se basan en las características físicas y de comportamiento únicas y distintivas de cada ser humano que pueden ser aprehendidas a través de sensores y representadas bajo un formato numérico que permite un resultado o una decisión automáticos.

El principio general plasmado en el artículo 18³¹ es el de la prohibición del uso de datos biométricos en el lugar de trabajo, ya sea para control de la asistencia laboral o de la prestación, sea para acceso a instalaciones o servicios. Se admite, sin embargo, su excepción si hay necesidad, adecuación y proporcionalidad - apartado 2. De este modo, su utilización se permitirá siempre que prosiga objetivos lícitos, en particular, siempre que se confine dentro de los límites del poder de dirección del empresario, no contienda con la dignidad o la privacidad del trabajador y no imponga una molestia o una exposición excesivas al resultado a alcanzar.

La regularidad del uso de datos biométricos depende de la notificación a la Comisión Nacional de Protección de Datos, debe ser previa a la instalación de sistemas de autenticación o identificación biométrica y acompañada de un dictamen consultivo de la comisión de trabajadores o de prueba de la solicitud de dictamen no emitido en el plazo de diez días (n. 2 e 4).

³⁰ ANIL K. JAIN; ARUN A. ROSS, KARTHIK NANDAKUMAR, *Introduction to Biometrics*, Springer, 2011, p. 2, ss.

³¹ Artículo 18 del Código del Trabajo, en su actual redacción:

“1. El empleador sólo puede tratar datos biométricos del trabajador tras la notificación a la Comisión Nacional de Protección de Datos.

2. El tratamiento de datos biométricos sólo está permitido si los datos que se utilizan son necesarios, adecuados y proporcionados a los objetivos que deben alcanzarse.

3. Los datos biométricos se conservarán durante el período necesario para la consecución de los fines del tratamiento al que se destinan y se destruirán en el momento de la transferencia del trabajador a otro lugar de trabajo o de la terminación del contrato de trabajo.

4 - La notificación a que se refiere el apartado 1 deberá ir acompañada de un dictamen de la comisión de trabajadores o, cuando este no esté disponible 10 días después de la consulta, de la prueba de la solicitud de dictamen.

5 - Constituye contra-ordenación grave la violación de lo dispuesto en el apartado 3”.

La utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en el entorno laboral ha incrementado exponencialmente el riesgo de devastación de la esfera de reserva privada y personal del trabajador al ampliar su exposición al control del empleador y constituye el objeto de dos disposiciones del Código del Trabajo, los arts. 20³² y 21³³.

El apartado 1 del artículo 20 enuncia el principio general: prohibición del empleador de utilizar cualquier medio tecnológico con el fin exclusivo de vigilar, a distancia, el comportamiento del trabajador en el tiempo y lugar de trabajo o el modo de ejercicio de la prestación laboral.

El alcance material de este principio presupone, solamente, la monitorización no presencial del trabajador o de su desempeño por cualquier medio técnico, de naturaleza electrónica o no. Es el caso de la video vigilancia, obviamente, pero también, entre muchos otros, de los sistemas de recogida de sonido en el puesto de trabajo, de los métodos de control electrónico de la prestación de trabajo, a través de *software* que permita registros cuantitativos y descriptivos de las tareas realizadas en el ordenador del trabajador; de los programas que registran el tráfico en Internet; de los sensores de silla que registran el tiempo durante el cual el trabajador permanece sentado en su puesto de trabajo, de los dispositivos de los coches o de GPS que gravan las distancias recorridas o el consumo de combustible; y de las placas de identificación de los trabajadores con *chip* incorporado que permiten reconstituir el recorrido de los trabajadores en las instalaciones de la empresa.

³² Artículo 20 del Código del Trabajo, en su actual redacción:

“1. El empleador no puede utilizar medios de vigilancia a distancia en el lugar de trabajo, mediante el empleo de equipo tecnológico, con la finalidad de controlar el desempeño profesional del trabajador.

2. El uso de equipo mencionado en el apartado anterior es lícito siempre que tenga por finalidad la protección y seguridad de personas y bienes o cuando particulares exigencias inherentes a la naturaleza de la actividad lo justifiquen.

3. En los casos previstos en el apartado anterior, el empresario informará al trabajador sobre la existencia y finalidad de los medios de vigilancia utilizados y, en particular, fijará en los lugares sujetos a las siguientes indicaciones, según los casos: «Este lugar se encuentra bajo vigilancia de un circuito cerrado de televisión» o «Este lugar se encuentra bajo vigilancia de un circuito cerrado de televisión, procediendo a la grabación de imagen y sonido», seguido de un símbolo identificativo.

4 - Constituye contraorden muy grave la infracción de lo dispuesto en el apartado 1 y constituye contraordenación leve la violación de lo dispuesto en el apartado 3.”

³³ Artículo 21 del Código del Trabajo, en su actual redacción:

“1. La utilización de medios de vigilancia a distancia en el lugar de trabajo está sujeta a la autorización de la Comisión Nacional de Protección de Datos.

2. La autorización sólo podrá concederse si la utilización de los medios es necesaria, adecuada y proporcional a los objetivos que deben alcanzarse.

3. Los datos personales recogidos a través de los medios de vigilancia a distancia se conservarán durante el período necesario para la consecución de los fines de la utilización a la que se destinan y se destruirá en el momento de la transferencia del trabajador a otro lugar de trabajo o de la terminación del contrato de trabajo.”

4. La solicitud de autorización a que se refiere el apartado 1 deberá ir acompañada de un dictamen de la comisión de trabajadores o, si no está disponible 10 días después de la consulta, la prueba de la solicitud de dictamen.

5 – Constituye contra-ordenación grave la violación de lo dispuesto en el apartado 3”.

La prohibición establecida por el apartado 1, sin embargo, no es absoluta, pues comporta su alejamiento por dos órdenes de excepciones sustantivas previstas en el apartado 2:

1. protección y seguridad de personas y bienes;
2. particulares requisitos inherentes a la actividad.

Al margen de la verificación de una de las dos condiciones legitimadoras de la excepción al principio de prohibición de la utilización de medios de vigilancia a distancia, el apartado 3 impone un requisito adicional: el deber de comunicar o informar al trabajador acerca de la existencia y la finalidad de la utilización de los medios de vigilancia. Se trata de un deber que se satisface con una información genérica, no individualizada ni dirigida personalmente a cada uno de los trabajadores sujetos a vigilancia. El incumplimiento del deber de información conlleva la preterición del requisito de licitud de la utilización de medios de vigilancia a distancia.

Finalmente, el apartado 1 del artículo 22³⁴ proclama el derecho de reserva y confidencialidad de los mensajes personales e información de carácter no profesional consultada por el trabajador en el tiempo y lugar de la prestación, mediante la utilización de medios o instrumentos de trabajo, puestos a su disposición por el empleador.

De este modo, se impone la inviolabilidad personal frente a dos vertientes diversas de la interacción social. La primera se refiere a la conservación de la reserva y la confidencialidad del contenido de los mensajes de carácter personal. La segunda a la consulta y el acceso a la información de carácter no profesional.

En la primera parte, relativa a los mensajes de carácter personal, no sólo los mensajes de correo electrónico, citados en el apartado 1 del artículo, como los mensajes escritos, postales, telefónicos o video gráficos. En la cobertura legal se deben comprender todos los mensajes en soporte de escritura, sonido o imagen que el trabajador reciba o emita en el tiempo o en el lugar de trabajo, tales como cartas, paquetes, vales y billetes postales, telegramas, llamadas telefónicas, mensajes escritos o orales, recibidos o dejados en contestador automático, en *pager*, PDA (*personal digital assistant*, también conocidos como *palmtops*) o teléfonos móviles (SMS), fax, correo electrónico, o registro de comunicación a través de mensajes instantáneos o por correo electrónico de la participación en *fora* de discusión, así como los mensajes y *posts* en las redes sociales. Los mensajes en la diversidad referida deben todavía ser de "naturaleza personal", o sea su contenido para beneficio de la tutela que aquí le es dispensada tiene que situarse en la esfera extra-profesional o extra laboral del trabajador.

La segunda parte del apartado 1 tiene un alcance más residual en el que se encuentra la reserva sobre la información de carácter no profesional accedida, consultada, recogida o transferida a través de Internet o, más específicamente, a través del correo electrónico. Se incluyen, entre otras, la consulta de sitios y páginas en la *web*, la información

³⁴ Artículo 22 del Código del Trabajo, en su actual redacción:

“1. El trabajador tiene el derecho de reserva y confidencialidad en cuanto al contenido de los mensajes de carácter personal y al acceso a la información de carácter no profesional que envíe, reciba o consulte, en particular a través del correo electrónico.

2 - Lo dispuesto en el apartado anterior no prejuzga el poder del empleador de establecer reglas de utilización de los medios de comunicación en la empresa, en particular del correo electrónico.”

transferida desde y hacia direcciones a través de Internet (operaciones también designadas *download* y *upload*), la información emitida o recibida por intermedio de teléfono móvil o teletexto, etc. El concepto de información no se limita a los datos consultados en línea, se extiende a los datos recogidos, conservados o reenviados por el trabajador en su ordenador, en soporte digital, como *cd-rom* o *dvd*, en dispositivos de lectura y almacenamiento USB (*universal serial bus*), como *pen drives* o reproductores de MP3, etc. Por lo tanto, es irrelevante el soporte de acceso o conservación.

El derecho de personalidad no impide que el empleador defina la política empresarial en este ámbito, bien mediante reglamento interno, bien por instrucciones individualizadas, y establezca límites a la utilización de los instrumentos de trabajo con fines privados o prevea la posibilidad de un seguimiento aleatorio del tráfico de mensajes e información.

Las consecuencias de la violación de estos derechos, sin contar con la responsabilidad penal eventualmente implicada, se traducen en la obligación de indemnizar a la parte perjudicada por la práctica del hecho ilícito – art. 483, Código Civil. Además, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 70, apartado 2, del Código Civil, siempre es posible solicitar la providencia que resulte más adecuada y eficaz para prevenir o mitigar la infracción en cuestión. Estas providencias pueden comprender, v.g, el alejamiento, temporal o definitivo del agente agresor del lugar de trabajo de la víctima actual o potencial, la transferencia del trabajador para evitar la exposición a circunstancias o acciones perjudiciales o citación para el cese de comportamientos nocivos de la seguridad o salud del trabajador, así como fundamentar el recurso a la sanción pecuniaria obligatoria – art. 829-A, Código Civil.

Además, en la medida en que la postergación de la tutela concedida por los derechos de personalidad prefigura una violación culposa de los deberes del empleador (v.g. del deber de seguridad o de mantenimiento de buenas condiciones de trabajo), se produce un incumplimiento contractual, sancionable en sede de responsabilidad - art 323, Código del Trabajo - o con la resolución del contrato.

2. Influencia de las tecnologías de la información y de la comunicación en Derecho Laboral portugués: el teletrabajo

El teletrabajo es la modalidad del contrato de trabajo en la que se desprende la especificidad de los instrumentos de trabajo ya la que el legislador laboral portugués ha conferido un régimen jurídico que acompaña muy de cerca tanto la sistematización y el contenido del Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo, de 16 de julio de 2002.

De las numerosas definiciones de teletrabajo, el legislador eligió como elementos estructurantes de la noción de teletrabajo subordinado a la prestación habitual de trabajo fuera de las instalaciones de la empresa y el recurso a tecnologías de información y de comunicación, art. 165³⁵. Es decir, hace asentar la noción en la posibilidad de la distancia física de los sujetos de la relación laboral lograda a través del recurso a tecnologías de información y de comunicación, también designadas por medios telemáticos. Estos dos elementos de la noción son, por lo tanto, de verificación acumulativa.

³⁵ Artículo 165 del Código del Trabajo, en su actual redacción: “Se considera teletrabajo la prestación laboral realizada con subordinación jurídica, habitualmente fuera de la empresa y mediante el recurso a tecnologías de información y de comunicación.”

El teletrabajo, tal como se describe aquí, es una variante de la relación de trabajo compatible con cualquier modelo del vínculo contractual: contrato de trabajo de duración indeterminada, contrato de trabajo a plazo, contrato a tiempo parcial o contrato de trabajo temporal.

En la reglamentación del Código de Trabajo caben el contrato de teletrabajo, celebrado desde el inicio como tal, y el acuerdo de teletrabajo - paso a la modalidad de teletrabajo de trabajador ya vinculado al empleador según un contrato de trabajo común. Una tercera especie entre autonomía y dependencia: la prestación de teletrabajo en el domicilio, sin subordinación jurídica, pero con dependencia económica del trabajador, tiene también una reglamentación propia en el marco del trabajo en el domicilio.

Ambas figuras previstas en el Código son convenciones formales, con un contenido mínimo obligatorio que debe observarse, so pena de frustrar la aplicación del régimen del teletrabajo.

El contrato de teletrabajo, como cualquier otro contrato de trabajo, admite un período experimental inicial (30 días), pero para el acuerdo de teletrabajo, porque implica un cambio radical en las condiciones de ejecución de la prestación, la ley prevé un período de prueba de adaptación al teletrabajo y la colocación de un término inicial que no puede exceder 3 años.

Los apartados 2 y 3 del art. 171³⁶ tienen la particularidad de consagrar manifestaciones innovadoras del derecho a la sociabilidad informática / digital, es decir, a la comunicación a través de medios telemáticos para la participación en las estructuras representativas de trabajadores y el intento de integrar al trabajador en una colectividad profesional, sindical o empresarial, aunque de forma virtual.

Así, el trabajador puede participar a distancia en las reuniones realizadas en la empresa, utilizando los instrumentos y equipos de trabajo, como la videoconferencia, sin que dicha utilización pueda, en ningún caso, ser coartada por el empleador o considerada contraria a las normas de afectación exclusiva de los instrumentos de trabajo a efectos laborales.

Con la misma finalidad, el apartado 3 reconoce a las estructuras representativas de los trabajadores el derecho a llevar al conocimiento del teletrabajador las informaciones y datos relativos a la actividad de la organización emisora o que reviste carácter sociocultural, haciendo uso de los medios y equipos de que el trabajador dispone para la ejecución de la prestación.

³⁶ “1. El trabajador en régimen de teletrabajo integra el número de trabajadores de la empresa para todos los efectos relativos a estructuras de representación colectiva, pudiendo candidatar a dichas estructuras.

2. El trabajador podrá utilizar las tecnologías de información y de comunicación dedicadas a la prestación de trabajo para participar en una reunión promovida en el lugar de trabajo por la estructura de representación colectiva de los trabajadores.

3. Toda estructura de representación colectiva de los trabajadores podrá utilizar las tecnologías mencionadas en el apartado anterior para que, en el ejercicio de su actividad, se comunique con el trabajador en régimen de teletrabajo, en particular divulgando información a que se refiere el apartado 1 del artículo 465.

4. Constituye una contra-ordenación grave la infracción de las disposiciones de los apartados 2 o 3.”

III. CAMBIOS TECNOLÓGICOS Y TIEMPO DE TRABAJO

Pilar Charro Baena

Universidad Rey Juan Carlos

1. Introducción

El tiempo es un recurso escaso que cada persona emplea de modo diferente³⁷. Por su parte, el tiempo de trabajo es un concepto multidimensional que estructura las condiciones laborales de las personas y determina su dedicación y la organización de sus tiempos vitales. No cabe duda de que el tiempo de trabajo y su distribución tienen importantes consecuencias en la salud, la conciliación de la vida personal y laboral y condiciones de vida de las personas³⁸. Por ello, no sorprende que el intervencionismo social siguiera un proceso gradual y dependiente de la perentoriedad de las necesidades protegidas³⁹ y una de las primeras normas laborales fuese precisamente la limitación de la jornada de trabajo: la jornada de ocho horas (resultante de la división del día en tres partes iguales, una para el trabajo, otra para la familia y la cultura y otra para el descanso)⁴⁰ se constituiría en la reivindicación recurrente de la clase obrera desde que por primera vez se celebrara el 1º de mayo en Cataluña y Andalucía en 1890, como “Fiesta del Trabajo”⁴¹. En la actualidad, en el marco de la prestación laboral adquieren importancia otros elementos referidos al tiempo, más allá de la limitación, como es la disponibilidad, localización, variabilidad y flexibilidad de la jornada, etc., que se identifican con las condiciones específicas con las que se organiza el trabajo.

En nuestros días, la sociedad de la información impone un canon de conectividad permanente a escala planetaria. Las nuevas tecnologías⁴² de la información y las comunicaciones han revolucionado el trabajo, la vida cotidiana y la forma de relacionarnos en el siglo XXI. El aumento del uso de las tecnologías digitales, como los teléfonos inteligentes, las tabletas y las computadoras personales para trabajar cualquier lugar, está transformando rápidamente el modelo de trabajo tradicional. Es indudable que ello puede suponer ventajas para el trabajador (mejorar el equilibrio entre la vida laboral y personal, reducir el tiempo de desplazamiento al lugar de trabajo, aumentar la productividad, etc.), pero también puede dar lugar a jornadas laborales más largas,

³⁷ DURAN HERAS, M.A.: *Tiempo de vida y tiempo de trabajo*, Fundación BBVA, 2010, pág. 15.

³⁸ AA.VV.: *El tiempo de trabajo y la jornada laboral en España*, Fundación 1º Mayo, Madrid, 2012, pág. 3.

³⁹ CHARRO BAENA, P.: *EL derecho a vacaciones en el ámbito laboral. Origen y evolución histórica, sistema normativo y configuración jurídica del mismo*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993, pág. 33.

⁴⁰ CALLEJO DE LA CUESTA, P.: *Derecho Social*. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, pág.81.

⁴¹ VICENS VIVES, J.: *Historia Social de España y América*. T.IV, Vol. 2º, Teide, Barcelona, 1956, pág. 222.

⁴² Con cierta ironía, SEMPERE NAVARRO prefiere el término tecnologías “novedosas” pues “el paso del tiempo hace que cada vez resulte menos adecuada la identificación como nuevas las tecnologías asociadas a la cibernética, robótica, electrónica o informática o campos afines” (SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Contrato laboral y tecnologías novedosas”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 912, 2015. www.westlaw.es. BIB 2015/16382.

mayor intensidad de trabajo e interferencia entre el trabajo y el hogar⁴³. La implantación de las nuevas tecnologías de la comunicación en el entorno laboral ha hecho necesario establecer mecanismos legales para garantizar el derecho a la desconexión del trabajador con la empresa al finalizar la jornada laboral. Y es que, a pesar de sus muchas ventajas, esta implantación propicia la erosión del concepto tiempo de trabajo, que se confunde, mezcla, con tiempos de ocio y de recuperación.

2. Primeras manifestaciones legales del llamado “derecho a la desconexión laboral” en el entorno europeo

El primer país de nuestro entorno que ha regulado el llamado derecho a la desconexión digital o a la desconexión tecnológica ha sido Francia. La Ley 2016-1088, 8 agosto, relativa al trabajo, a la modernización del diálogo social y al aseguramiento de trayectorias profesionales, incluye el art. 55.I.2., que da una nueva redacción al art. 2242-8 del Código de Trabajo. Previsto para todas las empresas, sea cual sea su tamaño, el nuevo precepto señala que: “La negociación anual sobre igualdad profesional entre las mujeres y los hombres y la calidad de vida en el trabajo incluirá... (párrafo 7): Las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por las empresas de dispositivos reguladores del uso de utensilios digitales, a fin de asegurar el respeto del tiempo de descanso y de las vacaciones, así como la vida personal y familiar. A falta de acuerdo, el empleador, previa audiencia del comité de empresa o, en su defecto, de los delegados de personal, elaborará una política de actuación al respecto. Esta política definirá las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y preverá, además, la puesta en marcha de acciones de formación y de sensibilización sobre un uso razonable de los dispositivos digitales, dirigida a los trabajadores, mandos intermedios y dirección”.

Como se comprueba, en puridad, la ley francesa no reconoce un derecho individual a la desconexión digital, sino que insta a que en los planes de igualdad y calidad se incluyan modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión digital. Admite también distintas intensidades, que irán desde meras promesas a acuerdos vinculantes.

Establece, asimismo, un régimen subsidiario de no alcanzarse el acuerdo en el plan para la igualdad profesional entre mujeres y hombres y la calidad en el trabajo. Este régimen subsidiario, mucho más flexible, impone que el empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elabore una política de actuación, que también admite varias modalidades e intensidades.

Resulta relevante destacar, por lo que se dirá más adelante, que en todo caso, las medidas que se contemplen irán dirigidas a regular un uso “razonable” de los dispositivos digitales por parte de los trabajadores.

Pero esta nueva regulación no surge de la nada, desde hace varios años se venía preparando el terreno mediante la suscripción de grandes pactos colectivos. Su predecesor inmediato fue el Informe sobre transformación digital y vida laboral, 2015⁴⁴,

⁴³ OIT informe Working anytime, anywhere: The effects on the world of work (Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral), http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_544124/lang--es/index.htm

⁴⁴ Transformation numérique et vie au travail, rapport par M. Bruno Mettling, à l'attention de Mme Myriam El Khomri, Ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, septiembre de 2015.

conocido por Informe Mettling, por el apellido de su autor, director de Recursos Humanos de Orange, y que fue encargado para la presentación de propuestas que permitiesen a las empresas superar con éxito la transformación digital. En concreto, una de las propuestas era la de “instituir un derecho y un deber a la desconexión”.

El Informe Mettling cita varios ejemplos de acuerdos sectoriales o de empresa cuya regulación sobre la desconexión digital -gran parte de ellos en el marco del teletrabajo- han preparado el terreno para la incorporación de la modificación legal antes referida. En 2014 se firmó un acuerdo entre las patronales de empresas tecnológicas y centrales sindicales en el que se obligaba a la desconexión de los sistemas de comunicación a distancia de las empresas a determinados cuadros, a fin de que pudieran disfrutar de un período mínimo de descanso. En 2011, Volkswagen implantó un sistema de desconexión de sus servidores de comunicación respecto de los teléfonos móviles de sus empleados, entre las 18.15 y las 7 horas del día siguiente. Y Mercedes Benz abre a sus empleados la posibilidad de acogerse al sistema *mail on holiday*, que redirige a otros terminales los correos enviados durante sus vacaciones.

Alemán Páez llama también la atención de otras circunstancias que abonaron el terreno y facilitó la adopción de la norma francesa⁴⁵. En primer lugar, el Tribunal de Casación francés había anulado algunos convenios colectivos y en sus pronunciamientos exhortaba a los agentes sociales a prestar atención a los derechos de conexión y desconexión y al concepto de carga de trabajo; en segundo lugar, la Ley núm. 2016-1088 se enmarca en la llamada reforma laboral de 2016, que tuvo una fuerte contestación sindical por los retrocesos en los derechos sociales que contenía, y que bien pudiera ser esta Ley una suerte de compensación.

En Italia, la Ley de 22 de mayo de 2017 -de la que se han hecho menos eco los medios de comunicación y estudiosos de la materia-, se enmarca en el tratamiento de las nuevas formas de trabajo, denominadas ágiles, flexibles o *Smart work*. La Ley italiana regula el trabajo ágil, a modo de teletrabajo a tiempo parcial. Con carácter voluntario, puede acordarse entre trabajador y empresario y consiste en combinar tiempos de presencia en la empresa con tiempos de trabajo fuera de ella, “con la posible utilización de instrumentos tecnológicos para el desarrollo de la actividad laboral”. En su artículo 19.1 se dispone que el acuerdo para dar paso a este “trabajo ágil” debe establecer los tiempos de descanso así como “las medidas técnicas y organizativas necesarias para asegurar la desconexión del trabajador de los instrumentos tecnológicos de trabajo”.

3. Estado de la cuestión en España

En España nos encontramos todavía en una fase embrionaria. La Ministra de Empleo y Seguridad Social se ha comprometido a barajar el reconocimiento a la desconexión digital del trabajo y analizar vías para fijarla cuando el empleado acabe la jornada laboral⁴⁶.

Los poderes públicos nacionales no pueden permanecer ajenos a lo que ya es un hecho irreversible, el de la inmersión de las nuevas tecnologías de la comunicación en el ámbito personal y laboral. En el nuevo paradigma de las relaciones laborales, el

⁴⁵ ALEMÁN PÁEZ, F.: “El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi Travail N° 2016-1088”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales* núm. 30, 2017, págs. 12-33.

⁴⁶ https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/03/27/economia/1490619945_132259.html

territorio de una empresa, el centro de trabajo, ya no forma parte de la definición del trabajo, antes marcaba una diferencia entre el lugar de trabajo y otros lugares; el trabajo no se realiza en un tiempo determinado, sino en cualquier momento⁴⁷. Pero esta “invasión” en las esferas personal y laboral conlleva la posibilidad de estar en conexión permanente con el entorno laboral durante el tiempo de trabajo y también el de descanso del trabajador⁴⁸; que trabajo y casa no sean conceptos excluyentes. Provoca una nueva forma de prestar servicios, mucho más flexible y variada, y que gracias al elemento tecnológico, puede ser prestado en cualquier lugar en que se encuentre el trabajador y en cualquier momento.

Fundamento no les falta. La Constitución Española de 1978, en su artículo 40.2, exhorta a los poderes públicos a que fomenten una política que garantice el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral y las vacaciones periódicas retribuidas. La Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, hace lo propio a los estados a que tomen medidas para asegurarse de que el trabajador dispone de un descanso adecuado y efectivo. Además, desde su creación, uno de los temas de preocupación de la OIT ha sido el tiempo de trabajo⁴⁹.

Aunque existe ya una consolidada normativa sobre la limitación de la jornada laboral y los descansos, la conectividad permanente coloca, en ocasiones, al trabajador en un dilema moral, estar disponible las 24 horas del día; puede sentirse obligado, directa o indirectamente, a continuar en contacto con la empresa a través de distintos dispositivos tecnológicos⁵⁰. Algo que, como se comentó al inicio de estas breves reflexiones, constituyó una conquista social como fue la limitación de la jornada y el derecho al descanso puede quedar diluido, de manera sigilosa pero rotunda. Parece que se confirma que la historia es cíclica y se vuelve a debatir y reivindicar estos derechos. Pero para no vaciar de contenido al debatido derecho a la desconexión digital, este no puede limitarse a reproducir un derecho -el derecho al descanso- que los trabajadores ya lo tienen reconocido⁵¹.

La reflexión en España parece que pivota alrededor de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, al menos así se desprende de las manifestaciones vertidas por la responsable del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, al afirmar que se iba a abrir un debate sobre “la flexibilidad horaria, el teletrabajo y el derecho a desconexión”

⁴⁷ USHAKOVA, T.: “De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate”. *Revista Española de derecho del Trabajo* núm. 192, 2016, pág. 126.

⁴⁸ CERVILLA GARZÓN, M^a.J.: “Reflexiones sobre el derecho a la desconexión tecnológica de los trabajadores y el surgimiento de nuevas formas de trabajo en Italia”, <http://www.orbitados.com/reflexiones-sobre-el-derecho-a-la-desconexion-tecnologica-de-los-trabajadores-y-el-surgimiento-de-nuevas-formas-de-trabajo-en-italia-por-maria-jose-cervilla-garzon/>

⁴⁹ Convenio núm. 1, 1919, sobre las horas de trabajo (industria), Convenio núm. 30, 1930, sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), Convenio núm. 47, 1935, sobre las cuarenta horas, Convenio núm. 14, 1921, sobre descanso seminal, Convenio núm. 106, 1957, sobre descanso semanal (comercio y oficinas), Convenio núm. 132, 1970, sobre vacaciones pagadas, por citar los más relevantes a estos efectos.

⁵⁰ AGUILERA IZQUIERDO, R. y CRISTÓBAL RONCERO, R.: “Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión digital”, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms_548599.pdf

⁵¹ Muy crítico e ilustrativo es el comentario que realiza VALLECILLO GÁNEZ, M^a. R.: “El derecho a la desconexión: ¿‘Novedad digital’ o esnobismo del ‘viejo’ derechos al descanso?”. *RTSS.CEF* núm. 408, 2017, pág. 177.

del trabajo y que el Gobierno va a propiciar medidas que incrementen la conciliación, permitan horarios "más racionales, para que sea compatible el trabajo con nuestra vida" y deje espacio para "el descanso, al cultura y para estar con los amigos".

Pero lo cierto es que la difusión de las fronteras entre la vida personal y la laboral del trabajador implica importantes riesgos para la salud del trabajador, no solo riesgos físicos por el uso continuado de un dispositivo tecnológico sino también, y especialmente, riesgos psicosociales como el tecnoestrés.

Si el derecho a la limitación de la jornada de trabajo y el derecho los descansos laborales tuvo -y tiene- su fundamento en la protección de la salud de los trabajadores, desde esta atalaya es desde la que se debe centrar el debate entre gobierno e interlocutores sociales. También desde la reflexión y, en su caso replanteamiento, del verdadero significado del tiempo del trabajo. La Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre, define el "tiempo de descanso" como "todo periodo que no sea tiempo de trabajo", cuando lo cierto es que puede existir un tiempo que no es ni trabajo ni descanso laboral, y en este tiempo *sui generis* o tercer tiempo es donde se debería enmarcar el debate sobre la "disponibilidad tecnológica"⁵².

4. El derecho a la desconexión digital y su reflejo en la negociación colectiva

El Ministerio de Empleo y Seguridad Social ha anunciado que la desconexión digital será uno de los temas que se incluyan en las mesas de negociación del Pacto para la Conciliación. Son muchas las dificultades prácticas que existen para regular la cuestión con carácter general mediante una ley, pues depende del tipo de actividad, del tamaño de la empresa, del puesto de trabajo que se ocupa⁵³, del régimen de dedicación pactado, etc.

Además, y lo principal, no existe todavía una conceptualización jurídica de la desconexión digital. En el ideario social se entiende por tal el derecho de todo trabajador a no atender a las obligaciones laborales fuera de su jornada laboral por medio del teléfono móvil, el ordenador o cualquier otro dispositivo electrónico. Pero como se decía inmediatamente antes, hay muchos matices en esta descripción. Hace ya años, y respecto al ejercicio del derecho a vacaciones anuales, defendía que este se configuraba como "el derecho del trabajador a que se le aplicase un régimen jurídico diferenciado en su obligación de prestar servicios, con exclusión inicial del servicio, aunque no de una relativa y condicionada disponibilidad a favor de la empresa, ya que no parece protegida por nuestro ordenamiento una desvinculación absoluta que llegue a impedir la localización del trabajador o que este se ponga eventualmente en contacto, o que haya forma de hacerle llegar un mensaje"⁵⁴. Y es que, en este punto no caben posturas radicales, pues esa desconexión podría no ser absoluta; recuérdese que la ley francesa se refiere a pactar las condiciones de "uso razonable" de los dispositivos digitales en el ámbito laboral.

⁵² MELLA MÉNDEZ, L.: "Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores". *Trabajo y Derecho* núm. 16, 2016, www.laleydigital.es.

⁵³ Por ejemplo, el Acuerdo suscrito en Volkswagen en 2011, al que antes se hizo referencia se aplicaba solo a los empleados asalariados que no fueran directivos de la empresa.

⁵⁴ CHARRO BAENA, P.: *El derecho a vacaciones...*, cit., pág. 290.

En consecuencia, se entiende que el ámbito natural de la regulación de la desconexión digital es, siguiendo la estela del ordenamiento jurídico francés, la negociación colectiva, que habrá de precisar el alcance de la desconexión⁵⁵.

Durante tiempo, nuestros convenios colectivos han guardado silencio al respecto. A lo sumo, la negociación colectiva se ha limitado a establecer como falta leve o grave “No comunicar a la empresa de manera inmediata los cambios de domicilio, teléfono, e-mail”.

En los últimos meses, estamos asistiendo a una pequeñísima, pero significativa evolución por parte de la negociación colectiva. Así, encontramos la Resolución de 22 de marzo de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Vueling Airlines, SA., en cuya disposición adicional décima, que se rotula “Revisión correo electrónico corporativo”, dispone:

“A la vista de que, a día de hoy, el correo electrónico se ha extendido como la primera forma de comunicación en el ámbito profesional, la Empresa apuesta decididamente por la aplicación de dicha nueva tecnología. Dicho modo de comunicación agilizará la gestión de las comunicaciones entre el personal de la Empresa y, por dicho motivo, se asigna a cada trabajador, un correo electrónico corporativo. En lo sucesivo, se acuerda para todos los TCP la obligación específica de revisar el correo corporativo, por sus propios medios, un mínimo de una vez cada tres días. Para las nuevas incorporaciones se acuerda que, durante los dos primeros meses de su contrato, únicamente estarán obligados a revisar su correo corporativo una vez por semana. Queda excluido de la obligación de revisar el correo los periodos de vacaciones, enfermedad, permisos y días libres”.

Más preciso es el Convenio colectivo de AXA 2017-2020, en cuyo artículo 14, rotulado “Derecho a la desconexión digital”, se dispone:

“Los cambios tecnológicos producidos en las últimas décadas han provocado modificaciones estructurales en el ámbito de las relaciones laborales. Es innegable que hoy en día el fenómeno de la “interconectividad digital” está incidiendo en las formas de ejecución del trabajo mudando los escenarios de desenvolvimiento de las ocupaciones laborales hacia entornos externos a las clásicas unidades productivas: empresas, centros y puestos de trabajo.

En este contexto, el lugar de la prestación laboral y el tiempo de trabajo, como típicos elementos configuradores del marco en el que se desempeña la actividad laboral, están diluyéndose en favor de una realidad más compleja en la que impera la conectividad permanente afectando, sin duda, al ámbito personal y familiar de los trabajadores. Es por ello que las partes firmantes de este Convenio coinciden en la necesidad de impulsar el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral.

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”.

El gran hito de la norma paccionada es que se ha erigido como el primer pacto colectivo que reconoce el derecho de los trabajadores a la desconexión digital, si bien,

⁵⁵ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: “EL permanente debate sobre la jornada laboral: una cuestión clásica (reducción del tiempo de trabajo) y otra reciente (el derecho a la desconexión del trabajo)”. *Revista de Información Laboral* núm. 10, 2016, Aranzadi Insignis, BIB 2016/80442.

hubiese sido recomendable que precisara con más detalle cuáles son las circunstancias excepcionales que harían ceder el derecho reconocido.

No obstante lo anterior, confiemos en que los interlocutores sociales tomen el testigo y sea la negociación colectiva la que abandere la regulación de este derecho y se esfuercen en el establecimiento de criterios y orientaciones para llevar a cabo una adecuada ordenación de los límites de la jornada de trabajo para proteger la salud y la vida personal y social de los trabajadores.

5. El derecho a la desconexión digital y algunos pronunciamientos jurisprudenciales

En consonancia con el estado en el que se encuentra el ordenamiento jurídico-laboral en materia de desconexión digital, esto es, abierta la fase de diálogo entre el Gobierno, interlocutores sociales y agentes afectados para su configuración y regulación, los tribunales tan solo han abordado la cuestión tangencialmente.

Existe consenso doctrinal al señalar que son dos, hasta el momento, los pronunciamientos judiciales que han abordado, siquiera a modo de aproximación, el derecho a la desconexión.

En primer lugar, destacaría la SAN de 17 de julio de 1997⁵⁶. El conflicto colectivo afectaba a los empleados de una empresa que conformaban el colectivo denominado “comerciales” y que desarrollaba su actividad fuera de los locales de la empresa. La Audiencia Nacional declaró nulas las instrucciones de la empresa que obligaban a mantener la conexión ininterrumpida y en todo momento de sus teléfonos móviles con los de la empresa y los de todos sus clientes. El Tribunal consideró que estas obligaciones sobrepasaban las facultades normales y regulares del poder de dirección empresarial porque, en suma, estas instrucciones obligaban a los trabajadores a desarrollar su actividad profesional o a estar pendientes de recibir instrucciones en todo momento, incluso en las horas no coincidentes con la jornada de trabajo.

El segundo pronunciamiento al que se hacía referencia es la STS 21 septiembre de 2015. El Tribunal Supremo declara nula la práctica empresarial consistente en exigir a los trabajadores que faciliten a la firma del contrato de trabajo los datos electrónicos de contacto, a saber, correo electrónico y número de teléfono particulares, de forma que aceptan que cualquier comunicación de incidencias laborales se haga por estos medios.

Frente al argumento de la empresa de que el supuesto controvertido está exento del consentimiento del trabajador, porque son datos indispensables para que el contrato de trabajo despliegue sus efectos, el Tribunal Supremo mantiene que no forma parte de la excepción contenida en el artículo 6.2. LOPD y demuestra que no lo son el mismo hecho de que su formalización responde a la libre voluntad de las partes, como se hace constar en la cláusula contractual. Al hilo de esta cuestión, el Alto Tribunal afirma que, además, no hay verdadera voluntariedad, sino tan solo formal. El trabajador, como parte más débil del contrato, se ve compelido a prestar el consentimiento al contenido de la cláusula cuestionada, pero no lo es por completo libre y voluntario.

Frente a la alegación de la empresa de que el correo electrónico y el teléfono son datos absolutamente normales en el tráfico ordinario y en la dinámica de las relaciones laborales, el Tribunal Supremo afirma que se trata de datos personales cuyo conocimiento, uso y destino deben quedar bajo el control de su titular

⁵⁶ AS 1997, 3370.

En fin, la empresa, en el escrito de recuso manifestaba que tan solo había utilizado la vía del correo electrónico o del teléfono móvil para poner en conocimiento de los trabajadores anticipos y liquidaciones, a lo que el Tribunal Supremo, con acierto contesta que el derecho fundamental no solo protege la utilización indebida de esos datos, sino también la recogida, obtención y acceso a los mismos.

Como se verá, este pronunciamiento jurisprudencial no puede considerarse como precursor de un hipotético derecho a la desconexión digital, pues la controversia descansa en el hecho de que la cláusula contractual era contraria a las exigencias de protección de datos de carácter personal y no entorno a un eventual derecho a no atender obligaciones laborales comunicadas a través de dispositivos electrónicos fuera de las horas de trabajo.

IV. CAMBIOS TECNOLÓGICOS Y TIEMPO DE TRABAJO

Francisco Liberal Fernandes

Universidade do Porto

CIFE - Centro de Investigación Jurídico-Económica

1. La Directiva nº 2003/88

Hablar de tiempo de trabajo y tecnologías de información y comunicación (TIC) supone, naturalmente, atender a la Directiva 2003/88, sobre la ordenación del tiempo de trabajo, en la medida en que sigue siendo el texto marco de esta materia en nuestros países.

Como se sabe, una directiva consagra un conjunto de derechos para todos los trabajadores de la Unión, concretando así lo dispuesto en el art 31º de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea respecto de la limitación de los períodos de trabajo y de descanso.

La Directiva prevé límites máximos relacionados con el trabajo diario, nocturno o semanal, así como garantías mínimas en materia de descanso diario, semanal e anual. Admite múltiples desviaciones a los derechos que consagra; tales límites deben ser aceptados por ley, ser proporcionales y respetar el contenido esencial de los derechos, como consta en el artículo 52º de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en línea con la jurisprudencia tradicional del Tribunal de Justicia europeo.

Sin embargo, no se puede ignorar que la Directiva entró en el vigor hace más de 20 años, en un periodo en que las TIC no habían ingresado en el mercado de trabajo de forma intensa y en que la estabilidad del empleo era mayor que la actual, estando la organización del trabajo diario comprendida en la mayoría de las situaciones en el período de las 9.00 a las 18 horas: la flexibilidad laboral, el trabajo nocturno y el trabajo móvil constituían una realidad con una dimensión muy inferior a la actual. Por eso, la directiva no incorpora las consecuencias de las TIC a nivel de la prestación y de la organización del trabajo, lo que permite explicar que por entonces no estaba en discusión el tratamiento específico o autónomo del problema de la conciliación de la vida laboral y familiar.

Sin embargo, las garantías individuales que consagra en materia de organización del trabajo (descanso diario, descanso semanal, límites máximos de la duración semanal del trabajo) no dejan de contribuir positivamente a ese objetivo. Además, el papel que confiere a la autonomía colectiva posibilita arreglos que promueven una organización de trabajo en favor del trabajador, aunque las empresas demandan regímenes cada vez más flexibles que les permitan adecuar la producción a las fluctuaciones del mercado, siendo el desarrollo del trabajo *just in time* una de las manifestaciones más relevantes.

2. Efectos de las TIC y la automatización en el mundo laboral

La aspiración o la necesidad por parte de los empleadores de una mayor flexibilidad laboral en la economía mundial que funciona 24 días por semana 7 días por semana, no

puede dejar de confrontarse con la tutela de la seguridad y salud, y con la conciliación de la vida laboral y personal de los trabajadores, como afirmó el Parlamento Europeo en una Resolución de 2017, adoptada en el contexto de la implementación del Pilar europeo de los Derechos Sociales.

El recurso generalizado a las TIC, a la digitalización y la robotización, desencadena transformaciones en la producción con profundas y múltiples implicaciones en el mundo del trabajo: *i*) la creación de nuevos tipos de relaciones laborales; *ii*) el aumento del empleo por cuenta propia; *iii*) la organización del trabajo (sea en términos de lugar de trabajo o de tiempo de trabajo); *iv*) las instituciones reguladoras del mercado de trabajo (así la libertad sindical y la contratación colectiva), y *v*) la protección social. Son las modificaciones verificadas en el marco productivo y de la organización flexible del trabajo que constituyen la clave de los cambios actuales en el mercado laboral.

De acuerdo con las conclusiones de un estudio de Eurofound y de la OIT, de 2017, no hay que ignorar los efectos positivos de las TIC: mayor autonomía durante el tiempo de trabajo y mejor equilibrio entre una vida personal y profesional. También las empresas se benefician de un mayor nivel de productividad, de permanencia de los trabajadores y menor absentismo laboral.

En cuanto a efectos negativos, la digitalización y la automatización contribuyen a la eliminación de los empleos y las competencias profesionales. Aunque este impacto aún es difícil de predecir, parece incuestionable que cubrirá un porcentaje muy significativo de los actuales puestos de trabajo y competencias.

3. Las TIC y el tiempo de trabajo

3.1. Consideraciones generales

El tema que nos trae aquí es más limitado, centrándose en las implicaciones del uso de las TIC sobre el tiempo de trabajo, en particular cuando el trabajo prestado es complementario del horario normal y es realizado fuera de las instalaciones de la empresa.

Las TIC constituyen un instrumento de trabajo que, en particular, promueven la flexibilidad laboral, nuevas formas de empleo, el desarrollo del trabajo a tiempo parcial y del trabajo temporal, del trabajo por turnos y del trabajo nocturno, el aumento del tiempo de trabajo y/o de la su intensidad, de horarios variables e irregulares, de la perturbación de los períodos habitualmente reservados a la vida privada y familiar, y de la reducción de la calidad del trabajo; es decir, las TIC permiten el trabajo en cualquier lugar y en todo momento.

Ahora bien, es a propósito de este tipo de uso de las TIC, cuya frecuencia tiende a asimilar un carácter de normalidad incluso por los propios teletrabajadores, y de sus efectos, que surgió la necesidad de un nuevo derecho que proteja a los trabajadores: el derecho a la desconexión.

Por lo que se desprende de la literatura sobre el tema, no se pretende con ese derecho reponer la eficacia plena de las garantías ligadas al horario de trabajo y al período de trabajo contractual, sino restringir el uso abusivo por parte de las empresas de las TIC. Es cierto que el Acuerdo-Marco sobre Teletrabajo, de 2002, ya aborda los riesgos de las TIC; pero como esta reglamentación se dirige esencialmente al teletrabajo formal, realizado en régimen normal en el domicilio, termina dejando fuera la regulación del trabajo complementario informal realizado a través de aquellos medios, el cual, por lo

demás, sólo posteriormente ha sido objeto de atención por los gobiernos y los interlocutores sociales.

Como se ha dicho, el uso de las TIC tiene efectos contradictorios: ora son vistas como amigas, ora como enemigas de la autonomía en el trabajo y la conciliación de la vida personal y laboral. Esto significa que es necesario hacer algunas distinciones entre los teletrabajadores: entre los que tienen un régimen de teletrabajo regular en su domicilio, los que usan ocasionalmente las TIC y los que las utilizan de forma intensiva y con frecuencia.

En cuanto a los primeros, las desventajas mencionadas no son muy notables. Para los trabajadores que sólo ocasionalmente utilizan las TIC tras el horario de trabajo, los problemas se deben principalmente a la provisión de trabajo suplementario y la ausencia de su remuneración. Por lo que respecta a los trabajadores que usan de forma intensa y frecuente las TIC, se trata de situaciones en que la prestación de trabajo extraordinario no remunerado se torna normal y que no están garantizados los períodos mínimos de descanso, creándose, en consecuencia, una indefinición entre las fronteras de la vida profesional y personal, el aumento de los riesgos para la salud y la calidad de vida en el trabajo, incluido el riesgo de acoso moral.

3.2. Efectos en la duración del trabajo

Según un estudio de Eurofound de 2016, a nivel de la UE el tiempo normal máximo de trabajo semanal de un trabajador a tiempo completo se ha mantenido estable desde 2002, situándose en promedio entre 40,3 horas y 40,5 horas, si bien para el mantenimiento de esta media contribuye el mayor desarrollo del trabajo a tiempo parcial.

Las investigaciones realizadas en diferentes países indican que las TIC contribuyen a aumentar el número total de horas de trabajo y que la diferencia entre las horas contratadas y las prestadas es mayor para los teletrabajadores que para los que prestan su actividad en el lugar de trabajo fijado por el empleador o que no utilizan esas tecnologías.

Por ejemplo, en un estudio realizado en España en 2011 sobre las condiciones de trabajo reveló que el 19% de los trabajadores que realizaban su actividad en el lugar fijado por el empleador trabajaban más de 40 h/semana; pero ese porcentaje subía al 24% para los que trabajaban en casa y el 33% para los que trabajaban en otro lugar (Fundación Másfamilia, de 2012).

Según Eurofound, entre los trabajadores que trabajan más de 48 por semana, es mayor el número de aquellos que utilizan las TIC con gran intensidad que los demás trabajadores, incluidos los que trabajan de forma regular como teletrabajadores en el domicilio o los que trabajan en las dependencias de la empresa.

Además, este trabajo complementario más allá del período normal es un trabajo informal y, por lo tanto, no es retribuido. Este aumento está justificado, a veces, por el hecho de que los teletrabajadores no tienen que desplazarse a la empresa, de modo que ese período (que, por regla general, no es tiempo de trabajo) se transforma en tiempo de trabajo.

3.3. Efectos en la organización del tiempo de trabajo

Los impactos de las TIC también se perciben en la organización del tiempo de trabajo. La flexibilidad espacial y temporal que las nuevas tecnologías posibilitan permite la adopción de horarios irregulares, incluida la prestación de trabajo más allá del período de funcionamiento de las empresas.

Reflejo de ello es el hecho de que el trabajo complementario (no el de sustitución) en los días de descanso semanal es mucho más frecuente entre los teletrabajadores que los demás trabajadores. Por otro lado, el mayor grado de autonomía de que gozan en promedio los trabajadores de las TIC hace que el control del trabajador se desplace de la monitorización del tiempo de trabajo a los resultados de su actividad.

3.4. Vida laboral versus vida personal

El uso de las TIC puede tener efectos tanto positivos como negativos en la vida personal del trabajador, dependiendo de factores diversos. Los estudios demuestran que:

a) Permiten un ahorro de tiempo en lo que se refiere a los desplazamientos a la empresa.

b) Propician una mayor autonomía en la organización del trabajo en base a las preferencias y necesidades personales.

c) Diluyen las fronteras entre el trabajo remunerado y la vida personal, y generan la sensación de un deber de constante disponibilidad para el trabajo.

d) Aumentan a gran escala el riesgo de que el trabajo se preste en el tiempo libre y no remunerado, rompiendo así el binomio trabajo no pagado/tiempo de descanso.

e) En los casos en que no permite la conciliación de la vida laboral y personal, la flexibilidad introducida por las TIC aumenta el absentismo, la depresión, el estrés y el riesgo de *burnout*, afectando así negativamente a la salud y la seguridad del trabajador, efecto que no deja de entrar en conflicto con las obligaciones de los empleadores en materia de salud y seguridad en el trabajo.

4. El derecho a la desconexión

4.1. Un nuevo enfoque de las TIC en el marco de la tutela de la vida laboral del trabajador

Las reacciones que han intentado responder a las modificaciones introducidas por las TIC en el mundo del trabajo tienen como núcleo esencial la tutela de la personalidad o de la vida personal del trabajador. Sin embargo, estas reacciones se sitúan en una perspectiva diversa de la que, durante algún tiempo, fue la predominante.

En efecto, si miramos la relación que se estableció entre las TIC y el control del trabajador, verificamos que aquéllas empezaron por desempeñar un papel relevante en el ámbito disciplinario, como medio probatorio, en relación con el uso con fines personales de las TIC proporcionadas por el empleador profesional. Es decir, en una primera fase, las TIC revitalizaron el debate sobre la confrontación entre las libertades individuales fundamentales, esencialmente la garantía de la confidencialidad de la correspondencia electrónica personal, con el poder disciplinario del empleador.

Sin embargo, en virtud de la conciliación de la vida personal y laboral, las TIC pasan a ser objeto de otro tipo de atención: no sólo como un medio probatorio, sino como un medio de trabajo cuya utilización laboral urge regular o limitar.

El hecho de que las TIC hayan ampliado de forma diferente el tradicional poder de dirección *tout court* del empleador desencadenó, con una intensidad hasta entonces desconocida, la necesidad de limitar el ejercicio de ese poder para conciliarlo con la tutela del tiempo de descanso del trabajador.

4.2. *La iniciativa del legislador francés*

Un breve análisis del derecho a la desconexión establecido por la ley francesa de 2016 es de particular utilidad, ya que las soluciones propuestas podrán (o no) servir de modelo para otras iniciativas, especialmente en órdenes juslaborales que le son cercanas.

Cabe señalar, en primer lugar, que la defensa del derecho a la desconexión es algo que en sí mismo se enfrenta al actual Derecho comunitario, ya que constituye una exigencia que deriva de una evolución tecnológica que, en la fecha de la publicación de la Directiva sobre el tiempo de trabajo, no se había transformado en un instrumento común de trabajo.

En efecto, según dicha Directiva, durante el tiempo de descanso el trabajador no está obligado, salvo por razones de fuerza mayor, a responder a los requerimientos del empresario. La previsión de ese derecho constituye, pues, el reconocimiento implícito de que el uso que las empresas hacen de los medios de comunicación vinculados a internet se desvía del derecho comunitario, hasta el punto de considerarse necesario la adaptación de este último a los tiempos actuales.

Dado que todos los países de la Unión se enfrentan al desarrollo del trabajo a distancia más allá del tiempo normal de trabajo, cuyos reflejos se hacen sentir en el mercado europeo de trabajo y en el ámbito del derecho de la competencia, estamos ante un problema supranacional que debe ser infrentado por las autoridades comunitarias.

Como se ha dicho, las TIC tienden a constituir un nuevo medio de invasión de la vida privada, principalmente porque permiten mantener un vínculo permanente entre el trabajador y su actividad profesional (*always on*). En sentido opuesto, la normativa comunitaria confiere a los trabajadores, con carácter de derecho necesario, períodos diarios y semanales de descanso, cuya garantía se pone así en cuestión, con mayor o menor frecuencia o intensidad.

¿Cómo conciliar estas dos realidades antagónicas?

Al establecer el derecho a la desconexión, la Ley francesa nº 2016-1088, de 8-8-2016, creó un precedente y un estímulo para que los legisladores nacionales o los interlocutores sociales abordaran un problema que ya no puede ser considerado nuevo, y que tiene que ver con la prolongación de hecho de la jornada de trabajo en cualquier momento y en cualquier lugar, es decir, fuera del lugar y del trabajo de trabajo, y con la invasión del tiempo tradicionalmente reservado a la vida personal y familiar del trabajador.

Como se ha dicho, donde el problema gana particular agudeza es relativamente a los trabajadores que, con gran intensidad y sujetos a elevada flexibilidad temporal y geográfica, utilizan las TIC susceptibles de movilidad: ordenadores, *tablets* o teléfonos portátiles, es decir, instrumentos relacionados con Internet.

En teoría, el derecho a la desconexión significa que el trabajador deja de estar (y de sentirse) obligado a permanecer conectado o disponible durante sus períodos de descanso para responder a las órdenes que le son enviadas a través de los medios

electrónicos que utiliza durante su actividad y que, por regla general, pertenecen a los empleadores.

Sin embargo, para producir los efectos que se pretenden, este derecho no puede limitarse a las relaciones verticales (del empleador o superiores jerárquicos del trabajador); en efecto, el derecho de desconexión debe asumir una dimensión horizontal, de modo que también sea oponible a los compañeros de trabajo, a los clientes, a los proveedores o subcontratistas.

Aunque en forma algo indefinida y abierta a múltiples formas de aplicación, la Ley francesa nº 2016-1088, de 8-8-2016, relativa al trabajo, la modernización del diálogo social y la seguridad del recorrido profesional, fue la primera en Europa en concretar formalmente el derecho a la desconexión (artículo 55, que modificó el art. L. 2242-8 del *code du travail*), que es justificado como una medida destinada a garantizar el respeto de los tiempos de descanso de los trabajadores.

El objetivo de la Ley es adaptar el derecho del trabajo a la era de las TIC y no propiamente impedir su uso más allá de los períodos normales de trabajo, lo que significa que, en lo esencial, se trata de disciplinar este uso para evitar abusos por parte de las empresas.

De acuerdo con la referida Ley francesa, el derecho a la desconexión no está previsto como un derecho individual con eficacia horizontal inmediata, ya que su regulación remite a la negociación colectiva y reglamentaciones de la empresa, lo que significa que su configuración final estará condicionada por la propia organización y cultura laborales de cada empresa, es decir, por el tipo de actividad desarrollada, por su grado de internacionalización o por la categoría profesional de los trabajadores en cuestión.

Además, se trata de un derecho previsto únicamente para las empresas de más de 50 trabajadores, por lo que no tiene un carácter universal.

De acuerdo con la misma Ley, la obligación de regulación del derecho a la desconexión está prevista en dos situaciones: en el caso de la renegociación de los convenios sobre la fijación del tiempo de trabajo en días (convenciones de *forfait en jours*) y en el caso de la negociación sobre la igualdad entre hombres y mujeres y la calidad de vida en el trabajo.

Dado el marco de discrecionalidad que la Ley deja a los interlocutores sociales, los acuerdos alcanzados sobre el derecho a la desconexión pueden tener diferentes grados de eficacia vinculante. En cualquier caso, la Ley pretende instituir como mínimo una obligación de prevención de los daños provocados por el uso excesivo de las TIC.

Así, los interlocutores sociales pueden limitarse a adoptar una recomendación para que las TIC sólo se utilicen durante el período de trabajo y que no exista una obligación de conexión fuera del tiempo de trabajo (acuerdos declarativos).

También puede acordarse garantizar períodos mínimos de descanso durante los cuales el trabajador tiene el derecho de no atender a las solicitudes relacionadas con la actividad de trabajo (acuerdos estructurales).

Igualmente, es posible que se convenga, por ejemplo, que la empresa (o compañeros de trabajo) tenga prohibido de ponerse en contacto con el trabajador, por ejemplo, antes de las 8 h y después de las 19 h, así como durante el descanso semanal o las vacaciones (acuerdos coercitivos).

Según la Ley francesa de 2016, a falta de acuerdo compete al empresario elaborar, tras consultar a los representantes de los trabajadores en la empresa, un documento (*charte*)

que asegure el ejercicio de dicho derecho y que determine la forma de utilización por la empresa de los medios electrónicos de comunicación.

Sin embargo, la Ley no sólo no contiene indicaciones concretas sobre el contenido de este documento, sino que tampoco se pronuncia respecto su fuerza vinculante.

V. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y TRABAJO DECENTE

Pablo Benlloch Sanz

Universidad Rey Juan Carlos

Nadie sabe (...) si al final de este tremendo desarrollo surgirán profetas completamente nuevos, o habrá un gran renacimiento de ideas antiguas, o, si no se confirmase ninguna de estas posibilidades, si existirá una petrificación mecanizada, adornada con una especie de presunción convulsiva. De la última fase de este desarrollo cultural, se puede sin duda afirmar con rigor: "especialistas sin espíritu, sensualistas sin corazón, estas personas nulas piensan que han llegado a un grado de civilización jamás alcanzado". (Castells 1996: 200, citando *Ética Protestante*, de Weber).

El tema de este III Encuentro Internacional sobre Transformaciones del Derecho del Trabajo Ibérico no puede ser más oportuno pues coincide en el tiempo con la Iniciativa del Centenario relativa al Futuro del Trabajo de la OIT planteada por su Director General en 2013⁵⁷ como una de las siete iniciativas para conmemorar el centenario de la OIT en 2019 y la posterior creación de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo en el presente año. La iniciativa y su desarrollo no son sino una nueva manifestación de la actuación de la OIT como un punto de encuentro mundial para discutir sobre los impactos del avance tecnológico en el empleo⁵⁸.

Es evidente que la digitalización o la cuarta revolución industrial, con las cuatro dimensiones en las que se asienta (automatización, acceso digital al cliente, conectividad e información digital) van acompañadas de numerosos interrogantes: las dinámicas de destrucción o creación de empleo; los cambios en los contenidos y puestos de trabajo; los nuevos requerimientos de cualificaciones y competencias profesionales; la delimitación de la situación profesional (empleo asalariado o autónomo); el reparto de los aumentos de la productividad; las desigualdades salariales; las brechas digitales; las consecuencias sobre la protección social; y la regulación de los nuevos modelos de negocio –por ejemplo, los que se encuadran en la denominada economía colaborativa– en relación a cuestiones como los derechos laborales o la fiscalidad⁵⁹.

⁵⁷ La iniciativa se desarrollará en tres fases: la primera ya superada, se ha llevado a cabo en 2016 mediante las denominadas "Conversaciones sobre el Centenario", la segunda ha supuesto la creación de la Comisión Global sobre el futuro del trabajo que desarrollará sus trabajos entre el presente año 2017 y el 2018. Por último, concluirá en 2019 con la celebración de la Conferencia Internacional del Trabajo. En extenso sobre el tema véase el texto de la Memoria presentada por el Director General (http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/104/reports/reports-to-the-conference/WCMS_370408/lang-es/index.htm).

⁵⁸ Véase AA.VV. "Los cambios tecnológicos y el trabajo en el futuro: cómo lograr que la tecnología beneficie a todos", 2016, pág. 3. Disponible en http://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/WCMS_543154/lang-es/index.htm

⁵⁹ *Ibidem*, pág. 5.

En otras, palabras, los sistemas tradicionales de empleo se enfrentan a cambios profundos y de largo alcance, aunque la dirección, la velocidad y el alcance de los mismos no se pueden predecir con certeza⁶⁰.

En ese nuevo escenario de contornos borrosos⁶¹, es indudable, también que el trabajo decente como un “derecho al trabajo de un determinado modo y en determinadas condiciones: en un trabajo de calidad, donde deben quedar respetados los valores de salud, seguridad y dignidad de la persona que trabaja; es decir, el conjunto de los derechos sociales y fundamentales en general del trabajador subordinado”⁶². debe seguir aspirando a conferir legitimidad⁶³, aun nadando a contracorriente en este caso respecto a las consecuencias de la cuarta revolución industrial.

Si se parte de la afirmación de que “no son las nuevas tecnologías las que crean ni destruyen empleo sino las políticas con las que se desarrollan y aplican, y las estrategias de los actores sociales implicados”⁶⁴ parece evidente que el reto es buscar un equilibrio legitimador que sirva para que un fenómeno imparable⁶⁵ como éste aproveche a todos y, especialmente, a los trabajadores y al futuro del trabajo desde los postulados y requerimientos del trabajo decente.

No se olvide, por otro lado, que por más que la extensión e intensidad de los efectos de esa irrupción tecnológica parezcan novedosos, no es la primera vez que han acaecido procesos parecidos -revolución industrial-. En el caso de la *revolución digital* se ha caracterizado por la propia OIT como un proceso complejo, no lineal, progresivo, que requiere una gran cantidad de recursos, y que es impulsado por fuerzas que no son únicamente económicas- y, lo que es más importante, que sus resultados dependen de la acción de los principales actores que intervienen en ellos –no solo los empresarios, sino los trabajadores y su representación en los sindicatos– de los marcos regulatorios en los

⁶⁰ CC.OO. Industria: “La digitalización y la industria 4.0. Impacto industrial y laboral”, 2016, pág. 2. Disponible en http://www.industria.ccoo.es/noticia:246526--Nuevo_informe_sobre_el_impacto_de_la_digitalizacion_y_de_la_industria_4_0_en_el_mercado_laboral.

⁶¹ Como se ha afirmado (ARAGON, J.: “Notas sobre ¿Una nueva revolución industrial?, *Gaceta Sindical* nueva etapa nº27. dic. 2016, pág. 14) una de las manifestaciones de ese carácter “borroso” conceptualmente de la digitalización también da cuenta la creciente extensión de un vocabulario nuevo y en no pocos casos, confuso (casi siempre en inglés): Internet de las cosas, big data, *fintech*, *crowdwork*, *crowdoutsourcing*, *gig economy*, economía colaborativa, o prosumidores, entre otros muchos, con significados e implicaciones muy diferentes.

⁶² MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “La garantía internacional del derecho a un “trabajo decente”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 177, 2015, pág..1.

⁶³ GIL Y GIL, J. L.; “Globalización y empleo: Propuestas de la OIT para un desarrollo sostenible” *Revista Doctrinal Aranzadi Social* num.11, 2014, pág. 29.

⁶⁴ CASTELLS, M., *La Sociedad Red. La Era de la Información, Volumen I*. Alianza Editorial. Madrid, 2011 (la primera edición del original en inglés es de 1996. La cita de la edición española en pág. I) citado por ROCHA FERNÁNDEZ, M.: “La Digitalización y el Empleo Decente en España. Retos y propuestas de actuación”, *Conversación nº 2: Trabajo decente para todos*, Fundación 1º de Mayo, disponible en http://www.ilo.org/madrid/fow/trabajo-decente-para-todos/WCMS_548595/lang--es/index.htm.

⁶⁵ No se olvide que en el ámbito de la Unión Europea entre los Objetivos Europa 2020 la Unión Europea ha incluido situar la inversión en I+D en un 3% del PIB. En nuestro país, a pesar de contar con la Estrategia Española de Ciencia, Tecnología e Innovación 2013-2020 la inversión en nuestro país en 2015 fue de un 1,2% del PIB, mientras que la media de los países de la Unión Europea fue de un 1,9% del PIB y la medida de inversión de los países de la OCDE de un 2,4%. En extenso sobre el tema RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L. (2017) “Plataformas, microworkers y otros retos del trabajo en la era digital”, contribución a la Conferencia Nacional OIT “El futuro del trabajo que queremos”, Madrid, 28 de marzo de 2017, pág.2.

que se desenvuelven y de las políticas públicas que encauzan también su desarrollo, en las que ocupa un papel esencial el Estado⁶⁶.

Al margen de lo anterior, es importante dejar claro que, las nuevas tecnologías y su influencia sobre las relaciones laborales, irrumpen en un escenario como el actual, con problemas estructurales o no, sin resolver (precariedad, dualidad en el mercado de trabajo, debilitamiento de la negociación colectiva...) si nos fijamos en la realidad española y, que si se trasladan al ámbito internacional, revelan que queda un largo camino por recorrer para alcanzar los objetivos estratégicos del trabajo decente que la OIT denunció en 2008⁶⁷.

En la realidad no se producen rupturas tan abruptas como para que, de un día para otro, los nuevos fenómenos reemplacen por completo a los anteriores. Todas estas nuevas realidades van a convivir con los problemas que hoy afronta el mundo del trabajo, sencillamente porque estos problemas no han desaparecido.

En ese estado de cosas, parece que para situar el debate resulta ineludible, huir del falso e intencionado dilema de cuál será el número de puestos de trabajo que se destruirán y cuántos se crearán⁶⁸. Existen otras incógnitas por resolver, sin duda más importantes, como la propia OIT se han preocupado en poner de relieve⁶⁹. como son las tensiones no resueltas por la competitividad en un escenario de globalización como el actual o el reparto de los supuestos beneficios del aumento de la productividad que las nuevas tecnologías conllevarán en un contexto donde la desigualdad crece exponencialmente.

Al margen de lo anterior, debe tenerse presente que las consecuencias de la digitalización van más allá de su incidencia directa sobre el empleo. Es una evidencia que la “cuarta revolución” trae consigo nuevos riesgos de exclusión social de aquellas personas que no puedan aprovechar, por razones geográficas, económicas, sociales o de formación esas tecnologías. Se ha señalado en este sentido que el acceso a la información, y a través de ella al conocimiento, “condiciona hoy en mayor medida la división y la estratificación social. De ahí que hoy hablemos, también de *inforricos* e *infopobres* como categorías sociológicas reales”⁷⁰.

Esas nuevas desigualdades sociales tienen su origen en la brecha digital o lo que es lo mismo, en la desigual distribución y acceso a las tecnologías de la información y la

⁶⁶ AA.VV. “Los cambios tecnológicos y el trabajo en el futuro: cómo lograr que la tecnología beneficie a todos”, cit., pág.3.

⁶⁷ Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008. Disponible en http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/WCMS_099768/lang-es/index.htm.

⁶⁸ Puede ser muy ilustrativa la afirmación de que es evidente que, si cada año se crean cerca de cuarenta millones de empleos en el conjunto del planeta, si hay ochocientos veintitrés millones de trabajadores más que hace veinte años, si hoy hay un total de 3.190 millones de trabajadores en el mundo no estamos en un proceso irreversible de fin del trabajo (ESTRADA, B.: “El fin del trabajo”, Enero 27, 201, *Economistas frente a la crisis*, disponible en <http://economistasfrentealacrisis.com/el-fin-del-trabajo/>).

⁶⁹ AA.VV. “Los cambios tecnológicos y el trabajo en el futuro: cómo lograr que la tecnología beneficie a todos”, pág.3.

⁷⁰ BAIGORRI, A. (1998): *Info-ricos e info-pobres. Navegando sin remos sobre la cresta de la ola*. [documento electrónico] en <http://www.unex.es/sociolog/BAIGORRI/papers/inforricos.htm>, citado por BARRENETXEA AYESTA, M Y CARDONA RODRÍGUEZ, A.: “La brecha digital como fuente de nuevas desigualdades en el mercado de trabajo”, *Economistas*, año núm. 21, núm. 95, 2003, pág. 119.

comunicación entre quienes tienen acceso a las citadas tecnologías y quienes no lo tienen.

Es cierto, y así lo acreditan las cifras en nuestro país, que la brecha se va reduciendo ya que, si bien a principios de la década del 2000 apenas una quinta parte de la población había accedido a internet en alguna ocasión, las cifras más recientes muestran una penetración del nuevo medio cercana al 70% de la población adulta⁷¹. Sin embargo, esa desigualdad digital que puede desembocar en una “exclusión digital”⁷² no desaparece, ni se supera por un mayor número de personas que acceda a internet.

En efecto, por un lado, cuando se ha analizado este fenómeno en España y en otros países de nuestro entorno, se ha demostrado que los niveles de acceso y uso de estas tecnologías son inferiores entre las mujeres, las personas de edad más avanzada y los grupos de estatus socio-económico menos favorecidos⁷³; por otro, debe repararse en que como una más de las manifestaciones de esa desigualdad se sitúa, no tanto el grado de generalización del acceso, como las diferentes habilidades de los usuarios para navegar en la red y aprovechar las oportunidades que esta ofrece⁷⁴.

Expuesto lo anterior y contrastado que estamos ante un proceso abierto y de largo recorrido, que no provocará ni el fin del trabajo, ni tampoco la necesidad de repensar el Derecho del Trabajo, sí es cierto que es inevitable cuestionar si su actual configuración resultará la más adecuada, en atención al volumen y a la calidad de las transformaciones que se han de producir⁷⁵.

Por más que los cambios que sobrevengan sean significativos, quizás nucleares existen puntos de coincidencia en determinados aspectos que atraviesan transversalmente a ese itinerario de equilibrada resolución de las importantes cuestiones que se están planteando.

Resulta en primer lugar imprescindible prestar una especial atención a los potenciales impactos de la economía digital sobre las condiciones de trabajo y los derechos laborales, en suma, sobre la calidad del nuevo empleo que se vaya a crear o del que se transforme. Lo que se confirma si se tiene en cuenta, por un lado, que las nuevas formas de trabajo, sobre todo en las denominadas plataformas digitales proveedoras de servicios, “*platform economy*” o “*platform capitalism*”, pueden provocar que aparezca un grupo de trabajadores de élite económica y profesional vinculada al proceso de digitalización y un resto de trabajadores, probablemente la gran mayoría, poco cualificados con salarios claramente insuficientes y sin apenas derechos ni consideración profesional, por ser considerada su prestación productiva “una pura *commodity* o mercancía de compra/venta”⁷⁶.

⁷¹ Fuente: estudio del CIS 3005 (noviembre de 2013).

⁷² Aunque la expresión está referida a la situación de las mujeres (ARENAS RAMIRO, M.: “Brecha digital de género: la mujer y las nuevas tecnologías” *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá IV* (2011) pág. 106) puede ser utilizada con carácter general.

⁷³ CANTIJOCH, M.: “La desigualdad digital ¿una nueva fuente de desigualdad política?”, *Zoom Político*, / 2014 / 23, *Laboratorio Alternativas*, pág.3.

⁷⁴ *Ibidem*, pág.3.

⁷⁵ GOERLICH, J.M.: “¿Repensar el derecho del trabajo?” *Gaceta Sindical* nueva etapa nº27. dic. 2016, pág. 178.

⁷⁶ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L.: “Plataformas, microworkers y otros retos del trabajo en la era digital” ... cit., pág. 10.

Directamente relacionado con lo anterior y en ese cuestionamiento de los actuales paradigmas que sostienen la arquitectura jurídica de nuestro ordenamiento laboral se encuentra la calificación, la determinación, en suma, del estatus que corresponde a dichos nuevos trabajadores visto que, hoy por hoy, no tienen encaje en ninguno de los actualmente existentes. No son, ni trabajadores por cuenta ajena, ni trabajadores autónomos, pero tampoco pueden encuadrarse en la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente.

Por otro lado, ese riesgo más que real de precarización profundizaría en los ya elevados niveles de existentes en España⁷⁷ lo que conllevaría un aumento de la desigualdad. Se ha advertido en este sentido que en la era digital, donde el capital humano se convierte en el factor clave, “todo indica a que su desigual desarrollo hará aumentar la desigualdad social, en la medida en que el cambio tecnológico y las diferentes oportunidades de aprovechamiento del mismo son el principal elemento generador de desigualdades salariales”,⁷⁸.

Sin duda, otro de esos aspectos transversales es el reto de la formación lo que resulta de especial gravedad en nuestro país, visto el acreditado déficit existente al respecto. En las actuales condiciones no es difícil aventurar que la adaptación a la digitalización adquiere las dimensiones de un reto a largo plazo y de difícil consecución. De ahí que la “cuarta revolución industrial” pueda ser una excelente oportunidad, esperemos que no la última, para conformar un sistema de formación para el empleo, con la suficiente dotación presupuestaria y el que se combinen adecuadamente los requerimientos de la excelencia educativa con los que exige este nuevo contexto económico-empresarial. Al mismo tiempo, habrá que ser especialmente vigilante en la preservación del principio de igualdad de oportunidades en este ámbito, en particular, para quienes tienen dificultades de aprendizaje o viven situaciones de discapacidad o desventaja⁷⁹.

También pueden considerarse transversales, cuestiones como la relación entre la digitalización y el sistema de pensiones -existen propuestas de fiscalidad directa para contribuir a su financiación-, el papel que habrá de jugar las organizaciones sindicales, ante un más que probable aumento del convenio de empresa la negociación colectiva o, por fin, cómo puede la renta básica contribuir a compensar el previsible excedente de mano de obra que se producirá.

Si como se ha puesto de relieve la innovación tecnológica no determina necesariamente una mayor desigualdad social, sino que ésta se produce por una concreta visión política⁸⁰ se impone una recuperación de la dimensión ético-política del trabajo decente, como derecho social universal dotado de valores propios en particular, de la dignidad humana, de manera que el trabajo solo sea decente, en la medida que es instrumento de

⁷⁷ ROCHA FERNÁNDEZ, M.: “La Digitalización y el Empleo Decente en España. Retos y propuestas de actuación” ..., cit., pág. 12.

⁷⁸ MARTIN CARRETERO, J.M.: “La igualdad de oportunidades en la era digital”, disponible en <http://www.20minutos.es/opiniones/jose-moises-martin-carretero-tribuna-igualdad-oportunidades-era-digital-2960561/#xtor=AD-15&xts=467263>

⁷⁹ En extenso sobre el tema puede consultarse, entre otros, AA.VV.: *La igualdad de oportunidades en el ámbito digital*, HURTADO MONTESINOS, M.D y SOTO PÉREZ, F.J. (coords.), Universidad Politécnica de Cartagena, 2008.

⁸⁰ ESTRADA, B.: “El fin del trabajo”, Enero 27, 2017, *Economistas frente a la crisis*, disponible en <http://economistasfrentealacrisis.com/el-fin-del-trabajo/>.

transformación humana y desarrollo ⁸¹. En esa recuperación del significado ético-político del trabajo decente, ha de estar presente el objetivo de un crecimiento, ahora digitalizado, pero en cualquier caso sostenible y solidario en consonancia con los objetivos de la Agenda 2030 para evitar así el deterioro “del contrato social básico subyacente en las sociedades democráticas: el derecho de todos a compartir el progreso”⁸².

⁸¹ CAMAS RODAS, F.: *Trabajo decente e inmigrantes en España*, Huigens Editorial, Barcelona, 2016, pág.29.

⁸² <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/economic-growth/>.

VI. IMPLICACIONES LABORALES DEL NUEVO REGLAMENTO COMUNITARIO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES (REGLAMENTO UE 2016/679, DE 28 DE ABRIL)

Joaquín García Murcia

Universidad Complutense de Madrid

1. Implicaciones laborales

Evidentemente, el Reglamento UE 2016/679 no es no es una norma laboral pero sí tiene implicaciones en el ámbito laboral (y en ámbitos próximos), además de contener alusiones al ámbito de las relaciones de trabajo y previsiones de contenido laboral. Dichas implicaciones habrá que valorarlas con el tiempo, desde luego con la ayuda que pueda proporcionar la experiencia aplicativa de la Directiva 95/46/CE y con el auxilio indispensable de la “técnica”, pues no se puede conocer ni calibrar bien su impacto si no se conocen adecuadamente las operaciones técnicas subyacentes.

2. Aspectos generales

El Reglamento UE 2016/679 tiene una doble alma, pues se trata de una norma de protección de datos personales (algo que se formula como derecho fundamental en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y que es objeto de una habilitación singular con vistas a su regulación en el artículo 16 TFUE) que se inscribe en el ámbito de la tutela de los derechos y la protección social, y al mismo tiempo trata de contribuir a la libertad de mercado y de circulación de datos (protección de derechos fundamentales de las personas y atención a libertades empresariales).

Su regulación es de aplicación directa desde 25 mayo 2018, pero hay una llamada (con la consiguiente habilitación) a los Estados miembros para que aprueben normas específicas a determinados efectos (normas de articulación, normas de organización administrativa), entre otros ámbitos en el laboral, y hay que contar también con la situación en la que queda la Directiva de 1994 y las normas nacionales de trasposición. También hay que contar con la existencia de otras muchas normas que completan el sistema de protección de datos personales (otras directivas, acuerdos internacionales, etc.).

La estructura del Reglamento es compleja y su extensión y grado de precisión es mayor que en la Directiva precedente. Consta de XI capítulos, que se pueden agrupar en parte sustantiva (definiciones, principios, derechos, etc.), parte organizativa y burocrática (sujetos legitimados para el manejo de los datos, responsables de registros o ficheros, papel de los Estados y de las autoridades de control), y parte de refuerzo y especificación. Cabe destacar las reglas relativas a coordinación y coherencia entre los sistemas nacionales, y lo relativo a “situaciones específicas de tratamiento” (que incluye, entre otros ámbitos, el laboral).

El reglamento contiene una lista de definiciones en la que se acoge bastante de lo que decía la Directiva precedente. Las definiciones de datos personales y tratamiento son similares (con algún añadido, como el dato genético o biométrico), pero aparecen muchas nuevas: elaboración de perfiles, datos relativos a la salud, establecimiento principal, empresa, grupo empresarial, o normas corporativas vinculantes, entre otras.

3. Aspectos laborales o con resonancia laboral

Son generales desde luego los principios de recogida y tratamiento de datos (similares a la Directiva): ha de hacerse ajustándose a criterios de licitud, lealtad (algo que no deja de necesitar alguna reflexión) y transparencia (nuevo), han de perseguirse fines determinados, explícitos y legítimos, y han de recogerse de modo adecuado y pertinente (de modo que ya no aparece la expresión “no excesivos”, sustituida por la de “limitados a lo necesario” (minimización).

Una modalidad de licitud sigue siendo por supuesto la necesidad de los datos para la ejecución de contrato o para la aplicación medidas precontractuales. Se pueden conservar además para fines de investigación, estadística o similares.

Se prevé expresamente la hipótesis de uso distinto del que motiva inicialmente el tratamiento (más allá de archivo, investigación, estadística...), y se permite si se estima “compatible”, algo que queda en manos del responsable, que tendrá que decidir teniendo en cuenta diversas circunstancias (relación de fines, contexto de recogida, naturaleza de los datos, posibles consecuencias y existencia de garantías).

Se amplía la regulación del consentimiento como causa de licitud de recogida, y se dice que al evaluar si hay o no consentimiento se tendrá en cuenta si la “ejecución” del contrato (quizá también su propia celebración) se ha supeditado a que se diera consentimiento de recogida.

Se prevé el tratamiento de datos en relación con categorías especiales. En este sentido apenas hay cambios en la regla de prohibición o no recogida, aunque sí hay algún matiz de lenguaje (afiliación en lugar de pertenencia a sindicato, vida sexual y orientación sexual en lugar de sexualidad). En todo caso, hay mayor precisión en las causas que permiten su recogida.

En particular, el cumplimiento de obligaciones en Derecho laboral (que se amplía a seguridad y protección social) se supedita a la medida en que se autorice por regulación de la UE, regulación estatal o convenio colectivo (siempre que se aporten garantías adecuadas). Por otro lado, se mantiene la posibilidad de recogida de estos datos por parte de fundaciones sin ánimo de lucro (sindicatos) en relación con sus miembros, con la precisión de que ello se refiere a datos “actuales” y “antiguos”. También se amplía la posibilidad de recogida de datos a los casos en que sea necesario para fines de medicina preventiva “o laboral”, “evaluación de la capacidad laboral del trabajador”, prestación de asistencia y gestión asistencia sanitaria y social, con base en Derecho UE o estatal (o en base a un contrato con profesional sanitario).

4. En especial, “tratamiento en el ámbito laboral”

El tratamiento de datos en el ámbito laboral se prevé expresamente dentro del marco general relativo a “situaciones específicas de tratamiento” (art.88), capítulo en el que se prevé la posibilidad de que existan reglas especiales para determinados ámbitos sociales o en relación con determinados documentos.

En relación con el ámbito laboral se podría destacar por lo pronto la habilitación a los Estados para que aprueben normas específicas, por disposiciones legales (instancias con capacidad normativa), o convenios colectivos (interlocutores sociales); parece que la disyuntiva responde a los distintos usos normativos en Europa, por lo que en España el

uso del convenio a estos fines parece algo más remoto (si acaso, a través de diálogo social).

Esta intervención se prevé con fines de añadir garantías (“normas más específicas para garantizar”), concretamente en el ámbito de la contratación, la ejecución del contrato, gestión o planificación del contrato, igualdad y diversidad, salud y seguridad, protección de bienes de empleados o clientes, ejercicio y disfrute de derechos y prestaciones, extinción relación laboral. Siempre habrá que preservar la dignidad humana, y prestar atención a la eventual existencia de grupo o unión de empresas, aunque no queda claro si en estos casos se puede proteger más o hay que permitir algo más.

5. Aspectos generales con alguna posible repercusión laboral

Se prevé la conciliación de la protección de datos con la libertad de expresión e información, algo que se dirige al ámbito del periodismo sobre todo, pero en el ámbito laboral se ejercitan a veces esos derechos (por los trabajadores o por sus representantes).

Se regula el derecho al olvido (que implica supresión) y se prevé la limitación de contenido o uso, algo que puede proyectarse en lo laboral.

Se prevé la portabilidad de datos a otro responsable, algo que puede interesar al trabajador con vistas a su contratación, pues un fichero ya estructurado puede ser útil para optar a otra empresa.

Se habla de “perfiles de datos”, en el sentido de que el interesado tiene derecho a que no se tomen decisiones en base a perfiles, regla que sin embargo no juega cuando la decisión es necesaria para la celebración o ejecución de un contrato (de modo que parece darse a entender que se pueden recoger y utilizar datos de perfiles por parte de una empresa con vistas a la contratación).

Se prevé evaluación de impacto (art.35) cuando sea probable que por el tipo de tratamiento (en especial si se hace con ayuda de nuevas tecnologías) entrañe riesgo alto para derechos y libertades; antes del tratamiento hay que evaluar impacto.

Se prevé la figura del delegado de protección de datos (art.37), designado por responsable y encargado de tratamiento.

Se alude a los códigos de conducta (art.40) en los que se dispongan condiciones de recogida o transferencia, condiciones de ejercicio de derechos de los interesados, procedimientos extrajudiciales y de otro tipo para resolver discrepancias, etc. Hay un encargo a los Estados (autoridades de control, comisión, etc.) para que los promuevan con el fin de que contribuyan a la buena aplicación del Reglamento.

VII. GEOLOCALIZACIÓN Y CONTROL BIOMÉTRICO

Ana de la Puebla Pinilla

Universidad Autónoma de Madrid

1. La tecnología al servicio del poder de dirección empresarial. Los derechos fundamentales del trabajador como límite

Los avances en la tecnología generan cambios sustanciales en el ámbito de las relaciones laborales. No solo determinan modificaciones en los modos de producir, sino que además la tecnología suministra al empresario instrumentos cada vez más sofisticados y precisos para controlar la organización productiva y, en particular, el cumplimiento por los trabajadores de las obligaciones inherentes a su relación laboral. Pero, cuanto más avanzados y complejos son tales sistemas, mayor capacidad tiene su uso como instrumentos de control y vigilancia para incidir en derechos fundamentales del trabajador como la intimidad (art. 18.1 CE) o la protección de datos (art. 18.4 CE).

La incorporación de sistemas de videovigilancia y de grabación del sonido ya plantearon en su momento importantes problemas respecto de su uso por la empresa para controlar la actividad de los trabajadores y su validez como mecanismo probatorio de sus incumplimientos. La doctrina judicial elaborada en torno a estos sistemas es expresiva de las condiciones en que tal control debe efectuarse para que se admita su validez.

Así, por una parte, el respeto a la intimidad del trabajador exige que el control afecte exclusivamente a la esfera laboral o profesional del trabajador y que no alcance a espacios que, aun dentro de la empresa, no constituyen propiamente lugares de trabajo (SSTC 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio).

El derecho a la protección de datos –que implica el derecho de los afectados a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales–, también entra en juego en la medida en que la imagen es un dato de carácter personal. Su posible afectación por el uso empresarial de sistemas de vigilancia ha sido objeto de análisis en las SSTC 292/2000, de 30 de noviembre; 29/2013, de 11 de febrero y 39/2016, de 3 de marzo. Estos pronunciamientos coinciden en señalar que la recogida y tratamiento de los datos personales, cuando ello es necesario para el mantenimiento y cumplimiento del contrato firmado entre trabajador y empresario, no requiere el consentimiento del trabajador. Opera, en estos casos, la excepción prevista en el art. 6.2 Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal (LOPD), entendiéndose además que tal consentimiento se entiende implícito en el propio contrato de trabajo.

Sin embargo, en relación con el deber de información que la LOPD atribuye al afectado por la recogida y tratamiento de datos personales, la doctrina del Tribunal Constitucional ha experimentado una evolución. Inicialmente se consideró que aunque no resultara exigible el consentimiento sí lo era la información al trabajador sobre la existencia del sistema de videovigilancia y las implicaciones que ello supondría en relación con la protección de datos. Si en su Sentencia 292/2000 el Tribunal definió el derecho del afectado a ser informado de quién posee los datos personales y con qué fin como elemento caracterizador de la definición constitucional del art. 18.4 CE y de su núcleo esencial; en su posterior sentencia 29/2013 el Tribunal delimitó con rigor tal derecho señalando que no resultaba suficiente que hubiese distintivos en la empresa

anunciando la existencia de cámaras de grabación sino que “era necesaria además la información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida”. Una información que, según el Tribunal Constitucional, debía concretar las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo. Pero estas exigencias se rebajaron sensiblemente en la posterior STC 39/2016 en la que el Tribunal Constitucional matizó su propia doctrina señalando que el incumplimiento de tal deber de información no necesariamente supone una lesión del derecho a la intimidad informática del trabajador. Se afirma en esta última sentencia que tal limitación del derecho a la protección de datos puede estar justificada si resulta una medida justificada, idónea, necesaria y equilibrada, como ocurría precisamente en el caso enjuiciado, en el que existían en la empresa distintivos indicativos de la existencia de cámaras y en el que además había sospechas de actuaciones irregulares por parte de algún trabajador, limitándose la grabación a las zonas de caja donde tales irregularidades se estaban cometiendo⁸³.

2. Sistemas de geolocalización y controles biométricos. Su incidencia en los derechos fundamentales del trabajador

Si estos sistemas de control, menos sofisticados, ya plantearon dudas sobre su legitimidad desde el punto de vista del respeto a los derechos fundamentales del trabajador, con mayor motivo dichas dudas se plantean también en relación con la instalación de mecanismos de geolocalización o la implantación de sistemas biométricos de control. No solo por el carácter más incisivo de estos mecanismos sobre la persona del trabajador sino también por la pluralidad de derechos que pueden resultar afectados por su uso.

2.1. Sistemas de geolocalización

Los sistemas de geolocalización, GPS o dispositivos de posicionamiento global consisten en un sistema de localización que, a través de satélites, antenas y receptores, permite proporcionar estimaciones precisas de posición, velocidad y tiempo. Por ese motivo, el GPS instalado en un vehículo, un teléfono o cualquier otro dispositivo móvil utilizado por el trabajador permite conocer la ubicación y controlar los movimientos del trabajador de modo constante y sin discriminar entre el ámbito profesional y el privado del trabajador. De ello resulta precisamente que cuantos datos se conecten a su manejo y, por ende, a su localización y desplazamientos fuera del centro de trabajo, se proyectan sobre la forma de proceder del trabajador permitiendo conocer en todo momento durante su uso parcelas de la vida del trabajador que por muy imbricadas que estén en el desarrollo de la relación laboral con la empresa inciden potencialmente en la esfera de su derecho a la intimidad personal y, de ser objeto de tratamiento como habitualmente sucede, del que igualmente le asiste a la protección de datos de tal carácter⁸⁴.

⁸³ Aplicando dicha doctrina, vid STS 2 de febrero de 2017 (RJ 1628).

⁸⁴ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 2 de septiembre de 2010 (Asunto Uzun /Alemania) declaró, en un asunto relacionado con una investigación policial, que la instalación de un

El uso de estos sistemas se ha revelado como una fórmula especialmente apta y eficaz para controlar la actividad del trabajador y el cumplimiento de sus obligaciones laborales, especialmente útil además en determinados tipos de actividad profesional como la que desarrollan comerciales, técnicos de mantenimiento o visitantes.

Aunque no existen todavía pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre estos mecanismos de vigilancia del trabajador, la doctrina de suplicación viene aplicando a los sistemas de geolocalización los mismos parámetros que sirven para valorar la legitimidad constitucional de otras fórmulas, especialmente las de videovigilancia.

En este sentido, el punto de partida de los pronunciamientos judiciales es, invariablemente, el reconocimiento de que las facultades empresariales, entre ellas las de control y vigilancia, que tienen su fundamento constitucional en el art. 38 y su base legal en el art. 20.3 ET, se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador. En uso de sus facultades directivas, la empresa puede someter al trabajador a vigilancia en el desarrollo de su actividad profesional incluso mediante la instalación de un sistema de geolocalización en el vehículo o en el teléfono móvil que éste emplea para el desarrollo de su actividad laboral.

Por lo que se refiere a la exigencia de consentimiento o autorización del trabajador para la instalación del GPS, de acuerdo con la doctrina constitucional, como regla general ésta no se considera exigible, bastando a tales efectos con que la empresa haya cumplido su deber de informar al trabajador sobre la instalación del sistema de geolocalización. Sin embargo, por lo que se refiere a este requisito de autorización, la doctrina de suplicación ha diferenciado en función del alcance e intensidad del control que la empresa realiza con el GPS.

Así, se ha señalado que dicha autorización ni siquiera es exigible cuando el sistema de localización y los datos extraídos del mismo son única y exclusivamente los generados por el movimiento del vehículo utilizado por el trabajador solo en jornada de trabajo y a los exclusivos efectos de realizar las funciones propias de su categoría profesional y puesto de trabajo (TSJ Andalucía/Granada, de 15 de julio de 2015, Rº 1264/2015; STSJ Castilla La Mancha de 23 de marzo de 2015, Rº 1775/14).

Cuestión distinta es que, implantado el sistema GPS en un vehículo puesto a disposición del trabajador de manera permanente, por ejemplo en caso de directivos o comerciales, resultara luego que se intentaran hacer valer los datos obtenidos en relación a tramos horarios ajenos a la jornada laboral y a la prestación de servicios (STSJ Castilla La Mancha de 31 de marzo de 2015, AS 1133). Esto último es precisamente lo que ocurre en el asunto resuelto por la STSJ Castilla La Mancha 10 de junio de 2014 (AS 1619). Precisamente se trataba allí de un sistema de geolocalización que se había instalado en el teléfono móvil que la empresa había puesto a disposición del trabajador y que este podía utilizar fuera del tiempo de su actividad laboral. Esta circunstancia se convierte, a la postre, en determinante de que, según la sentencia, el empleador deba ofrecer al trabajador una información adecuada, en los términos de claridad y suficiencia que son exigibles a los efectos de evitar actuaciones sorpresivas. La circunstancia de que el sistema de control alcanzara a espacios físicos y temporales ajenos a la prestación laboral determina que en casos como el analizado se requiera la expresa autorización del trabajador.

sistema GPS constituye una injerencia grave en la vida privada de la persona, por mucho que después llegase a la conclusión de que en ese caso se trató de medida necesaria, justificada y proporcionada.

Más rigor ha manifestado la doctrina de suplicación en cuanto a la exigencia de que el trabajador sea informado de la instalación de tales sistemas de control. De este modo, con carácter general se ha considerado que la inexistencia de información al respecto es suficiente para apreciar la infracción de derecho a la intimidad del trabajador (art 18.1 CE) y del derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE)⁸⁵.

Está por comprobar si las matizaciones incorporadas por la STC 39/2016 sobre la exigencia de información al trabajador en relación con la instalación de un GPS va a suponer una alteración de las condiciones que la doctrina de suplicación viene exigiendo. Antes incluso de esta sentencia, algunos pronunciamientos judiciales ya habían admitido la legitimidad de sistemas de geolocalización de cuya instalación no se había informado al trabajador. Y ello tras apreciar que la medida de vigilancia, en cuanto restrictiva del derecho fundamental a la intimidad, superaba el test de proporcionalidad. A tales efectos, se ha considerado relevante: que el vehículo sea utilizado por el trabajador exclusivamente para fines profesionales, no estando autorizado su uso privado, que el GPS se instale después de que la empresa tenga conocimiento de que el trabajador incumple sus obligaciones laborales y que la actividad laboral se desarrolle fuera del centro de trabajo de modo tal que el trabajador no esté sometido a un control ordinario de jornada y horario (STSJ Cataluña de 5 de marzo de 2012, AS 996). Por su parte, la STSJ Galicia de 26 de abril de 2017 (R° 510/17), valorando la posible lesión del derecho a la intimidad del trabajador por la instalación de un sistema de geolocalización en el vehículo del trabajador, señala que el uso de medios y dispositivos GPS no pueden considerarse ilícitos pues la empresa tiene un claro interés en tener localizados sus vehículos, lo que no incide en la violación de ningún derecho fundamental. En el caso, se trataba de un sistema de control y de seguridad tendente a prevenir o disuadir a posibles infractores, en cuanto se refieren a vigilancia sobre mercancías que pueden ser sustraídas, o localización de vehículos en sus rutas laborales. Mediante el GPS la empresa tuvo conocimiento de que el trabajador había utilizado el vehículo para uso particular cargando a la empresa combustible y peajes de autopista. Sorprende sin embargo que la sentencia, tras reconocer que el sistema de GPS funcionaba 24 horas al día y que no se había informado al trabajador de tal circunstancia y advertir expresamente que su finalidad no era controlar al trabajador sino prevenir eventuales robos, afirme que el sistema no es lesivo de la intimidad o privacidad de la personal y que “tal medio puede considerarse adecuado y proporcionado a la finalidad que se perseguía por la empresa”.

2.2. *Control biométrico*

El control biométrico remite a sistemas técnicos que operan sobre aspectos físicos de las personas para distinguir las singularidades que operan sobre dichos aspectos y que, dado que dichas singularidades no se repiten en dos individuos, permiten la identificación personal. Este tipo de controles pueden efectuarse a partir de la huella digital, de la verificación de la voz o de patrones oculares o de la morfología del rostro pero, en todos los casos, permiten a la empresa acceder a datos esencialmente privados del trabajador. Menos habituales son sistemas, que ya se están empleando en algunas organizaciones empresariales, como los microchips instalados bajo la piel. Se trata de dispositivos fabricados en vidrio y por ello inertes, por lo que no hay riesgo de que reaccionen con el

⁸⁵ SSTSJ Madrid, de 21 de marzo de 2014 (AS 823) y de 29 de septiembre de 2014 (AS 2981) y STSJ Castilla La Mancha, de 28 de abril de 2015 (R° 134/2015).

cuerpo, que envían una radiofrecuencia muy baja, y responden a una señal cuando un escáner se mantiene cerca de ellos y proporcionan su propio número de identificación único. El número puede entonces enlazarse a una base de datos que está vinculada a otros datos. Este tipo de sistemas, que se utiliza en el ámbito médico/sanitario para acceder al historial médico de los pacientes con problemas de comunicación, se está empleando también para permitir el acceso de los trabajadores a las instalaciones de la empresa e incluso a sus ordenadores y, a la vez, permiten a la empresa controlar su actividad laboral. La empresa de vídeo-vigilancia Citywatcher.com, de Cincinnati, Ohio (Estados Unidos), empezó a utilizar en 1996 los 'chips' para controlar el acceso de sus empleados a las zonas de seguridad restringidas de la compañía. Recientemente la empresa belga Newfusion, especializada en marketing digital, ha implantado a varios empleados un chip bajo la piel que funciona como una llave de identificación para abrir puertas. Según la compañía, el chip no permite localizar al trabajador ni tampoco obtener datos personales, de modo que no tiene mayor incidencia en el trabajador que los sistemas más tradicionales de tarjeta de control. En cualquier caso, estos sistemas biométricos resultan especialmente eficaces en cualquier sector como forma de controlar el acceso a los centros de trabajo y, por tanto, horario y jornada.

También en relación a estos sistemas debe valorarse la validez de su uso desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego. Al respecto, el propio Tribunal Constitucional ha sido tajante al negar la posible incidencia de estos sistemas en los derechos fundamentales del trabajador. El Auto de 26 de febrero de 2007 (ATC 57/2007) inadmite el recurso de amparo planteado frente a la STSJ de Cantabria (contencioso-administrativo) de 23 de enero de 2003 en la que se desestimó el recurso planteado por un empleado público frente al Gobierno de Cantabria. El recurso se fundamentaba en la consideración de que el requerimiento por la Administración para que aportara el perfil biométrico de su mano con la finalidad de implantar un sistema de control de permanencia del personal mediante un equipo digital en cuya base de datos se introduciría aquél, vulneraba sus derechos fundamentales a la integridad física y moral, al honor, a la intimidad y a la propia imagen. El Auto del Tribunal Constitucional rechaza de plano tales alegaciones considerando que se asimila indebidamente la integridad física con el derecho a la protección de la salud, sin aportar además prueba alguna de la incidencia que el lector biométrico pueda tener sobre la salud. En relación con el derecho a la intimidad, afirma el tribunal que “carece de todo sustento constitucional afirmar que el derecho a la intimidad corporal se ve vulnerado por la utilización de la mano como instrumento identificativo (...). Es obvio que el derecho a la intimidad corporal no protege frente a una actuación como la presentación de la mano a una máquina o escáner, pues no puede decirse que entre en colisión con el criterio de recato arraigado socialmente acerca de la parte del cuerpo humano afectada, cuyo empleo a fines de identificación tiene, por lo demás, una ya larga tradición en nuestro país”. Pero tampoco se aprecia lesión del derecho a la intimidad personal pues si el sistema de lectura biométrica sirve a la finalidad de controlar el efectivo cumplimiento de sus obligaciones por los empleados públicos, estos deben soportar la carga de ser identificados personalmente. Tal afectación del derecho a la intimidad personal solo podría producirse si con su utilización se pudiera obtener una información distinta y ajena a la finalidad de identificación para el acceso a las dependencias administrativas, y que el interesado no quisiera desvelar por referirse al antes aludido ámbito reservado frente al conocimiento de los demás. Finalmente, el Tribunal advierte de que el hecho de que los datos sobre la biometría de la mano del recurrente sean datos personales no convierte su exigencia y posterior tratamiento automatizado en ilegítimos. No se trata de datos de los que el art. 7 LOPD considera como especialmente protegidos, de forma

que, dado que se requirieron del demandante para verificar el cumplimiento de sus obligaciones en una relación específica con la Administración, su recogida y posterior tratamiento no estaban condicionados a su consentimiento (art. 6.2 LOPD). Sólo en el caso de que el demandante hubiera alegado y acreditado que el tratamiento se efectuaba al margen de las garantías establecidas en la LOPD podría apreciarse la vulneración de su derecho fundamental a la intimidad.

En esta misma línea se ha pronunciado también el Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, con ocasión de la demanda por lesión de los derechos fundamentales a la intimidad, la integridad física y la protección de datos presentada en este caso por la Confederación General del Trabajo de Cantabria (CGT Cantabria) y el Sindicato de Trabajadores de la Enseñanza de Cantabria (STEC) respecto de la implantación del mencionado nuevo sistema de control horario en la Administración del gobierno de Cantabria. El sistema de control horario implantado consistía en la lectura biométrica de la mano por un escáner y en la transformación de su imagen tridimensional en un algoritmo plasmado denominado *template*. Este *template* se incorpora a una base de datos que permite su asociación con la identidad de los empleados, haciendo posible el control horario de éstos. En su Sentencia de 2 de julio de 2007 (R° 5017/2003), el Tribunal Supremo confirmó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia considerando que el sistema de control era respetuoso con el derecho a la integridad física y moral, ya que no se sufre una injerencia no consentida. Tampoco se considera lesionado el derecho a la protección de la salud porque el mecanismo utilizado no genera un resultado perjudicial para el empleado. Asimismo, el Tribunal considera que la captación de infrarrojos de una imagen tridimensional de la mano para controlar el cumplimiento del horario de trabajo, no afecta a la protección de datos de carácter personal.

Estos pronunciamientos han servido de pauta para la resolución de asuntos similares en la escasa doctrina de suplicación del orden social de la jurisdicción recaída sobre este tipo de instrumentos de control y vigilancia de los trabajadores. Así ocurre en la STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 29 mayo de 2012 (AS 2012\1915), en la que, con cita expresa a la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, se declara que la tecnología de reconocimiento de huella dactilar implantada por la empresa para controlar el horario de trabajo, no lesionaba el derecho fundamental a la intimidad personal de los trabajadores afectados. Mayor interés tiene la STSJ de Murcia de 25 enero de 2010 (AS 2010\165), porque en ella, además de reiterar lo señalado en los anteriores pronunciamientos sobre la no afectación del derecho a la intimidad, se valora también la adecuación del sistema de huella digital en relación con el derecho a la protección de datos. Al respecto, en respuesta a las alegaciones de la demanda conforme a las cuales no se habían respetado, entre otros, las obligaciones de información y consentimiento de los trabajadores, el Tribunal apela de nuevo a la doctrina constitucional elaborada en torno a los sistemas de videovigilancia y, después de advertir que los trabajadores habían sido debidamente informados, afirma que “no existen datos que permitan concluir que los trabajadores, cuando con ocasión de su contratación facilitaron sus datos personales a la empresa, ignoraran que habrían de ser utilizados para el control de su acceso a las instalaciones y, concretamente, con ocasión de la instalación del nuevo sistema de control, los hechos declarados probados dejan cumplida cuenta de que fueron informados de que la nueva recogida de datos biométricos era a los efectos de ser controlados mediante el nuevo sistema implantado, de modo que su aquiescencia respecto de la captación de los mismos evidencia su consentimiento para la utilización con la finalidad manifestada por la

empresa”. Se consideran debidamente cumplidos, por todo ello, tanto los deberes de información como los de consentimiento que impone la adecuada protección de los datos.

3. Nuevas técnicas de control de la actividad laboral y modulaciones necesarias en el control judicial de su uso empresarial

Es evidente y razonable que la doctrina de suplicación se sirva de los parámetros y criterios fijados por el Tribunal Constitucional para determinar la legitimidad constitucional de los nuevos sistemas de vigilancia implementados por las empresas para controlar la actividad de sus empleados. Pero la aplicación de tales parámetros, diseñados, como se ha advertido, respecto de concretos y específicos sistemas de vigilancia, no debe efectuarse de forma mimética cuando se trata de aplicarlos a mecanismos con peculiaridades y alcance diferentes. La especial intensidad del control que puede efectuarse con los sistemas de geolocalización, el alcance indiscriminado de los datos que con tales fórmulas se obtienen, en la medida en que puede extenderse más allá del espacio acotado de la actividad laboral, y su afectación a ámbitos no estrictamente profesionales, determinan que, en estos casos, las exigencias fijadas por el Tribunal Constitucional se apliquen con rigor y sin eludir el análisis de las peculiaridades que tales sistemas presentan. En particular, las exigencias de información y autorización que derivan de la LOPD deben valorarse con criterios específicos, adaptados a las peculiaridades de cada sistema de vigilancia y a su capacidad de incidencia en los derechos fundamentales del trabajador. A estos efectos, deviene esencial la delimitación y diferente tratamiento que la doctrina de suplicación viene efectuando en función del alcance de la información que el sistema de geolocalización suministra a la empresa, discriminando la solución en función de si el sistema de control y la información que éste suministra queda restringido o no al ámbito estrictamente profesional del trabajador.

Por su parte, os sistemas de control biométrico parecen resultar, a la vista de las respuestas judiciales que han suscitado las controversias planteadas al respecto, mucho más inocuos desde el punto de vista de los derechos fundamentales del trabajador. Pero no cabe duda de que tales sistemas permiten acceder a una información cuyo uso, más allá de la finalidad estrictamente laboral para la que se implementan, puede afectar a la intimidad personal e informática del trabajador. El control judicial, en estos casos, no puede limitarse a la mera valoración de si el sistema de control ha sido implantado con autorización o conocimiento del trabajador, deberá, más allá de ese imprescindible control, alcanzar de forma rigurosa al tratamiento y uso que de tales datos efectúe la empresa.

VIII. VIDEOVIGILANCIA EN EL TRABAJO: EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

Ana Isabel Pérez Campos
Universidad Rey Juan Carlos

1. Introducción

Resulta indudable la relevancia creciente que han tenido los nuevos sistemas de información y comunicación y, por ende, de control y vigilancia en el ámbito de las relaciones laborales. Ahora bien, la utilización de la videovigilancia en el ámbito laboral posee importantes implicaciones en relación con derechos fundamentales, tales como los relativos a la intimidad (art. 18.1 CE) y a la protección de datos personales (art. 18.4 CE).

El ordenamiento español carece de una normativa detallada y específica de aplicación al ámbito laboral; en consecuencia, en su delimitación y alcance resulta esencial la labor de interpretación efectuada por parte de la jurisprudencia.

El objeto del presente análisis se sitúa en dar cuenta de la nueva doctrina jurisprudencial sobre la materia, si bien, una adecuada comprensión de su alcance aconseja exponer, siquiera sucintamente, la evolución seguida por el Tribunal Constitucional (TC) en los pronunciamientos en que ha tenido ocasión de enjuiciar la constitucionalidad de la utilización por parte empresarial de medios de videovigilancia con fines de control de la prestación laboral.

A este respecto, el tema objeto de estudio abordará especialmente la incidencia de la sentencia 39/2016, de 3 de marzo, relativa a un conflicto entre el uso de la videovigilancia como medida de control empresarial y los derechos de los trabajadores a la intimidad y a la protección de datos personales. La relevancia de esta Sentencia reside en que, en ella, el TC modifica la doctrina que respecto a este último derecho había establecido previamente. Este último pronunciamiento da un giro sustancial en relación con el grado de precisión y exigencia requerido para entender cumplido el deber empresarial de informar a los trabajadores sobre la instalación de cámaras de videovigilancia y la finalidad a la que se destinan los datos obtenidos a través de ella.

Desde este escenario, el Tribunal Constitucional ha llevado a cabo un interesante debate sobre dónde empieza y cuándo termina el poder de control empresarial y el derecho a la intimidad y protección de datos del trabajador.

2. Encuadre normativo

La instalación de cámaras de vigilancia en las empresas para el control laboral de los empleados (control de horarios de entrada y salida, controles de calidad, desempeño de sus funciones etc.) es una práctica que no cuenta con una legislación clara; por ello la labor de interpretación efectuada por la jurisprudencia, en la delimitación y alcance de los derechos fundamentales del trabajador, tales como la intimidad y la protección de datos, resulta ser esencial.

Al empresario, se le reconoce en nuestro ordenamiento la facultad de ordenar la actividad de su empresa. Dicha potestad está relacionada con la libertad de empresa que

reconoce nuestra Constitución. Dentro de esta facultad se encuadraría la de examinar la labor de sus empleados, comprobando que cumplen con sus obligaciones. Ahora bien, este poder no es absoluto; al contrario, tendrá que respetar en todo momento los límites que impone la legislación laboral y las cláusulas contractuales para no caer en el abuso, en la ilegitimidad. En otros términos, el empresario deberá actuar de buena fe, persiguiendo los fines de su empresa, sin lesionar los derechos de los trabajadores.

Así pues, el ordenamiento jurídico español limita, las medidas de vigilancia o control de los trabajadores que produzcan una intromisión en su vida privada, en particular en aquellos ámbitos que no guardan relación directa y expresa con los aspectos técnicos y organizativos del trabajo o con su desarrollo.

El uso de cámaras de videovigilancia en el trabajo puede resultar limitado por dos derechos fundamentales del trabajador, por un lado, el derecho a la intimidad (art. 18. 1 CE) y, por otro, el derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE). La frontera entre estos dos derechos y el poder de dirección y organización del empresario puede verse delineado en función de dos variables, la información previa del empresario al trabajador sobre la colocación de las citadas cámaras de videovigilancia y la finalidad disciplinaria o de seguridad perseguida con su colocación.

Por su parte, respecto a la instalación de cámaras de seguridad en las empresas, la normativa laboral establece, en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, 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 humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso”*.

En términos generales, no podría afirmarse que existe una incompatibilidad absoluta entre el respeto de los derechos del trabajador por parte de la empresa y los sistemas de control que le permiten al empresario obtener información sobre el grado de cumplimiento de las obligaciones de sus empleados y hacer acopio, así, de elementos de prueba de las irregularidades detectadas⁸⁶. En el derecho español las facultades de vigilancia y control de que dispone el empresario encuentran su fundamento constitucional en la libertad de empresa y se incluyen dentro del poder de dirección en la relación laboral.

No obstante lo anterior, ésta no es la única normativa que regula que la instalación de cámaras de videovigilancia en el entorno laboral. Los sonidos e imágenes son objeto de protección por parte de la Ley Orgánica de Protección de Datos (en adelante L.O.P.D.). Así, la filmación que se realice por las cámaras de vigilancia si es grabada, nos encontramos ante lo que la L.O.P.D. califica como de "tratamiento de datos" por lo que entra de lleno en su ámbito de actuación.

No hay que olvidar que no se trata de un derecho absoluto, por el contrario, se trata de un concepto jurídico amplio e indeterminado, de ahí que sea la jurisprudencia la encargada de establecer su ámbito de protección, atendiendo particularmente a las circunstancias (personales y objetivas) concurrentes en cada caso concreto. A este respecto, como se ha señalado por parte de la doctrina científica, los órganos

86 GUDE FERNÁNDEZ, A., “La videovigilancia en el ámbito laboral y el derecho a la intimidad”, *Revista General de Derecho Constitucional* 20, 2015, pág. 67.

jurisdiccionales han convertido a la intimidad, por esta vía, en un límite directo y efectivo al empleo de las nuevas tecnologías en el marco laboral⁸⁷, lo que ha propiciado en ocasiones contradicciones, originándose una cierta inseguridad jurídica⁸⁸.

3. Evolución jurisprudencial

Son básicamente cuatro los pronunciamientos constitucionales los que, al hilo de sendos recursos de amparo, han abordado esta cuestión: los dos primeros lo han hecho desde la perspectiva del derecho a la intimidad (STC 98/2000, de 10 de abril y STC 186/2000, de 10 de julio); y los dos siguientes analizan el alcance del derecho fundamental a la protección de datos, (STC 29/2013, de 11 de febrero y la nueva STC 39/2016, de 3 de marzo).

3.1 La doctrina jurisprudencial precedente

Los dos primeros pronunciamientos en que el TC afrontó el ajuste constitucional del control empresarial, mediante medidas de grabación de imagen y sonido, fueron las STC 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio. Ambos pronunciamientos se centraron en la adecuación de este modo de vigilancia con el respeto al derecho a la intimidad de los trabajadores (art.18.1 CE).

A partir de su doctrina, se consideró que el derecho a la intimidad no es absoluto y puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, en razón a que se desenvuelve en el seno de una organización productiva que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente y para cuya buena marcha es imprescindible el poder de dirección del empresario, regulado en el art. 20 ET y cuyo apartado 3 le atribuye la facultad de adoptar medidas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales. Así, desde tal presupuesto, el Tribunal sostuvo que la constitucionalidad de la medida empresarial restrictiva de los derechos fundamentales del trabajador venía determinada por la estricta observancia del referido principio de proporcionalidad, cuya superación requería constatar el cumplimiento por la medida cuestionada del conocido triple juicio de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, lo que exigía, en definitiva, atender a las circunstancias de cada caso concreto.

En otros términos, para concordar ambos puntos de vista, se han establecido ciertos límites y requisitos a la videovigilancia. Así, la jurisprudencia de nuestros tribunales ha establecido lo siguiente:

- La instalación de las cámaras solo podrá realizarse en el lugar de trabajo, aquel lugar donde se presta la actividad laboral.
- No se podrá captar la imagen del trabajador en aquellas instancias que se dediquen al descanso, a la actividad sindical, así como los aseos, vestuarios o taquillas de los trabajadores. En cambio, sí se admitiría la grabación en el exterior de los aseos o en los accesos a los vestuarios.

⁸⁷ SEGOVIANO ASTABURUAGA, M. L., “El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 2, 2004, pág. 154.

⁸⁸ ALA SÁNCHEZ, T., “El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral”, *Trabajo y Libertades públicas*, La Ley, Madrid, 1999, pág. 205.

El principio de proporcionalidad es una constante exigencia cuando se trata de establecer medidas restrictivas de derechos fundamentales. Para que este principio se cumpla, la instalación de las videocámaras deberá superar tres juicios:

- a) Juicios de idoneidad. Para superar dicho juicio, las cámaras deberán ser susceptibles de alcanzar el objetivo para el que se supone fueron instaladas.
- b) Juicio de necesidad. Esto se cumplirá cuando no exista otra medida distinta, menos lesiva para los derechos de los trabajadores, que cumpla la misma función con la misma eficacia.
- c) Juicio de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, que de su instalación se deriven más ventajas que perjuicios.

La aplicación de este criterio de enjuiciamiento llevó al TC a apreciar la vulneración del derecho a la intimidad de los trabajadores por considerar que la medida empresarial entonces controvertida -la instalación de un sistema de audición y grabación de sonido en un casino con fines de seguridad, especialmente ante eventuales reclamaciones de clientes-, no resultaba en aquel caso conforme al principio de proporcionalidad (STC 98/2000, de 10 de abril).

Por el contrario, a distinta conclusión llegó la STC 186/2000, de 10 de julio respecto a un supuesto en que la empresa instaló un circuito cerrado de televisión que controlaba la zona de caja de un economato en que prestaba servicios la trabajadora demandante, ante la existencia de razonables sospechas de la comisión por su parte de graves irregularidades en su puesto de trabajo. En este caso, la constatación de que esta medida empresarial superaba el indicado test de proporcionalidad llevó al TC a rechazar la existencia de lesión del derecho a la intimidad -y adicionalmente, del derecho a la propia imagen-, afirmando expresamente que el hecho de que la instalación del sistema de videovigilancia no hubiera sido objeto de previa puesta en conocimiento del comité de empresa y de los trabajadores afectados carecía de trascendencia desde la perspectiva constitucional, tratándose en todo caso de una cuestión de mera legalidad ordinaria vinculada al art. 64 ET.

Por otra parte, tras más de una década, el TC volvió a pronunciarse sobre el derecho de los empresarios a la instalación de cámaras de videovigilancia. A este respecto, destaca la STC 29/2013, de 11 de febrero que volvió a enjuiciar la constitucionalidad de la videovigilancia, pero esta vez desde la perspectiva del derecho a la protección de datos personales (art.18.4. CE). El supuesto enjuiciado en este pronunciamiento versaba sobre el despido de un trabajador de la Universidad de Sevilla por infracciones referidas al cumplimiento de su horario laboral, habiéndose constatado tales ilícitos a partir de las imágenes grabadas por las cámaras de videovigilancia instaladas en el recinto universitario (vestíbulo y zonas de paso público). En dicho recinto existían distintivos anunciando la presencia de las cámaras y la captación de imágenes, si bien, no se había informado al trabajador de que las grabaciones podían utilizarse para supervisar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Al hilo de estos hechos, y tras razonar que las imágenes grabadas constituyen un dato de carácter personal protegido en el art.18.4 CE afirma que elemento caracterizador de su núcleo esencial es el derecho del afectado a ser informado de quién posee los datos personales y con qué fin. Mas específicamente, refiere al alcance del deber de información señalando expresamente que será necesaria una información “previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida” y que “debía concretar las

características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo”.

En definitiva, ante la falta de regulación expresa en la normativa laboral en materia de videovigilancia y respecto del alcance de los derechos fundamentales del trabajador frente al uso de videocámaras para el control de la actividad laboral, la jurisprudencia, por su parte, había establecido que es posible la utilización de medios audiovisuales, siempre que sea indispensable para garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales y se sujete al principio de proporcionalidad e intervención mínima (SSTC 98/2000 y 186/2000, de 10 de abril y 10 de julio respectivamente). De tal forma que para garantizar que la medida sea proporcional, se exigen ciertos límites:

Así, en primer lugar, se diferencia entre lugares de trabajo y lugares de descanso, ocio o recreo, propios estos últimos de la esfera privada del trabajador. De este modo, mientras se pueden emplear medios audiovisuales de control de la actividad laboral en los lugares de trabajo, no se podrá hacer en los lugares pertenecientes a la esfera personal del trabajador. Así, vestuarios, baños, cafeterías, habitaciones de recreo y otros análogos (SSTJ de Madrid de 12 de marzo de 1992, Andalucía de 17 de enero de 1994, Galicia de 21 de abril de 1995, de Valladolid de 18 de septiembre de 2006).

En segundo lugar, debe ser proporcional (STC 98/2000, de 10 de abril). De este modo, por ejemplo, no se grabará audio cuando sean suficientes los medios meramente visuales para asegurar el cumplimiento de las obligaciones laborales. De este modo se prohíbe la grabación continuada, genérica e indiscriminada de todas las conversaciones realizadas en la empresa mediante micrófonos (STC 98/2000). Sólo cuando sea imprescindible se empleará también el audio y se grabarán las conversaciones (STC 231/1988 y STC 197/1991). De tal modo, que por regla general, no se podrán interceptar las comunicaciones, grabar conversaciones telefónicas, salvo que sea estrictamente necesario para asegurar el cumplimiento de la actividad laboral. Así, por ejemplo, trabajador de telemarketing, teleoperador, que trabaja a través del teléfono, siempre previo conocimiento del trabajador (STS de 5 de diciembre de 2003)⁸⁹.

En tercer lugar, los medios de videovigilancia deben ser conocidos por los trabajadores, tanto su existencia, como su ubicación. No se podrán colocar medios clandestinos para grabar a los trabajadores sin que estos los sepan. De tal modo que tanto la existencia de los medios, como su concreto emplazamiento deben ser comunicados a los representantes de los trabajadores, en su caso, como a los propios trabajadores (STC 29/2013, de 11 de febrero)⁹⁰.

En cuarto lugar, su utilización debe ser generalizada e indiscriminada, para controlar todo un colectivo de trabajadores, no puede ser discriminatoria, para controlar a un trabajador en concreto (STSJ de Valladolid de 18 de septiembre de 2006). Sin embargo, la primera posibilidad, se ha admitido cuando sea de forma puntual y temporal, tras acreditadas razonables sospechas de incumplimientos contractuales y se emplea con la

⁸⁹ TOSCANI JIMÉNEZ, D., “Las facultades de la empresa de videovigilancia de sus trabajadores. comentario a la STC 39/2016, de 3 de marzo”, *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 23, 2017, ISSN: 2070-8157, pág. 367.

⁹⁰ GOÑI SEIN, J.L.: *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 47. TOSCANI JIMÉNEZ, D., “Las facultades de la empresa de videovigilancia de sus trabajadores. comentario a la STC 39/2016, de 3 de marzo”, *cit.*, pág. 371.

exclusiva finalidad de la verificación de tales hechos, comprobar que no se trata de un hecho aislado o de una confusión, sino de una conducta ilícita reiterada (STC 186/2000, de 10 de julio).

Por todo lo expuesto, no existiría incompatibilidad alguna entre los derechos fundamentales de los trabajadores y la instalación de sistemas de videovigilancia para obtener información del cumplimiento de las obligaciones de los empleados o dotarse de pruebas para denunciar irregularidades cometidas por éstos.

Ahora bien, ¿qué sucedería en el caso de videocámaras que se instalan sin su previo aviso al trabajador?. A su respuesta ha contribuido el último pronunciamiento del TC que a continuación se analiza.

3.2. Nueva interpretación jurisprudencial. La devaluación de la información “expresa, precisa e inequívoca”

La reciente sentencia de TC 39/2016, de 3 de marzo, que aborda el alcance del deber de información empresarial ante la colocación de cámara de videovigilancia en la empresa, ha vuelto a suscitar el debate y la actualidad de las fronteras entre el control empresarial y el derecho a la protección de datos.

En esta Sentencia, el TC entiende que la empresa estaba legitimada para poder captar y utilizar estas imágenes, ya que tenía sospechas previas sobre el trabajador y el sistema que instaló estaba destinado a confirmar dichas sospechas. Todo ello a pesar de no cumplir con los requisitos anteriormente expuestos y que habían fijado la utilización de las cámaras con estos fines hasta ese momento.

En nuestro ordenamiento, la doctrina y la jurisprudencia han llevado a cabo una admisión de excepciones que permitan la implantación de esta videovigilancia oculta⁹¹. Se permitirá en aquellos casos en que la misma sea imprescindible para que la actividad de la empresa se desarrolle correcta y ordenadamente. Nuestro Tribunal Constitucional, en su reciente sentencia de 3 de marzo de 2016, negó la existencia de una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos al producirse un despido basado en las imágenes que captó una videocámara, que no había sido previamente anunciada a la empleada⁹².

Con la STC de 3 de marzo de 2016 se ha dado un paso más en la potestad empresarial de colocación de cámaras de videovigilancia con una finalidad disciplinaria. El alto tribunal considera que la facultad empresarial de control viene legitimada por el art. 20.3 del ET, que expresamente faculta al empresario a adoptar medidas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por los trabajadores de sus obligaciones laborales. Esta facultad general de control prevista en la ley, legitima el control empresarial del cumplimiento por los trabajadores de sus tareas profesionales y el consentimiento de los trabajadores a tales efectos viene implícito en la celebración del contrato de trabajo. Además, es suficiente con la existencia de varios distintivos

⁹¹ DESDENTADO BONETE, A., MUÑOZ RUÍZ, A.B., “Trabajo, videovigilancia y controles informáticos: un recorrido por la jurisprudencia”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2014, pág. 43.

⁹² GARCÍA RUBIO, M^a A., “Nueva doctrina constitucional sobre videovigilancia laboral y protección de datos personales” (http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/doctrina-constitucional-videovigilancia-laboral-proteccion-personales_11_964930001.html).

desplegados por la empresa en las instalaciones, que anuncian la presencia de instalación de cámaras y captación de imágenes.

Para poder salvar cualquier intromisión en la intimidad del trabajador, el TC toma como base el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos (LOPD), por el que el empresario no necesitaría el consentimiento del trabajador para el tratamiento de los datos del trabajador con una finalidad de control de cumplimiento de la relación laboral, al considerarse las imágenes como dato personal. El consentimiento del trabajador se entiende implícito siempre y cuando la finalidad esté vinculada al contrato de trabajo, siendo para otros casos necesario el consentimiento. Por tanto, esta Sentencia rebaja los requisitos para admitir como válidas las imágenes grabadas por la empresa con fines disciplinarios, desde un punto de vista de protección de datos.

Tampoco aprecia el TC 39/2016 vulneración del derecho a la intimidad. En este punto, y en paralelo con el enjuiciamiento realizado en la mencionada STC 186/2000 somete la medida empresarial restrictiva del derecho fundamental a la observancia del principio de proporcionalidad.

Como ya se ha señalado por parte de la doctrina científica⁹³, el retorno a la aplicación del principio de proporcionalidad determinará que el requisito de la idoneidad se dará siempre, pues ciertamente la instalación de videocámaras es idónea para la consecución de múltiples fines; la necesidad también si se interpreta en el sentido de que la grabación sea precisa para obtener las pruebas buscadas y, en cualquier caso, el recurso al principio de proporcionalidad llevará a depender fuertemente de la ponderación que realice el juez en cada caso concreto, lo que podría llevar a pronunciamientos dispares sobre realidades equiparables.

La nueva interpretación jurisprudencial, en cierta medida, correctora de la anterior al considerar que la omisión de información explícita a los trabajadores, sobre la existencia de cámaras específicamente orientadas a sus posiciones, no supone una lesión del derecho fundamental previsto en el artículo 18.4 CE. Esta interpretación ha suscitado el debate por parte de la doctrina científica⁹⁴; debate que también se manifiesta en los votos particulares de la propia sentencia⁹⁵. El alto tribunal considera que el trabajador conocía que en la empresa se había instalado un sistema general de control por videovigilancia, “sin que haya que especificar, más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control”. Se considera suficiente con la colocación de un distintivo que avise de la existencia de cámaras, dando por hecho que los trabajadores deben conocer que tales medios son para el

⁹³ GOÑI SEIN, J.L.: La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales, Aranzadi, Pamplona, 2007, págs. 44-50

⁹⁴ Entre otros, véanse, los siguientes comentarios de sentencia efectuados por SEPULVEDA GÓMEZ, M., “Poder de control empresarial mediante cámaras de videovigilancia y derecho de los trabajadores a la protección de datos personales”, *Temas laborales*, núm. 133, 2016, págs. 219-235. GARCÍA RUBIO, M^a A., “Nueva doctrina constitucional sobre videovigilancia laboral y protección de datos personales” (http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/doctrina-constitucional-videovigilancia-laboral-proteccion-personales_11_964930001.html).

⁹⁵ Véase voto de los magistrados Valdés Dal-Re y Asua Batarrita.

control del cumplimiento de las obligaciones laborales y que, por tanto, se pueden sancionar los incumplimientos que se constaten a través de los mismos⁹⁶.

En fin, resulta “curioso” el criterio aplicado por el alto tribunal de devaluación del deber de información para hacer cumplido el deber empresarial de información con la mera colocación de distintivos que anuncien la presencia de cámaras de videovigilancia, con todas las interpretaciones que esto puede suponer, especialmente la relativa a que se deja al amplio espacio a la capacidad de deducción del trabajador, que éste vea la información y extraiga de ella las consecuencias oportunas.

Si tenemos en cuenta que antes se ha dicho que la información formaba parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos; y el deber de información constituye como se ha dicho una excepción a la regla general (y más garantista) de consentimiento, se podrá apreciar hasta qué punto el contenido esencial del citado derecho, y las garantías de éste, se ven disminuidas y relativizadas⁹⁷.

No obstante, es importante tener en cuenta el fondo de la cuestión de esta sentencia y las posibles limitaciones que nos pudieran suscitarse, siendo arriesgado considerar un criterio general sobre este asunto.

El argumento de fondo de la citada sentencia se sitúa en la potestad de control del empresario sobre el trabajador a través de este sistema ante posibles robos o hurtos por parte de los trabajadores, por lo que puede abrir la puerta a que se videovigilen otras cuestiones de control empresarial, como pueda ser la puntualidad en la empresa, la presencia laboral o la higiene de los trabajadores. Todo ello, teniendo como única base informativa el cartel de videovigilancia (con un fin de seguridad), y considerando que la empresa se encuentra legitimada en base al mencionado artículo 6.2 de la LOPD.

En definitiva, en el somero repaso realizado sobre la evolución jurisprudencial sobre la instalación de cámaras de videovigilancia en el trabajo, se observará un reforzamiento del poder de vigilancia y control empresarial –mediante cámaras de videovigilancia, sistemas de escucha, dispositivos de geolocalización, almacenamiento de listados de conexión a Internet, etc.–, y, en consecuencia, una flexibilización o matización en la interpretación del alcance de determinados derechos fundamentales de los trabajadores, tales como: el derecho a la intimidad, el derecho al secreto de las comunicaciones o el derecho a la protección de datos de carácter personal.

⁹⁶ TALENS VISCONTI, E.: “Videovigilancia mediante cámaras fijas y protección de datos en el ámbito laboral”, *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, núm. 33, 2013 pág. 250.

⁹⁷ CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A., “El derecho a ser informado como elemento esencial del derecho a la protección de datos. Una visión crítica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de su cambio de doctrina en la STC 39/2016. *Revista vasca de administraciones públicas*, núm. 106, 2016. págs. 210.

IX. INSTRUMENTOS TECNOLÓGICOS Y RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

Juan Pablo Maldonado Montoya
Universidad CEU-San Pablo,

1. Normas de otros tiempos

Junto a otros factores, que convergen al tiempo, las nuevas tecnologías están transformando el mundo productivo, el trabajo y las relaciones de trabajo, tanto las individuales como las colectivas. La fuerza con que dichas tecnologías irrumpieron en la relación individual del trabajo, al relativizar el tiempo y el lugar de trabajo, y la dependencia laboral, y generar profunda inquietud sobre el grado de invasión en la intimidad del trabajador que podían llegar a suponer, han ensombrecido la importancia y posibilidades que las mismas tienen para las relaciones colectivas de trabajo. Adviértase como las nuevas tecnologías permiten alterar –y de hecho alteran- la comunicación entre los trabajadores y sus representantes, como la interlocución entre estos últimos y la empresa.

Bajo la creencia de que los nuevos instrumentos tecnológicos no alteran en esencia las relaciones de trabajo y que por lo tanto basta con las normas ideadas y aprobadas antes de que aquéllas irrumpiesen en la sociedad, no encontramos normas legales que aborden la cuestión. El legislador español, siguiendo la actitud adoptada frente a otras nuevas cuestiones laborales, ha dejado –forzado- que sean los tribunales los que asuman la tarea de adaptar el sistema de relaciones laborales a los avances tecnológicos, y de acomodar la utilización de estas últimas a dicho sistema, haciendo tal vez algo más que interpretar⁹⁸.

Afectando las nuevas tecnologías a derechos fundamentales, como el de la intimidad –sobre todo en el ámbito de la relación individual de trabajo- o como la libertad sindical, no es de extrañar que la tarea recaiga sobre todo en el Tribunal Constitucional, que va sentando doctrina en la materia y que constituye el punto de referencia más fiable para los operadores jurídico-laborales. Pero no todo llega al Tribunal Constitucional, ni queda en él, más aun en un tema de casuística tan rica. Acudimos por ello también a la doctrina de la jurisdicción ordinaria.

2. Comunicación con los trabajadores

2.1. STC 281/2005. Utilización sindical del correo de la empresa

Es sabido que la ley no contiene previsiones expresas sobre el uso sindical del correo electrónico de las empresas. Tanto el artículo 81 ET como el 8 LOLS establecen la

⁹⁸ Para SAN MARTÍN, C.: “El uso y el control de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral. Algunas pautas recurrentes en la doctrina judicial, para tener en cuenta”, *Aranzadi Social*, núm. 26, 2007 (BIB 2007, 997), el principal motivo que desincentiva la regulación legal del uso de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral estriba en el dinamismo de la materia y el consiguiente riesgo de que cualquier regulación al respecto quede obsoleta rápidamente.

obligación empresarial de poner a disposición de los sindicatos un tablón de anuncios. Tan parca previsión es la propia de tiempos en que la tecnología no permitía aún otra cosa. Pero la norma se ha mantenido inalterada, y ello a pesar de las numerosas reformas laborales. Una interpretación estrictamente literal dejaría fuera de ese deber de poner a disposición de los sindicatos al correo electrónico. Pero una interpretación contextualizada de la ley obligaría a una lectura amplia de la misma, en virtud de la cual las funciones del tablón pueden ser predicables para el correo electrónico, sin que la propiedad empresarial de dicho medio lo impida (pues tan propiedad privada es el tablón como el correo electrónico)⁹⁹. De entre las distintas resoluciones judiciales que abordan esta cuestión, hay que destacar la STC 281/2005, de 7 de noviembre¹⁰⁰, que sienta la doctrina base sobre la cuestión, a través de una interpretación amplia de la ley, que en esencia permite equiparar los medios telemáticos al tablón de anuncios, aunque con importantes matices.

A. Durante un cierto tiempo la empresa tolera el envío de correos electrónicos de un determinado sindicato a afiliados y trabajadores de la empresa, desde el servidor externo del sindicato al servidor interno de la empresa. Transcurrido un año, el servidor de la empresa empieza a rechazar estos mensajes. La decisión de la empresa se basa en la avalancha de correos masivos procedentes del servidor del sindicato en días y horas concretos. Pocos meses después la empresa dictó normas para el uso del correo electrónico de la empresa, en las que considera inapropiado su uso por razones ajenas a las productivas, especialmente si se hace de forma masiva.

El sindicato en cuestión plantea demanda de conflicto colectivo, pidiendo que se declare su derecho a transmitir noticias a través del correo electrónico. La Audiencia Nacional estimó parcialmente la demanda, declarando el derecho del sindicato a transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados y a los trabajadores en general a través del correo electrónico, aunque con la mesura y normalidad inocua con la que se venía haciendo antes del envío masivo que colapsó el servidor de la empresa. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la empresa: La utilización de los medios informáticos del banco para realizar comunicaciones sindicales puede ser objeto de negociación colectiva o acuerdo, pero mientras dicho acuerdo no exista, su empleo exige consentimiento expreso de la empresa. Como era de esperar, el sindicato recurre en amparo ante el Tribunal Constitucional.

B. La STC 281/2005 sienta la doctrina base en materia de uso de medios electrónicos o informáticos de la empresa; en resumen: 1.- La actividad sindical en el seno de la organización productiva forma parte del contenido esencial de la libertad sindical; 2.- Parte importante de la actividad sindical en la empresa es la comunicación y la difusión de la información de interés laboral o sindical entre los sindicatos y los trabajadores; 3.- El empresario tiene obligación de no obstaculizar injustificadamente el derecho de libertad sindical; 4.- En particular, el flujo de información sindical resultará perjudicado si el empleo de los instrumentos prácticos o medios materiales que pueden favorecerla es obstruido injustificadamente por el empresario; 5.- Por lo tanto, la negativa a la puesta a disposición de los instrumentos de transmisión de información existentes en la empresa que constituya una mera resistencia pasiva, no justificada en razones productivas o en razones financieras, lesiona el derecho a la libertad sindical.

⁹⁹ En este sentido, desde muy pronto, SEMPERE, A. V., y SAN MARTÍN, C.: *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 150.

¹⁰⁰ STC 281/2015, de 7 noviembre (RTC 2005/281).

Ahora bien –continúa la STC 281/2005-, tratándose de la utilización de medios preexistentes en la empresa y eficaces para la comunicación, pero no requeridos legalmente ni pactados, ni creados para un uso sindical, el uso sindical está sujeto a límites. De entrada, su uso por el sindicato debe quedar restringido a la transmisión de información de naturaleza sindical o laboral. Además, su ejercicio está sujeto a condiciones, de tal manera que:

a) La comunicación no puede perturbar la actividad normal de la empresa. Y no lo hace la recepción de correos en horario de trabajo.

b) Cuando se trata del empleo de un medio de comunicación electrónico, creado como herramienta de producción, no puede perjudicarse el uso específico empresarial preordenado para el mismo. Resultaría pues lícito que la empresa predetermine condiciones de utilización de las comunicaciones sindicales, siempre que no las excluya en términos absolutos.

c) No teniendo fundamento el derecho en una carga impuesta expresamente por el Ordenamiento, la utilización para fines sindicales no puede ocasionar gravámenes adicionales para el empleador, significativamente mayores costes¹⁰¹.

Aunque la STC 281/2005 se refiere al uso del correo por parte de los sindicatos, su doctrina es perfectamente trasladable a la representación unitaria y –algo más aventurado- a “en general (...) las herramientas de trabajo propiedad de la empresa que sirven para ejercitar la libertad sindical”¹⁰².

2.2. STS de 17 de mayo de 2012¹⁰³. Empresa sin correo electrónico

A. Los sindicatos con presencia en el Comité de Empresa solicitan el derecho a usar el correo electrónico y la intranet para dirigirse a todos los trabajadores de la empresa en tiempo real. La empresa se opone, por razones que el Tribunal Supremo aceptaría después; a destacar: a) Poco más de una cuarta parte de los trabajadores de la empresa tienen correo electrónico; b) La empresa cuantifica y demuestra el elevado coste del establecimiento de lo solicitado.

B. El Tribunal Supremo entiende que en este caso la negativa de la empresa es razonable. Lo que en realidad están pidiendo las secciones sindicales es que la empresa dote de correos electrónicos y utilización de la intranet de la empresa a todos los trabajadores y a sus representantes, es decir, que implante un sistema de comunicación electrónica inexistente en la empresa.

2.3. SAN de 17 de abril de 2017¹⁰⁴. La seguridad de terceros como límite razonable

¹⁰¹ Habría que tener presente en el uso sindical del correo electrónico de la empresa el principio de buena fe, como, entre otros, advierte LLAMOSAS, A.: “El uso del correo electrónico en la empresa para usos sindicales”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 174, 2015, pág. 89.

¹⁰² SEMPERE, A. V. y SAN MARTÍN, C.: “El uso sindical del correo electrónico a la luz de la STC 281/2005, de 7 noviembre”, *Aranzadi Social*, núm. 17, 2005, pág. 545.

¹⁰³ STS de 17 de mayo de 2012 (RJ 2012, 8317)

¹⁰⁴ SAN 53/2017 de 17 de abril de 2017 (JUR 2017, 103215).

A. Un determinado sindicato interpone demanda de conflicto colectivo contra ADIF, entidad pública heredera de la infraestructura de RENFE y de FEVE. Desde 2014, ADIF no permite al personal de circulación, cuyas funciones se encuentran directamente relacionadas con la circulación ferroviaria, el acceso en sus puestos de trabajo a internet, por motivos de seguridad. Por ello, la configuración de los ordenadores es más limitada que la del resto de los trabajadores. De hecho, en los puestos de mando y en gabinete de circulación no hay ordenadores personales, sino de puesto.

El convenio colectivo establece que la empresa posibilitará el acceso a la información y comunicación de los sindicatos integrados en el Comité de Empresa, habilitando para ello un enlace directo desde el portal del empleado. Este es el sistema establecido para las comunicaciones masivas.

Para el resto de las comunicaciones, el convenio colectivo prevé que se dotará de una cuenta de correo interno a los Secretarios de dichos sindicatos, quienes podrán emitir un mensaje de aviso cada vez que existan nuevas publicaciones en la web, así como comunicarse con sus representados.

Pues bien, el sindicato demandante entiende que la empresa, con las restricciones que afectan al personal de circulación, infringe el convenio colectivo, en relación a la libertad sindical y el derecho de igualdad.

B. La Audiencia Nacional desestima la demanda, por las siguientes razones:

a) No se vulnera el convenio colectivo, pues éste no garantiza que todo el personal de ADIF tenga que tener un ordenador con conexión a internet.

b) No existe vulneración del derecho de libertad sindical porque las restricciones de acceso a internet en su puesto de trabajo al personal de circulación obedece a motivos de seguridad. Es más, estos trabajadores tienen prohibido, por razones de seguridad, utilizar medios de distracción en el puesto de trabajo: teléfonos móviles, equipos electrónicos, prensa, etc., ajenos a la actividad profesional.

c) No se vulnera el principio de igualdad, porque la diferencia de trato frente al resto de los trabajadores no es arbitraria, sino que obedece a razones de seguridad, quedando garantizada la comunicación sindicatos-representados por otras vías.

2.4. STS de 14 de julio de 2016¹⁰⁵. Negativa empresarial sin explicación

A. Una de las secciones sindicales de una empresa –conocida organización benéfica– presenta demanda de tutela de la libertad sindical y derechos fundamentales; solicita que se condene a la empresa a dotar al sindicato de un local adecuado y acondicionado con los medios de trabajo suficientes, en concreto: un puesto de trabajo con sus correspondientes claves de acceso, cuenta de correo electrónico y acceso a las listas de distribución de correos masivos. Solicita además una indemnización -7.000.-€ por daños y perjuicios.

La sección sindical, con presencia en el comité de empresa, ya venía disfrutando de un despacho compartido con otros sindicatos, con dos puestos informáticos, y venía enviando con asiduidad correos masivos a los trabajadores de los más de veinte centros de trabajo de la empresa dispersos por la comunidad autónoma, en los que asimismo

¹⁰⁵ STS 667/2016, de 14 de julio de 2016 (RJ 2016, 4220).

dispone de tabloneros de anuncios. Dato importante, a no perder de vista, es que todos los trabajadores de la empresa disponen de cuenta de correo de la empresa.

El sindicato solicita formalmente a la empresa una cuenta de correo con el dominio de la empresa (cruzroja.es) y el acceso a la lista de distribución masiva de correo electrónico, de la que el comité de empresa sí dispone. La empresa se opone a la solicitud, dando como único motivo que supondría un agravio comparativo respecto de las otras secciones sindicales con presencia en el comité.

A diferencia del Tribunal Superior de Justicia (Madrid). El tribunal Supremo entiende que sí existe vulneración de la libertad sindical y condena a la empresa a facilitar a la sección sindical una cuenta de correo electrónico y el acceso a las listas de distribución, así como el abono de una indemnización de 1500.-€ en concepto de daños y perjuicios.

B. Para el Tribunal Supremo es claro que el artículo 8.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical no obliga a establecer *ex novo* un sistema de correo electrónico con cargo al empleador, es decir, a dotarse de una infraestructura informática para uso sindical (en el mismo sentido, STS de 17 de mayo de 2012). Pero en este caso, esa infraestructura ya existía. Es más, el Tribunal Supremo considera idóneo el uso del correo electrónico como medio de comunicación sindical, dada la dispersión de los centros de trabajo de la empresa en todo el territorio de la comunidad autónoma y la dificultad de mantener actualizados los tabloneros de anuncios en los veinte centros de trabajo.

Aun así- advierte el TS- la empresa no está necesariamente obligada a facilitar la cuenta y lista de distribución solicitadas si existen razones que justifiquen la negativa, como las indicadas en la STC 281/2005. Es más, deja claro el Tribunal Supremo que “en caso de conflicto entre el uso empresarial y el sindical debe primar el interés de la empresa por tratarse de una herramienta configurada para la producción; y que el empleador puede adoptar las medidas y disponer lo necesario para regular y acomodar su utilización a las necesidades empresariales, armonizando unos y otros intereses”.

Pero –la Sala recalca este extremo- la empresa no ofreció explicación alguna a su negativa, más allá del supuesto agravio comparativo con otras secciones. En el fondo, el Tribunal reprocha a la empresa, más que la vulneración de la libertad sindical, su torpeza, como revela la escasa cuantía de la indemnización reparadora, 1.500.-€

2.5. STS de 13 de septiembre de 2016¹⁰⁶. *Lo sindical integra la actividad laboral*

A. La empresa establece unas normas de utilización de los equipos informáticos para acceder a internet. Dichas normas advierten que dicho acceso se limita a los temas directamente relacionados con su actividad y los cometidos del puesto de trabajo.

Uno de los sindicatos con presencia en el comité de empresa plantea demanda de conflicto colectivo, solicitando que se anule –entre otros contenidos de la norma interna- la parte que limita el acceso a internet. Según el sindicato, se vulnera el derecho de libertad sindical, al limitar el uso de los sistemas de información única y exclusivamente para tareas relacionadas con la actividad y puesto de trabajo, sin que la norma interna aclare en modo alguno ni matice si se impide también el uso y difusión de comunicaciones sindicales a través de medios informáticos.

B. Haciendo suyo el criterio del Tribunal Superior de Justicia, el Tribunal Supremo desestima la petición sindical, al entender que la norma de la empresa no excluye la

¹⁰⁶ STS 723/2016, de 13 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 4843).

comunicación entre sindicatos y trabajadores a través de los medios informáticos de la empresa. Es más, las relaciones colectivas del trabajo y la comunicación entre sindicatos y trabajadores tienen tal conexión con el trabajo que han de considerarse “temas directamente relacionados con la actividad” laboral; por lo tanto, estarían incluidas dentro de los usos permitidos por la norma unilateralmente establecida por la empresa.

2.6. STS de 2 de noviembre de 2016¹⁰⁷. Cuidado con lo que se pacta

A. En el seno de un proceso de conflicto colectivo, la empresa –una entidad financiera- y una serie de sindicatos llegan al acuerdo –en sede judicial- conforme al cual “la empresa se compromete a publicar en la intranet corporativa los comunicados emitidos por las secciones sindicales existentes en la misma sin ejercer el veto o control sobre la legalidad de los mismos y/o su veracidad o a si exceden de los límites informativos”. Cuatro meses después, una de las secciones sindicales remite a la empresa –para su publicación- una circular titulada “Deuda subordinada y presiones sobre los empleados”. La empresa se opuso, por escrito, a su publicación, sin que en aquel momento el sindicato buscara el amparo de los tribunales.

Dos años más tarde, la misma sección sindical remite a la empresa –para su publicación- una nueva circular, sobre las retribuciones de los consejeros, que la empresa tampoco publica, al considerar que la información no era veraz. Se da la circunstancia de que la empresa había sido condenada un año antes tras demanda de tutela de la libertad sindical promovida por otro sindicato, por hechos parecidos. La sección sindical interpone –ahora sí- demanda de tutela de derechos, por vulneración de la libertad sindical y de la tutela judicial efectiva, solicitando el cese de la conducta empresarial y una indemnización de 15000.-€ por daños morales, así como la publicación de la sentencia en un lugar destacado –“Noticias del Banco”- de la intranet de la empresa.

La Audiencia Nacional entiende que la primera de las negativas de la empresa a publicar información sindical está prescrita; por el resto, hay vulneración de la libertad sindical, aunque no del derecho de tutela judicial efectiva, como también alega el sindicato. Condena asimismo a la empresa a pagar una indemnización de 6.000.-€ al sindicato demandante y a publicar la sentencia en la intranet, en “Noticias del banco”, durante un mes. La empresa recurre, sin éxito.

B. La sentencia sienta tres cuestiones: primera, que ha existido lesión de la libertad sindical; segunda, que tanto la indemnización como su cuantía son procedentes, y tercero, que también lo es la publicación de la sentencia en un lugar destacado de la intranet durante un mes.

La publicación de la sentencia en un lugar destacado de la intranet durante un mes es, a juicio del Tribunal Supremo, una medida “razonable y proporcionada”. También lo son la indemnización y su cuantía (6.000.-€). Reitera aquí el Tribunal Supremo la doctrina según la cual ciertos daños morales se ponen de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión y la indemnización tiene, además de un objetivo resarcitorio, otro preventivo¹⁰⁸.

¹⁰⁷ STS de 2 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5844).

¹⁰⁸ STS de 13 de julio de 2015 (RJ 2015, 5010).

Lo que nos interesa aquí es la vulneración de la libertad sindical. Teniendo en cuenta la doctrina sentada en la STC 281/2005, a la que el Tribunal Supremo acude en su sentencia, el sindicato habría acreditado indicios de vulneración del derecho de información. Existe –en primer lugar- una negativa de la empresa a publicar la circular alegando falta de veracidad. Existe además un pacto acordado en conciliación judicial en procedimiento de conflicto colectivo, con valor pues de convenio colectivo (art. 181.2 LRJS), en virtud del cual la empresa se comprometía a publicar en la intranet todo comunicado emitido por secciones sindicales sin ejercer el veto o control sobre los mismos. Y sin embargo la empresa demandada no practica prueba alguna que desvirtúe esos indicios. Se ha limitado a alegar, a afirmar, que el comunicado faltaba a la verdad.

A nuestro juicio, la sentencia deja abierta la puerta a la negativa de la empresa, incluso existiendo pacto, si, conforme a la doctrina de la STC 281/2005, expuesta con anterioridad, la publicación pudiera perturbar la actividad normal de la empresa o no fuera compatible con el objetivo empresarial de la intranet. Lo que sí impide claramente el pacto, con eficacia de convenio colectivo, son negativas por el gravamen adicional que la difusión del comunicado sindical a través de la intranet pudiera suponer para el empleador.

3. Incidencia en conflictos colectivos

3.1. STSJ de Murcia de 4 de septiembre de 2000¹⁰⁹. Cámaras en huelgas

Una de las tentaciones de las nuevas tecnologías radica precisamente en colocar cámaras de tal manera que controlen a los trabajadores en escenarios de conflicto colectivo, especialmente durante la huelga¹¹⁰.

A. Pocos días antes del inicio de una huelga por parte de los trabajadores, una vez que ya era conocida su convocatoria, la empresa instala cámaras de vigilancia en los alrededores de la fábrica, donde más tarde se concentraron los trabajadores que secundaron la huelga.

B. La STSJ de Murcia de 4 de septiembre entiende que la sorpresiva e inesperada instalación y puesta en funcionamiento de las cámaras obedeció al anuncio de huelga, por lo que la conducta del empresario atentó contra los derechos fundamentales de libertad sindical y de huelga¹¹¹. Distinto es el caso en que las cámaras se instalan en ausencia de conflicto colectivo, antes de su existencia, por razones de seguridad. En este último supuesto no habría ni intimidación a los trabajadores ni vulneración del derecho de huelga¹¹².

¹⁰⁹ STSJ Murcia núm. 1128/2000, de 4 septiembre 2000 (AS 2000, 2813).

¹¹⁰ RUZ LOBO, J. M.: *El impacto de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) en las relaciones laborales: Interactuación y conflicto*, 2017, inédito, págs. 161 a 167.

¹¹¹ Hay que tener presente la STC 37/1998, de 17 de febrero (RTC 37/1998), que consideró desproporcionada la actuación de la policía autónoma vasca al filmar piquetes informativos de huelga alegando razones de seguridad.

¹¹² La STSJ de Murcia de 11 de mayo de 1999 (AS 1999, 1596) valida la instalación por parte del empresario de cámaras en un circuito cerrado de televisión por razones de seguridad veinte meses antes de que se iniciara la huelga, siendo conocida su instalación por los trabajadores.

3.2. STC 17/2017¹¹³. Empleo de medios técnicos en vez de esquirolas

Desde hace tiempo se vaticina la sustitución de trabajadores por robots, pero lo que no nos habíamos planteado era la posibilidad de que éstos o medios parecidos fueran a modo de esquirolas, para reemplazar a trabajadores huelguistas. Surge la duda de si el “esquirolaje virtual”, esto es, el hecho de reemplazar la prestación personal –humana– del trabajador por otro tipo de prestación no humana, sino virtual, automática o informática vulnera o no el derecho de huelga¹¹⁴.

A. Durante una huelga general, una cadena pública de televisión tan solo emitió un programa, en concreto, un partido de la Liga de Campeones. Uno de los sindicatos convocantes de la huelga acudió a los tribunales, al entender que la cadena de televisión habría vulnerado el derecho fundamental de huelga, al haberse sustituido trabajadores de forma interna y haberse usado medios técnicos no habituales. Tanto el Juzgado de lo Social, como el Tribunal Superior de Justicia y el Tribunal Supremo, rechazaron dicha pretensión, que finalmente llega al Tribunal Constitucional.

Lo cierto es que el día de la huelga, el partido de fútbol se emitió. Pero los tribunales no aprecian vulneración alguna del derecho de huelga. Ese día, como siempre, la Federación de organismos de Radio y Televisión Autonómicos (FORTA) mandó la señal desde el estadio hasta control central de la cadena de televisión (Telemadrid), donde un trabajador no huelguista, entre cuyas funciones tenía la de conmutar señales, la envió al locutorio. Dicho locutorio había permanecido encendido, precisamente como consecuencia de la protesta, pues nadie lo apagó una vez concluida la retransmisión de otro partido de la misma competición jugado la noche anterior. Por ese motivo, el locutor, que tampoco había secundado la huelga, pudo hacer la locución. La señal, como siempre, se devolvió automáticamente desde el estadio a control central y desde ahí a grafismo (en ambos departamentos quedó algún trabajador no huelguista), en vez de remitirlo –era lo habitual– a la sección de continuidad, en la que todos los trabajadores estaban en huelga. Fue por lo tanto el coordinador de grafismo, entre cuyas funciones está generar la mosca (logo) de Telemadrid, quien la insertó en las imágenes.

En un día normal, la señal va desde continuidad al Codificador A, que es el habitualmente empleado, y, al mismo tiempo, otra señal va a control central, donde un trabajador la envía al Codificador B o de reserva. Pero el día de huelga sólo se realizó el segundo paso. Es decir, ese día la señal se envió desde control central al codificador de reserva. De esta manera, los trabajadores no huelguistas hicieron posible la emisión del partido, sin para ello realizar funciones distintas de las que vienen desarrollando habitualmente. Los trabajadores emplearon un medio técnico (el codificador de reserva), que la empresa ya tenía con anterioridad a la convocatoria de huelga.

B. El Tribunal Constitucional entiende que los trabajadores no huelguistas no realizaron funciones distintas de las habituales. La empresa se limitó a usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone la empresa para realizar su actividad. Y la ley no prohíbe dicha posibilidad. No puede exigirse al empresario –razona el tribunal– que deje de utilizar medios técnicos con los que la empresa cuenta, pues ello supondría imponerle un conducta de colaboración con la huelga que no está prevista legalmente: Ni la Constitución ni la jurisprudencia constitucional obligan a los restantes trabajadores a

¹¹³ STC 17/2017, de 2 de febrero (RTC 2017, 17).

¹¹⁴ GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER, J.: “Los límites de la sustitución virtual de los trabajadores y del recurso a procesos de descentralización durante la huelga en la doctrina reciente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, *Información Laboral*, núm. 6, 2017 (BIB 2017, 12414).

contribuir al éxito de la reivindicación, pues debe respetarse la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga; ni obligan al empresario a reducir la actividad empresarial más allá de lo que sea una consecuencia lógica del seguimiento de la huelga por los trabajadores afectados.

No deja de ser una interpretación polémica, por lo que no es de extrañar el voto particular de tres magistrados, que acusan a sus compañeros de no estar adaptándose a la evolución de la realidad laboral por razón del uso de las nuevas tecnologías. Y se ha dicho que “esta jurisprudencia da pie al uso abusivo de maquinaria y también de la informática para evitar el ejercicio del derecho de huelga”, pues “pues permite que el empresario ponga mecanismos para evitar parar el proceso productivo”.

Lo cierto es que el Tribunal Constitucional opta en esta sentencia por una interpretación literal del artículo 6 del Real Decreto-ley 17/1977, de Relaciones de Trabajo, según el cual “en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma”. Como el texto del precepto solo contempla –prohíbe– expresamente la sustitución de los huelguistas por trabajadores, el Tribunal no aprecia vulneración del derecho de huelga. No obstante, una interpretación teleológica, que atiende a la finalidad de la prohibición, podría haber llevado a la consideración contraria y a apreciar que aquella vulneración existió. Pero esto –la tendencia a la interpretación literal de la ley– es algo que en el ámbito laboral no sólo ocurre con respecto a las nuevas tecnologías y el derecho de huelga, sino que –podríamos decir– afecta a todo el sistema de relaciones laborales.

Sea como fuere, lo cierto es que no corren buenos tiempos para la huelga. Y no solo porque la técnica permite, en casos como este, minorar sus efectos.

4. Sin fin

A modo de brevísima reflexión final, diremos que los avances tecnológicos y su implantación en el seno de la sociedad avanzan mucho más deprisa de lo que lo hace el Derecho; desde luego, mucho más rápido que lo hace el legislador laboral, cuya inacción da pie a una importante casuística judicial, siendo los tribunales los que poco a poco marcan los criterios a seguir por trabajadores y empresarios. Ahora bien, dado el carácter meta-jurídico de lo laboral, y muy especialmente –por lo que ahora nos ocupa– la trascendencia política que lo colectivo tiene, debemos preguntarnos si esa labor de adecuación debe seguir haciéndose desde los tribunales. Esta inquietud reza de modo muy significativo para la incidencia que las nuevas tecnologías tienen en el derecho fundamental de huelga.

Desde otra perspectiva, menos purista, más pragmática, debemos quizá aceptar la conveniencia de que la ordenación última de lo laboral siga haciéndose por el orden social de la jurisdicción y el Tribunal Constitucional. Dada la dificultad de consensos sociales amplios en materias de trascendencia sociopolítica, no es malo dejar las cosas en manos de los jurisprudentes.

En cualquier caso, la incidencia que las nuevas tecnologías tengan en las relaciones colectivas de trabajo es una cuestión que, de momento, no tiene fin.

X. DERECHOS FUNDAMENTALES Y TECNOLOGÍAS INNOVADORAS: SENTENCIAS PORTUGUESAS

David Carvalho Martins

Universidad de Lisboa

1. Introducción

El desarrollo de una sociedad esta normalmente asociado a mejoras de la condición de vida de los ciudadanos. Uno de los indicadores es el acceso general y facilitado a nuevas tecnologías que permiten tratar y procesar la información de modo más fácil, inmediato y rápido. No nos sorprende, por ejemplo, que después de buscar páginas de internet sobre viajes, vehículos u ordenadores, nuestras redes sociales tengan publicidad sobre compañías que promueven ese tipo de bienes. Igualmente, cuando llegamos a nuestro vehículo personal, frecuentemente recibimos avisos del *smartphone* diciéndonos cuanto tiempo tardará el trayecto hasta nuestro centro de trabajo o nuestro domicilio. ¿Será un mundo nuevo que nos facilita y mejora la vida? La respuesta es compleja. En cualquier caso, no tengamos dudas de que esas *facilidades* resultan de la restricción, no siempre voluntaria o consciente, de nuestros derechos de personalidad, en particular los derechos a la intimidad, al olvido y a la libertad de movimiento y circulación.

Estas situaciones son particularmente relevantes cuando están relacionadas con relaciones jurídicas que tienden a ser no igualitarias, en las cuales una de las partes es titular de situaciones jurídicas activas (v.g. derechos, poderes o facultades), algunas de naturaleza potestativa, que pueden influenciar, de forma decisiva, la vida de la contraparte. Ese es el caso del Derecho del trabajo. La tecnología permite un control muy significativo sobre el trabajador y ha abierto brechas cada vez mayores en la *pared que debería apartar la vida personal de la profesional*¹¹⁵. Por eso, surgen las preocupaciones de conciliación de las *dos vidas* y ahora la cuestión de regular *el derecho a la desconexión*. Desde los *tiempos del BlackBerry* mucho ha cambiado. Los laboristas tienen mucho trabajo por delante.

El nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos Personales podrá incrementar los desafíos, notablemente porque promueve la autorregulación (v.g. delegado de protección de datos y códigos de conducta – artículos 37 a 41), prevé el derecho al olvido (artículo 17), establece el mecanismo de ventanilla única (considerandos 127 y 128 y artículo 56) y abre una puerta a una regulación más específica en el ámbito laboral (artículo 88). Hay un debate que debe seguir y profundizarse (Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, 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).

Por otro lado, hay que tener en cuenta que las organizaciones laborales no tienen siempre la misma estructura, ni actúan tampoco en la misma actividad. El legislador piensa en grandes compañías y establece reglas generales y abstractas que causan muchos problemas prácticos en el día-a-día.

¹¹⁵ Cf. MARIA REGINA REDINHA, “Da protecção da personalidade no Código do Trabalho”, *Para Jorge Leite – Escritos Jurídico-Laborais*, Vol. I, Coimbra editora, 2014, p. 841.

Nuestro objetivo con este trabajo fue sistematizar las directrices interpretativas derivadas de treinta y cuatro casos jurisprudenciales. No siempre fue posible determinar un camino seguro sobre algunas cuestiones, en particular sobre el GPS y sobre la videovigilancia. Hay aún un camino por descubrir, sobre todo en lo relativo a procedimientos de reclutamiento a través de la recopilación de informaciones cruzadas basadas en las distintas redes sociales¹¹⁶, así como en cuanto a *software* que controla diariamente la actividad cuantitativa de los trabajadores y, dentro de poco tiempo, en relación con la inteligencia artificial que hará el control de calidad inmediato, directo y permanente. Los cuadros tradicionales de los derechos de personalidad pueden ayudar, cuando el legislador no actúe, en particular aprovechando la necesidad de acomodación del nuevo Reglamento europeo.

2. Medios de vigilancia a distancia

2.1. Cuestiones generales de validez

En regla, el empleador no puede utilizar medios de vigilancia a distancia en el centro de trabajo y durante el tiempo de trabajo, mediante el empleo de equipamiento tecnológico, con la finalidad de controlar el desempeño profesional del trabajador (artículo 20, n.º 1, del CT)^{117/118}. Esta norma plantea algunas cuestiones, en particular:

- ¿cuál es el significado y cobertura del concepto de *medios de vigilancia a distancia*?
- ¿qué se debe entender por *centro de trabajo*?
- ¿cómo se determina el límite del *desempeño profesional del trabajador*?

Según la jurisprudencia, un medio de vigilancia a distancia es un equipamiento que traduce formas de captación a distancia de imagen, sonido o sonido e imagen, que permite identificar personas¹¹⁹ y detectar lo que hacen, cuando y durante cuánto tiempo, de modo casi ininterrumpido, y que pueden vulnerar o restringir derechos fundamentales personales, como la intimidad o la imagen (v.g. videocámara, equipamiento audiovisual, micrófonos encubiertos o mecanismos de escucha y registro telefónico)^{120/121}.

¹¹⁶ Cf. TERESA COELHO MOREIRA, “*To be or not to be digital: o controlo das redes sociais online dos candidatos no processo de recrutamento*”, *Para Jorge Leite – Escritos Jurídico-Laborais*, Vol. I, Coimbra editora, 2014, pp. 627-628.

¹¹⁷ Para GUILHERME DRAY, eso sería contrario a los derechos de personalidad del trabajador y al concepto de ciudadanía en el trabajo (PEDRO ROMANO MARTINEZ / LUÍS MIGUEL MONTEIRO / JOANA VASNCONCELOS / PEDRO MADEIRA DE BRITO / GUILHERME DRAY / LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, 11.ª ed., Almedina, 2017, p. 162).

El incumplimiento constituye, así, una infracción administrativa muy grave (artículo 20, n.º 4, del CT).

¹¹⁸ La finalidad debe ser identificada en el pedido de autorización ante la CNPD, lo cual determinará el ámbito de utilización admisible de los datos recogidos por la vigilancia a distancia (Ley n.º 34/2013, de 16 de mayo).

Sobre la prohibición general de vigilar el comportamiento profesional del trabajador en el centro de trabajo y durante el tiempo de trabajo, *vide*, por ejemplo, Sentencia TAO 17.12.2014 (ANTÓNIO JOSÉ RAMOS) proc. n.º 231/14.6TTVNG.P1.

¹¹⁹ Cf. artículo 4, n.º 4, de la LPD.

¹²⁰ Sentencia STJ 22.5.2007 (PINTO HESPANHOL) proc. n.º 07S054.

No constituye vigilancia a distancia una situación en la cual se hacen fotografías del centro de trabajo, aunque alcance también, pero indiscriminadamente, a trabajadores que no han autorizado la captura de imágenes¹²². Asimismo, se ha decidido en el caso de *voice recording*: el trabajador estaba obligado a hacerlo con el fin de garantizar el soporte contractual del negocio jurídico celebrado con tercero; el empleador puede verificar la omisión de ese deber a través de la escucha de la grabación, sin que esté obligado a cumplir los requisitos legales aplicables a los medios de vigilancia a distancia^{123/124}.

En particular, según el Supremo Tribunal, el GPS instalado en el automóvil de empresa, utilizado por el trabajador en el desarrollo de sus funciones, no puede ser calificado como un medio de vigilancia a distancia en el centro de trabajo, puesto que solo permite la localización del automóvil en tiempo real, o sea, faculta la determinación del espacio geográfico, pero no proporciona información sobre lo que hace el trabajador. En otras palabras, no permite controlar el desempeño del trabajador^{125/126}. No es, todavía, una

El tribunal ha tenido en cuenta los elementos sistemáticos y teleológicos de la interpretación. El primero resultaba del actual artículo 21, n.º3, del CT (antiguo artículo 29 de la Ley n.º 35/2004), lo cual determina que el empleador cumpla el deber de información del trabajador sobre la existencia y finalidad de los medios de vigilancia a la distancia utilizados, debiendo en particular, fijar en el centro de trabajo el texto, según proceda, “Este local se encuentra bajo vigilancia de un circuito cerrado de televisión” o “Este local se encuentra bajo vigilancia de un circuito cerrado de televisión, con grabación de imágenes y sonidos”, acompañado por el símbolo identificativo. El segundo se evidenciaba en el artículo 20, n.º1, del CT, lo cual la finalidad de control del desempeño profesional del trabajador. En el mismo sentido, *vide* Sentencia STJ 13.11.2013 (MÁRIO BELO MORGADO) proc. n.º 73/12.3TTVNF.P1.S1.

¹²¹ Sobre la obligación legal de videovigilancia: (i) instituciones financieras, determinados centros comerciales, tiendas que exhiben, compran o venden metales preciosos y obras de arte, farmacias y gasolineras (artículo 8, n.º1, líneas b) y d), n.º2, líneas b) y d), n.º3, línea a), y n.º4, y 31 de la Ley n.º 34/2013, de 16 de mayo); (ii) taxis (artículo 1 de la Ley n.º 33/2007, 13 de agosto); y (iii) establecimientos de restauración y bebidas con espacios dedicados al baile (artículo 4, n.º1, línea a), del Decreto-Ley n.º 135/2014, de 8 de septiembre).

¹²² Sentencia TAO 8.9.2014 (PAULA LEAL DE CARVALHO) proc. n.º 727/12.4TTBRG.P1.

¹²³ Según en TAL, la grabación es la propia prestación de trabajo y, por eso, el empleador puede verificar su cumplimiento (Sentencia TAL 22.5.2013 (FRANCISCA MENDES) proc. n.º 2567/12.1TTLSB.L1-4). Cf. artículo 4, n.º 3, de la Ley n.º 41/2004, de 18 de agosto, con la última modificación introducida por la Ley n.º 46/2012, de 29 de agosto. Cf. JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, Vol. I, Coimbra, 2007, pp. 323-324. Hay que tener en cuenta los riesgos de abuso por parte del empleador (cf. TERESA COELHO MOREIRA, *Da Esfera Privada do Trabalhador e o Controlo do Empregador*, Coimbra Editora, 2004, p. 275).

En el caso de los pilotos de avión y controladores aéreos, cf. ROMANO MARTINEZ / MONTEIRO / VASNCONCELOS / MADEIRA DE BRITO / DRAY / GONÇALVES DA SILVA, *Código...*, *ob. cit.*, p. 163.

¹²⁴ En alternativa a los medios de vigilancia a distancia, los tribunales admiten el recurso a la técnica del “cliente misterio” para verificar el desempeño profesional, desde que limitado en el tiempo (una visita a la tienda, bar o restaurante). La situación del “agente provocador” puede tener solución distinta (Sentencia TAL 15.12.2016 (PAULA SANTOS) proc. n.º 4305/15.8T8SNT.L1-4). Para JÚLIO GOMES, es desleal y contraria a la buena fe contratación de espías para trabajar al lado del trabajador y las figuras del agente provocador y del cliente misterio (*Direito...*, *ob. cit.*, pp. 321-322).

¹²⁵ No permite vigilar la acción de los trabajadores, en particular no permite captar las circunstancias, la duración y los resultados de las visitas comerciales, ni tampoco identificar los participantes. Al revés, solo permite saber dónde se encuentran y se quedan parados o en circulación (Sentencia STJ 22.5.2007 (PINTO HESPANHOL) proc. n.º 07S054). En el mismo sentido, *vide* Sentencia STJ 13.11.2013 (MÁRIO BELO MORGADO) proc. n.º 73/12.3TTVNF.P1.S1.

En particular, se afirmó en las dos sentencias que, si el vehículo es de uso exclusivamente profesional, se queda alejado cualquier control de la intimidad del trabajador.

línea jurisprudencial pacífica, pues distinta es la interpretación de los tribunales de apelación¹²⁷. En efecto, estos entienden que cualesquiera equipamientos tecnológicos utilizados con la finalidad de controlar el desempeño profesional de los trabajadores y que puedan amenazar sus derechos de personalidad, están prohibidos. A efectos del régimen legal, se consideran incluidos en el concepto, todos los mecanismos de seguimiento no presencial del trabajador o de su desempeño por cualesquiera medios técnicos, de naturaleza electrónica o no (v.g. el GPS, la videovigilancia, los sistemas de recopilación de sonido en el puesto de trabajo, los métodos de control electrónico de la prestación de trabajo, a través de *software* que permita registros cuantitativos y descriptivos de las tareas realizadas en el ordenador¹²⁸, del *software* que registra el tráfico en la internet, de los sensores de silla o de mesa de trabajo, de los mecanismos que graban las distancias recorridas o el consumo de combustible, los identificadores de los trabajadores con *chip* que registran los movimientos dentro de las oficinas o tienda¹²⁹.

Porque el GPS permite saber la posición de cualquier objeto (v.g. un vehículo o un *smartphone*), sus movimientos y calcular distancia, el empleador puede seguir el

En conformidad con la segunda sentencia, el poder de dirección incluye los poderes de vigilancia y control sobre el trabajador. Sin embargo, deben ser compatibles con los mecanismos de protección de la individualidad del trabajador. En ese sentido, la utilización de GPS instalado en un automóvil exclusivamente destinado fines profesionales, que no permita la captación o registro de imagen o sonido, no vulnera los derechos a la intimidad de la vida privada y familiar del trabajador. Por otro lado, no está incluida en la esfera de intimidad del trabajador la localización geográfica de un vehículo de transporte de combustible. Según el Tribunal, à primera vista, si sabe que existen medios de vigilancia a distancia, no contesta su utilización durante la ejecución del contrato de trabajo, pero lo hace solo para evitar la responsabilidad de sus actos y comportamientos, el trabajador puede actuar en abuso de derecho (artículo 334 del CC).

El Supremo Tribunal ha declarado el despido procedente, porque el trabajador, conductor de vehículos que transportan mercancías peligrosas, al margen de la voluntad de la compañía, condujo el vehículo para locales fuera de la ruta determinada (en un período de tres meses, el trabajador se desvió de la ruta por 18 veces), con incremento de las distancias recorridas, del tiempo utilizado y de los riesgos que se derivan de la conducción del vehículo de transporte de combustible. Por lo tanto, en estos casos, el GPS es un equipamiento pertinente, adecuado, proporcional y no excesivo.

¹²⁶ La Sentencia STJ 22.5.2007 (PINTO HESPANHOL) proc. n.º 07S054 ha discutido también se vulneraba el derecho a la igualdad o la prohibición de discriminación la instalación del GPS en el vehículo de un único trabajador, no existiendo ese equipamiento en cualquier otro vehículo de asistente de ventas de la compañía. En efecto, el GPS ha sido instalado en régimen de experiencia por 15 días e, por ser transitorio, no se esperaba que fuese colocado en todos los vehículos. El Tribunal no ha relevado la circunstancia del empleador haber instalado el GPS después del trabajador rechazar la reducción de las comisiones por ventas.

¹²⁷ El GPS se distingue del tacógrafo o del registro de la “Vía Verde” (sistema de pago virtual de peajes, de combustible y de aparcamientos). Se puede defender la aplicación de la regla al GPS a través de una interpretación extensiva o actualista (Sentencia TAO 22.4.2013 (ANTÓNIO JOSÉ RAMOS) proc. n.º 73/12.3TTVNF.P1). Para MONTEIRO FERNANDES, el GPS corresponde por completo a la noción de vigilancia a distancia (ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 18.ª ed., Almedina, 2017, p. 240).

¹²⁸ Por ejemplo, el *software* que registra el tipo y la duración del trabajo hecho (v.g. las hojas de tiempo o *time sheets*) y que informa el trabajador de la cantidad de horas abajo de los objetivos determinados por el empleador.

¹²⁹ Así, REGINA REDINHA, “Da protecção...”, *ob. cit.*, pp. 841-842.

trabajador (donde está o estuvo, cuánto tiempo utilizó en cada trayecto)¹³⁰. Eso se puede considerar como una restricción a la libertad de movimiento (artículo 26, n.º 1, de la CRP) y, por lo tanto, los datos recogidos se pueden considerar como relativos a la intimidad del trabajador¹³¹. Por lo tanto, es necesario evaluar todas las circunstancias del caso concreto para saber si hay, o no, vulneración de derechos de los trabajadores¹³².

En cuanto a la segunda cuestión, se ha decidido que se puede considerar como *centro de trabajo* un vehículo para uso profesional (v.g. destinado a ventas, a la distribución de combustible o a la difusión de información médica)¹³³, un almacén de medicamentos¹³⁴, una sala de casino¹³⁵, un hipermercado¹³⁶ o una tienda¹³⁷, unas oficinas¹³⁸, una gasolinera¹³⁹ o un establecimiento bancario¹⁴⁰. Sin embargo, hay partes de los centros de trabajo que no pueden estar cubiertas por medios de vigilancia a distancia (v.g. los vestuarios o los baños)¹⁴¹.

Con relevancia para la tercera cuestión, se consideró que el medio de vigilancia no puede ser adoptado para evaluar la capacidad profesional del trabajador¹⁴², por lo

¹³⁰ Sentencia TAO 22.4.2013 (ANTÓNIO JOSÉ RAMOS) proc. n.º 73/12.3TTVNF.P1. Este entendimiento ha sido revertido por el Supremo Tribunal (STJ 13.11.2013 (MÁRIO BELO MORGADO) proc. n.º 73/12.3TTVNF.P1.S1).

Cf., también, Sentencia TAG 3.3.2016 (MANUELA FIALHO) proc. n.º 20/14.7T8VRL.G1, Sentencia TAO 5.12.2016 (DOMINGOS MORAIS) proc. n.º 20/14.8T8AVR.P1.

¹³¹ Sentencia TAO 5.12.2016 (DOMINGOS MORAIS) proc. n.º 20/14.8T8AVR.P1. En este caso, el GPS registraba los datos 24 horas al día, 7 días a la semana (o sea, mismo cuando la trabajadora utilizaba su vehículo para fines personales, debidamente autorizados o admitidos por el empleador), pero no registraba sonido o imágenes, ni tampoco filmaba.

Por otro lado, la instalación de un GPS en un vehículo asignado por el empleador al trabajador para uso total depende de la autorización de este (Sentencia TAE 8.5.2014 (PAULA DO PAÇO) proc. n.º 273/11.3TTSTR.E1).

El control a distancia, de manera impersonal e ininterrumpida, para verificar solamente la ejecución de la prestación laboral debe ser considerada ilícita, en virtud del artículo 70, n.º 1, del CC (cf. COELHO MOREIRA, *Da Esfera Privada...*, ob. cit., p. 269).

¹³² Estos medios no tienen que captar todo lo que el trabajador hace, pero una parte significativa e importante de su actividad Sentencia TAO 22.4.2013 (ANTÓNIO JOSÉ RAMOS) proc. n.º 73/12.3TTVNF.P1.

¹³³ Sentencia STJ 22.5.2007 (PINTO HESPANHOL) proc. n.º 07S054, STJ 13.11.2013 (MÁRIO BELO MORGADO) proc. n.º 73/12.3TTVNF.P1.S1, Sentencia TAG 3.3.2016 (MANUELA FIALHO) proc. n.º 20/14.7T8VRL.G1 y Sentencia TAO 5.12.2016 (DOMINGOS MORAIS) proc. n.º 20/14.8T8AVR.P1.

¹³⁴ Sentencia STJ 8.2.2006 (FERNANDES CADILHA) proc. n.º 05S3139, Sentencia TAL 18.5.2005 (SEARA PAIXÃO) proc. n.º 10740/2004-4.

¹³⁵ Sentencia STJ 13.11.2013 (MÁRIO BELO MORGADO) proc. n.º 73/12.3TTVNF.P1.S1, Sentencia TAL 8.10.2014 (JERÓNIMO FREITAS) proc. n.º 149/14.2TTCSC.L1-4.

¹³⁶ Sentencia TAL 19.11.2008 (RAMALHO PINTO) proc. n.º 7125/2008-4, Sentencia TAE 7.12.2012 (PAULA DO PAÇO) proc. n.º 292/09.0TTSTB.E2.

¹³⁷ La cual se puede considerar como lugar público, porque es un sitio de libre acceso al público (Sentencia TAO 21.3.2013 (LÍGIA FIGUEIREDO) proc. n.º 932/07.5TAVRL.P1).

¹³⁸ Sentencia TAO 4.3.2013 (FERREIRA DA COSTA) proc. n.º 787/10.2TTVCP.P1.

¹³⁹ Sentencia TAL 6.6.2012 (MARIA JOÃO ROMBA) proc. n.º 18/09.8TTALM.L1-4.

¹⁴⁰ Sentencia TAG 25.6.2015 (MOISÉS SILVA) proc. n.º 522/14.6TTGMR-A.G1.

¹⁴¹ Cf. COELHO MOREIRA, *Da Esfera Privada...*, ob. cit., p. 271.

¹⁴² Sentencia STJ 8.2.2006 (FERNANDES CADILHA) proc. n.º 05S3139.

menos, en términos exclusivos o dedicados¹⁴³. En otras palabras, el equipamiento puede ser utilizado para controlar los mecanismos intrínsecos al proceso productivo y los bienes que están asociados, pero nunca el desempeño profesional del trabajador. Así, la norma no prohíbe la verificación, incidental, de la conducta de los trabajadores¹⁴⁴, pero solo la verificación exclusiva y dedicada¹⁴⁵. En caso de conflicto, los derechos deben armonizarse a través de la restricción recíproca y equilibrada o de la prevalencia de uno de ellos, si es superior (artículo 335.º del CC)¹⁴⁶. De este modo, los derechos de personalidad del trabajador deben compatibilizarse con los derechos fundamentales del empleador (v.g. derechos de propiedad y libre iniciativa económica – artículos 61, n.º 1, y 62.º, n.º 1, de la CRP) y con sus derechos de personalidad, pero atendiendo al tipo de organización laboral, a la actividad del trabajador y al principio de proporcionalidad¹⁴⁷.

Más en detalle, se decidió que es legítimo el uso de imágenes captadas por sistemas de videovigilancia, desde que se destinen a una observación de carácter general, no dirigido a los trabajadores, notablemente cuando el acto o comportamiento del trabajador es susceptible de perjudicar la protección y seguridad de personas y bienes, en conformidad con la finalidad identificada en la autorización de la CNPD. De hecho, si estos datos pueden ser utilizados como prueba en proceso penal (v.g. crimen de hurto) contra cualquier persona (v.g. cliente, proveedores o personas ajenas a la compañía), nada justificaría que el trabajador se quedase fuera del ámbito de aplicación del sistema de vigilancia a distancia^{148/149}.

El TAG decidió que el concepto de *desempeño profesional* está relacionado con el modo de cumplimiento de la actividad contratada (como y cuando desempeña sus funciones o tareas laborales). Así, el GPS no puede ser utilizado para verificar el

¹⁴³ Sentencia TAO 22.4.2013 (ANTÓNIO JOSÉ RAMOS) proc. n.º 73/12.3TTVNF.P1, Sentencia TAO 26.6.2017 (JERÓNIMO FREITAS) proc. n.º 6909/16.2T8PRT.P1.

¹⁴⁴ Por ejemplo, una agresión física a una compañera de trabajo (Sentencia TAO 26.6.2017 (JERÓNIMO FREITAS) proc. n.º 6909/16.2T8PRT.P1).

¹⁴⁵ REGINA REDINHA, “Da protecção...”, *ob. cit.*, p. 843.

¹⁴⁶ Cf. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II, *Situações Laborais Individuais*, 6.ª ed., Almedina, 2016, p. 299, y JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho: noções básicas*, Almedina, 2016, p. 185.

¹⁴⁷ Sentencia TAO 4.2.2013 (JOÃO DIOGO RODRIGUES) proc. n.º 229/11.6TTLMG.P1.

¹⁴⁸ De hecho, nada justificaría que no se pudiera utilizar esa prueba contra quien, por sus funciones, más podrá vulnerar las finalidades perseguidas por el medio de vigilancia a distancia: protección de personas y bienes (Sentencia TAE 9.11.2010 (GONÇALVES ROCHA) proc. n.º 292/09.0TTSTB.E1). Cf. también Sentencia TAO 19.10.2015 (RUI PENHA) proc. n.º 402/14.5TTVNG.P1. En la realidad, nada justifica que el trabajador tenga una mayor protección en comparación con cualquier ciudadano (Sentencia TAL 8.10.2014 (JERÓNIMO FREITAS) proc. n.º 149/14.2TTCSC.L1-4, Sentencia TAC 6.2.2015 (AZEVEDO MENDES) proc. n.º 359/13.0TTFIG-A.C1, Sentencia TAO 26.6.2017 (JERÓNIMO FREITAS) proc. n.º 6909/16.2T8PRT.P1). El TAC refiere que las conductas del trabajador fueran verificadas de manera fortuita o incidental.

Cf. TERESA COELHO MOREIRA, “A admissibilidade probatória dos ilícitos disciplinares de trabalhadores detectados através de sistemas de videovigilância – Comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de Novembro de 2011”, *QL*, 40, 2012, pp. 261-263.

¹⁴⁹ En una primera fase, la jurisprudencia tenía una tendencia maximalista del concepto de desempeño profesional para incluir todos los actos y comportamientos del trabajador, en la ejecución del contrato de trabajo, aun cuando fueran infracciones a sus deberes laborales o constituyesen crimen (Sentencia TAL 19.11.2008 (RAMALHO PINTO) proc. n.º 7125/2008-4).

cumplimiento del horario de trabajo, del centro de trabajo, de las visitas determinadas por el empleador; al revés, puede utilizarse para verificar las distancias recorridas¹⁵⁰.

2.2. Otros requisitos de validez

La utilización de los medios de vigilancia a distancia puede ser admitida siempre que: (i) tenga por finalidad la protección y seguridad de personas y bienes o cuando particulares exigencias derivadas de la naturaleza de la actividad lo justifiquen (artículo 20, n.º2, del CT)¹⁵¹; (ii) sea necesaria, adecuada y proporcional a los objetivos perseguidos (artículo 21, n.º2, del CT)¹⁵²; (iii) el empleador cumpla el deber de información del trabajador sobre la existencia y finalidad de los medios de vigilancia a la distancia utilizados, debiendo en particular, fijar en el centro de trabajo el texto, según proceda, “Este local se encuentra bajo vigilancia de un circuito cerrado de televisión” o “Este local se encuentra bajo vigilancia de un circuito cerrado de

¹⁵⁰ Sentencia TAG 3.3.2016 (MANUELA FIALHO) proc. n.º 20/14.7T8VRL.G1.

¹⁵¹ Contra actos o conductas de terceros y/o de trabajadores y para proteger intereses del empleador (v.g. el centro de trabajo, los bienes, materias-primas y procesos de fabrico), de otros trabajadores, de terceros o del público en general (Sentencia TAO 22.4.2013 (ANTÓNIO JOSÉ RAMOS) proc. n.º 73/12.3TTVNF.P1). Según JOSÉ JOÃO ABRANTES, es una regla que se queda muy lejos de lo deseable y posible en materia de empleo de nuevas tecnologías. En efecto, no permite el uso de equipamientos para controlar la utilización de los aseos, pero puede permitir la instalación de videovigilancia en tiendas de venta al público o en establecimientos bancarios, por motivos de seguridad (*Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, Coimbra, 2005, pp. 260-261, nota 8). En el mismo sentido, MARIA REGINA REDINHA, “Os direitos de personalidade no Código do Trabalho”, *A Reforma do Código do Trabalho*, Coimbra editora, 2004, p. 167.

Sobre la aplicación a las discotecas, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, 5.ª ed., Almedina, 2016, p. 169.

El riesgo de hurto de materiales peligrosos o valiosos puede justificar la vigilancia a distancia (Sentencia TAO 22.4.2013 (ANTÓNIO JOSÉ RAMOS) proc. n.º 73/12.3TTVNF.P1, y Sentencia TAG 25.6.2015 (MOISÉS SILVA) proc. n.º 522/14.6TTGMR-A.G1). En particular, cuando se trate de medicamentos, la videovigilancia puede justificarse. Todavía, debe verificarse en concreto la proporcionalidad de la restricción al derecho a la intimidad. Así no sería de admitir una videovigilancia en todo el espacio donde los trabajadores laboren, sin límites de áreas o de tiempo, aún que haya un riesgo para la salud pública del robo de medicamentos cuyo uso requiere autorización médica. De acuerdo con esta sentencia, existen otros mecanismos legales para reaccionar contra infracciones laborales, como procedimientos o investigaciones disciplinarios, participaciones a la policía o mecanismos de control de entradas y salidas en las instalaciones (Sentencia STJ 8.2.2006 (FERNANDES CADILHA) proc. n.º 05S3139). En el caso de una gasolinera, *vide* Sentencia TAL 6.6.2012 (MARIA JOÃO ROMBA) proc. n.º 18/09.8TTALM.L1-4. En el caso de un casino, *vide* Sentencia TAL 8.10.2014 (JERÓNIMO FREITAS) proc. n.º 149/14.2TTCSC.L1-4. En este caso, el tribunal consideró que la fiscalización por visualización de las imágenes tiene como propósito principal disuadir los comportamientos contrarios a los deberes legales y, cuando haya incumplimiento, comprobar los actos o comportamientos ilícitos.

De hecho, el centro de trabajo no puede ser un verdadero *Big Brother* (Sentencia TAO 26.6.2008 (ALBERTINA PEREIRA) proc. n.º 0840017). Por otras palabras, es necesario el trabajador no puede estar continuamente sujeto a la “Mirada de Medusa” (REGINA REDINHA, “Os direitos de personalidade...”, *ob. cit.*, pp. 166-167).

Las instituciones financieras, determinados centros comerciales, tiendas que exhiben, compran o venden metales preciosos y obras de arte, farmacias y gasolineras están obligadas a implementar un sistema de seguridad que incluye la videovigilancia (artículo 8, n.º1, líneas b) y d), n.º2, líneas b) y d), n.º3, línea a), y n.º4, de la Ley n.º 34/2013, de 16 de mayo).

¹⁵² En comparación con los derechos del trabajador potencialmente restringidos o vulnerados (Sentencia STJ 8.2.2006 (FERNANDES CADILHA) proc. n.º 05S3139).

televisión, con grabación de imágenes y sonidos”, acompañado por el símbolo identificativo (artículo 21.º, n.º3, del CT) ^{153/154}; y (iv) el empleador obtenga la autorización expedida por la CNPD (artículo 21, n.º1, del CT), mediante solicitud acompañada de dictamen de la comisión de trabajadores o, si este no está disponible diez días después de la consulta, del comprobante de la petición del dictamen (artículo 21, n.º4, del CT) ¹⁵⁵.

A pesar de obligatoria, la autorización de la CNPD no es garantía de validez del uso de medios de vigilancia a distancia, aunque no sea previamente impugnada ante un tribunal administrativo. En efecto, los tribunales laborales pueden verificar la licitud del uso de medios de vigilancia a distancia, independientemente de la autorización expedida por la CNPD ¹⁵⁶. En ese caso, aunque tenga la autorización de la CNPD, al empleador cabe alegar y probar los requisitos de admisibilidad del uso de los medios de vigilancia ¹⁵⁷.

¹⁵³ Cf. también artículos 106, n.º 1, 107, n.º1, 109, n.º1, y 126, n.º1, del CT.

Según el Supremo Tribunal, el deber de información de los trabajadores es *imprescindible* (Sentencia STJ 27.5.2010 (SOUSA GRANDÃO) proc. n.º 467/06.3TTCBR.C1.S1) y el incumplimiento debe determinar la ilicitud del control (Sentencia TAO 22.4.2013 (ANTÓNIO JOSÉ RAMOS) proc. n.º 73/12.3TTVNF.P1). El incumplimiento constituye, todavía, una infracción administrativa leve (artículo 20, n.º 4, del CT).

Por otro lado, la existencia de videovigilancia con el cumplimiento de los deberes de información funciona como factor de disuasión (Sentencia TAO 21.3.2013 (LÍGIA FIGUEIREDO) proc. n.º 932/07.5TAVRL.P1).

La instalación del sistema de videovigilancia en la presencia de los trabajadores no sustituye el cumplimiento del deber de información expresa (Sentencia TAO 4.3.2013 (FERREIRA DA COSTA) proc. n.º 787/10.2TTVCP.P1).

El deber de información debe incluir datos sobre (i) el tipo de medio de vigilancia a distancia, (ii) el tiempo y (iii) la entidad responsable por el control (Sentencia TAO 22.4.2013 (ANTÓNIO JOSÉ RAMOS) proc. n.º 73/12.3TTVNF.P1).

¹⁵⁴ Este deber de información es aplicable, con las necesarias adaptaciones, igualmente a todo y cualquier medio de vigilancia a distancia (Sentencia TAO 22.4.2013 (ANTÓNIO JOSÉ RAMOS) proc. n.º 73/12.3TTVNF.P1). Por lo tanto, están prohibidos los procedimientos de control clandestinos, ocultos o sin conocimiento de los trabajadores, so pena de nulidad de la prueba (artículo 32, n.º 8, de la CRP). Cf. JOSÉ JOÃO ABRANTES, “Princípio da proporcionalidade e tutela da personalidade do trabalhador”, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. II, Direito e Justiça, 2015, p. 331, e JÚLIO GOMES, *Direito...*, ob. cit., pp. 328-330. Todavía, en circunstancias de *ultima ratio*, debe admitirse el control oculto (cf. COELHO MOREIRA, *Da Esfera Privada...*, ob. cit., pp. 269-270).

¹⁵⁵ En el caso de casinos, vide artículo 52 del Decreto-Ley n.º 422/89, de 2 de diciembre, con la última modificación introducida por la Ley n.º 42/2016, de 28 de diciembre. Sobre la utilización de videovigilancia por fuerzas y servicios de seguridad en locales públicos, vide Ley n.º 1/2005, de 10 de enero, con la última modificación hecha por la Ley n.º 9/2012, de 23 de febrero.

¹⁵⁶ Sentencia STJ 8.2.2006 (FERNANDES CADILHA) proc. n.º 05S3139.

El TAO ha decidido que la licitud de la captación de imágenes, aunque autorizada por la CNPD, no determina, por sí mismo, la licitud de su utilización en un procedimiento disciplinario. Esa utilización siempre sería para verificar el desempeño profesional del trabajador, con independencia de ser una captación direccionada por sospechas sobre un trabajador o ser una captación incidental. Esas grabaciones solo pueden ser utilizadas en la investigación criminal, nunca en el procedimiento disciplinario, aunque los comportamientos puedan consistir en crimen (Sentencia TAO 9.5.2011 (PAULA LEAL DE CARVALHO) proc. n.º 379/10.6TTBCL-A.P1).

En cualquier caso, sin autorización expedida por la CNPD, los datos recogidos no pueden ser utilizados (Sentencia TAO 5.12.2016 (DOMINGOS MORAIS) proc. n.º 20/14.8T8AVR.P1).

Cf., en particular, COELHO MOREIRA, *Da Esfera Privada...*, ob. cit., p. 254

¹⁵⁷ Sentencia STJ 27.5.2010 (SOUSA GRANDÃO) proc. n.º 467/06.3TTCBR.C1.S1.

Si no se trata de un medio de vigilancia a distancia, no es necesario obtener la autorización por parte de la CNPD, notablemente para utilizar la información recogida en un procedimiento disciplinario¹⁵⁸. Por otra parte, siempre que sea un medio de vigilancia a distancia (v.g. videovigilancia), la ausencia de autorización por parte de la CNPD determina la ilicitud de la prueba recogida¹⁵⁹, la cual no puede ser válidamente utilizada en el procedimiento disciplinario o en el proceso judicial¹⁶⁰. Sin embargo, la ilicitud de la prueba recogida no determina, *ipso iure*, la nulidad del procedimiento disciplinario. De hecho, debe valorarse el comportamiento del trabajador sin recurrir a la prueba ilícita¹⁶¹: si hay otros elementos que lo justifiquen, la aplicación de la sanción disciplinaria será legítima¹⁶². Cumpliendo los requisitos legales, la prueba recogida por

¹⁵⁸ Sentencia STJ 13.11.2013 (MÁRIO BELO MORGADO) proc. n.º 73/12.3TTVNF.P1.S1.

¹⁵⁹ Esa ausencia no podrá solucionarse por la autorización del trabajador, la cual sería siempre nula por contraria a la orden pública (artículo 81, n.º1, del CC) – cf. MENEZES LEITÃO, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 170. Se puede discutir si el consentimiento del trabajador puede autorizar al empleador a utilizar los medios de vigilancia a distancia. En sentido afirmativo, cf. REGINA REDINHA, “Da protecção...”, *ob. cit.*, p. 844. Tenemos algunas dudas que el consentimiento sea adecuado a ese efecto.

¹⁶⁰ Cf. artículos 26, n.º1, y 32, n.º8, de la CRP, y artículo 126, n.º3, del CPP, así como Sentencia TAL 16.11.2011 (PAULA SÁ FERNANDES) proc. n.º 17/10.7TTBRR.L1-4, Sentencia TAO 4.3.2013 (FERREIRA DA COSTA) proc. n.º 787/10.2TTVCP.P1, Sentencia TAO 22.4.2013 (ANTÓNIO JOSÉ RAMOS) proc. n.º 73/12.3TTVNF.P1, Sentencia TAO 22.9.2014 (MARIA JOSÉ COSTA PINTO) proc. n.º 324/13.7TTVLG.P1, Sentencia TAO 17.12.2014 (ANTÓNIO JOSÉ RAMOS) proc. n.º 231/14.6TTVNG.P1, Sentencia TAO 19.10.2015 (RUI PENHA) proc. n.º 402/14.5TTVNG.P1, Sentencia TAO 5.12.2016 (DOMINGOS MORAIS) proc. n.º 20/14.8T8AVR.P1.

Una cuestión distinta es si el hecho de utilización de vigilancia a distancia sin cumplir los requisitos legales puede ser invocado y probado en tribunal, notablemente para justificar la extinción del contrato de trabajo con justa causa por parte del trabajador. La jurisprudencia ha contestado afirmativamente (Sentencia TAL 25.1.2012 (MARIA JOÃO ROMBA) proc. n.º 428/09.0TTLSB.L1-4 y Sentencia TAO 4.3.2013 (FERREIRA DA COSTA) proc. n.º 787/10.2TTVCP.P1). En el primer caso, en el despacho del trabajador, por detrás de la ranura del aire acondicionado, estaba una cámara de vídeo. En otro caso, se decidió que la simple instalación, aunque sin autorización del trabajador, sin prueba de control del trabajador fuera del tiempo de trabajador por parte del empresario, no constituye justa causa de extinción del contrato de trabajo. La circunstancia del vehículo ser propiedad del empleador no justifica cualquier limitación al derecho a la intimidad del trabajador, lo cual no puede ser limitado unilateralmente por el empleador (Sentencia TAE 8.5.2014 (PAULA DO PAÇO) proc. n.º 273/11.3TTSTR.E1).

¹⁶¹ Incluso la prueba por testigos que han visionado las grabaciones de la videovigilancia (Sentencia TAO 26.6.2008 (ALBERTINA PEREIRA) proc. n.º 0840017), así como todos los otros medios de prueba derivada o mediata, los cuales son *frutos envenados* (Sentencia TAO 17.12.2014 (ANTÓNIO JOSÉ RAMOS) proc. n.º 231/14.6TTVNG.P1). Se puede también discutir la validez de la prueba por confesión que hay sido hecha en el seguimiento de la presentación de datos recogidos de forma ilícita (Sentencia TAO 22.4.2013 (ANTÓNIO JOSÉ RAMOS) proc. n.º 73/12.3TTVNF.P1). El TAO ha decidido, por ejemplo, que se la prueba de los fundamentos del despido se basa en la confesión del trabajador y en el acuerdo de las partes, independientemente de la observación de las grabaciones, es irrelevante la eventual ilicitud de este medio de prueba (Sentencia TAO 22.9.2014 (MARIA JOSÉ COSTA PINTO) proc. n.º 324/13.7TTVLG.P1).

La regla que determina el deber de consideración de todas las pruebas producidas por parte del tribunal, aunque no sean aportadas por la parte respectiva (artículo 413 del CPC) no permite tener en cuenta pruebas ilícitas o prohibidas (Sentencia TAO 17.12.2014 (ANTÓNIO JOSÉ RAMOS) proc. n.º 231/14.6TTVNG.P1).

¹⁶² Cf. artículo 25, n.º 1, de la CRP, Sentencia STJ 14.5.2008 (PINTO HESPANHOL) proc. n.º 08S643, Sentencia TAO 26.6.2008 (ALBERTINA PEREIRA) proc. n.º 0840017.

medios de vigilancia a distancia puede ser utilizada en el procedimiento disciplinario, así como en el proceso judicial¹⁶³.

2.3. Algunos deberes accesorios del empleador

El empleador debe (i) guardar los datos personales recogidos durante el tiempo necesario para la prosecución de las finalidades de la utilización de estos medios de vigilancia¹⁶⁴, así como (ii) destruirlos en el momento del traslado del trabajador para otro centro de trabajo o de la extinción del contrato de trabajo (artículo 21, n.º 3, del CT)^{165/166}.

3. Redes sociales

En regla, el empleador no puede acceder a mensajes personales de los trabajadores (artículo 22, n.º 1, del CT) y, por lo tanto, cualquier documento obtenido por esa vía es ilícito y no podrá ser utilizado en procedimiento disciplinario o en proceso judicial. Sin embargo, ese no es el caso cuando el trabajador, libremente, decide publicar en el *Facebook* un texto ofensivo o difamatorio de la compañía y del presidente del consejo de administración¹⁶⁷. En conformidad con el TAL, en el concepto de amigos del *Facebook* pueden incluirse los amigos más cercanos, las personas conocidas y otras que tampoco se conocen personalmente. Así, una publicación en esta red social puede ser accedida u observada por estas personas y por sus respectivos amigos, así como exportada a otros sitios de Internet o difundida por correos electrónicos, no siendo posible determinar durante cuánto tiempo podrá mantenerse *online*. Por esta razón, el trabajador no podría tener cualquier expectativa legítima de privacidad o confidencialidad de su texto¹⁶⁸. Al revés, debe calificarse como texto público. Además, en el caso concreto, el trabajador hizo el siguiente llamado: “Compartan Amigos”¹⁶⁹.

¹⁶³ Sentencia TAO 4.2.2013 (JOÃO DIOGO RODRIGUES) proc. n.º 229/11.6TTLMG.P1, Sentencia TAL 8.10.2014 (JERÓNIMO FREITAS) proc. n.º 149/14.2TTCSC.L1-4, Sentencia TAC 6.2.2015 (AZEVEDO MENDES) proc. n.º 359/13.0TTFIG-A.C1.

¹⁶⁴ En la ley de seguridad privada se prevé un plazo de 30 días (artículo 31, n.º 2, de la Ley n.º 34/2013, de 16 de mayo). Todavía, nos parece un plazo muy corto, porque no se puede exigir al empleador actúe con la misma diligencia de una empresa especializada en seguridad privada.

¹⁶⁵ El incumplimiento constituye una infracción administrativa grave (artículo 21, n.º 5, del CT).

¹⁶⁶ Es una manifestación del derecho al olvido (Sentencia TAO 17.12.2014 (ANTÓNIO JOSÉ RAMOS) proc. n.º 231/14.6TTVNG.P1). La extinción del contrato de trabajo no debe constituir, por si mismo, causa obligatoria de eliminación de los datos. De hecho, pueden ser necesarios para justificar el despido en caso de impugnación judicial o permitir la defensa del trabajador (JÚLIO GOMES, *Direito...*, ob. cit., p. 332).

¹⁶⁷ Sobre la libertad de expresión de los sindicalistas, cf. TERESA COELHO MOREIRA, “Limites à liberdade de expressão de sindicalistas: comentário à decisão do TEDH, de 8 de Dezembro de 2009 – Aguilera Jiménez e otros c. Espanha”, QL, 37, 2011, p. 35.

¹⁶⁸ Asimismo, los mensajes enviados a través de una cuenta de e-mail de utilización general de un departamento de una compañía no tienen naturaleza personal o confidencial (Sentencia TAL 25.1.2017 (LEOPOLDO SOARES) proc. n.º 2330/16.0T8LSB-4). Sobre la naturaleza del e-mail, cf. TERESA COELHO MOREIRA, *A Privacidade dos Trabalhadores e as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador*, Almedina, 2010, pp. 717-719. Cf. también de la Autora “Controlo do correio electrónico dos trabalhadores: comentário ao acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 8 de Fevereiro de 2010”, QL, 34, 2009, pp. 223-224. Sobre la necesidad de imputar el acto al trabajador, en particular, en una situación en que el acceso a la cuenta

En otro caso, el TAO consideró que es necesario hacer una valoración casuística de las circunstancias del caso, en particular, sin exclusión de otros, (i) el tipo de servicio realizado, (ii) la materia sobre la cual se han hecho las publicaciones, (iii) la parametrización de la cuenta de la red social, (iv) los miembros de la red social y sus características, (v) el número de miembros. La ilicitud de esta prueba depende de la posibilidad del trabajador de justificar la expectativa de confidencialidad o privacidad del mensaje (v.g. un vínculo estrecho entre los “amigos” que basan una convicción de que el mensaje no será compartido o divulgado, así como una conversación en un *chat*¹⁷⁰).

4. Reacciones

El interés en los medios de vigilancia a distancia, las incertidumbres resultantes de un régimen legal incompleto y desactualizado y los correspondientes riesgos de incumplimiento justifican la necesidad de elaboración de reglamentaciones o políticas internas por parte del empleador (artículo 99, n.º 1, del CT), con audiencia previa del consejo de empresa o, en su defecto, del comité intersindical, de los comités sindicales o del delegado sindical (artículo 99, n.º 2, del CT). Estas reglamentaciones o políticas internas deben ser objeto de divulgación en la sede de la compañía y en los centros de trabajo para asegurar el pleno conocimiento, todo el tiempo, por parte de los trabajadores, so pena de ineficacia (artículo 99, n.º 3, del CT). Antes de la entrada en vigor, el empleador debe presentar el proyecto de reglamentación o política interna ante la CNPD, teniendo en cuenta sus Resoluciones, especialmente n.º 7680/2014 y n.º 1638/2013¹⁷¹.

Por su parte, en caso de utilización ilícita de medios de vigilancia a distancia, el trabajador puede, en particular, (i) no obedecer legítimamente a una orden o instrucción del empleador para trabajar bajo esos medios de vigilancia a distancia (artículo 128, n.º 1, línea e), del CT); (ii) reclamar, de forma justificada, contra las condiciones de trabajo (artículo 126, n.º 1, del CT); (iii) presentar una denuncia ante la ACT; (iv) solicitar la adopción de todas las providencias adecuadas al caso concreto con el fin de evitar la consumación de la amenaza a sus derechos de personalidad o mitigar los efectos de una ofensa ya cometida (artículo 70, n.º 2, del CC); (v) impugnar el despido, eventualmente abusivo (artículo 331, n.º 1, líneas a) y b), del CT), teniendo en cuenta la nulidad de la prueba obtenida con vulneración del derecho a la intimidad (artículo 32, n.º 8, de la CRP); (vi) demandar al empleador por responsabilidad civil (artículo 483 del CC)¹⁷² y pedir la reposición a la situación que existía antes del acto o comportamiento

de correo electrónico está abierta a varios trabajadores, *vide* de la Autora “A privacidade dos trabalhadores e o controlo electrónico da utilização da Internet”, QL, 35-36, 2010, p. 60.

¹⁶⁹ El trabajador era delegado sindical y dijo que el presidente del consejo de administración era un “gran mentiroso, Pinocho y tramposo” porque afirmó que pagaría todos los salarios en atraso, pero solo pagó una parte (Sentencia TAL 24.9.2014 (JERÓNIMO FREITAS) proc. n.º 431/13.6TTFUN.L1-4). En el mismo sentido, Sentencia TAE 30.1.2014 (JOSÉ FETEIRA) proc. n.º 8/13.6TTFAR.E1.

¹⁷⁰ Cf. TERESA COELHO MOREIRA, “Até que o Facebook nos separe: Análise dos Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 8 de Setembro de 2014 e do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Setembro de 2014”, PDT, I, 2016, pp. 249-250.

¹⁷¹ Cf. Resoluciones n.º 1638/2013 (https://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/Delib_controlo_comunic.pdf) y n.º 7680/2014 (https://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/DEL_7680-2014_GEO_LABORAL.pdf), último acceso en 23.12.2017.

¹⁷² REGINA REDINHA, “Da protecção...”, *ob. cit.*, p. 844.

ilícito (artículo 562 del CC)¹⁷³ y/o una indemnización en efectivo (artículo 566, n.º1, del CC); y (vii) promover la extinción del contrato de trabajo con justa causa (artículo 394, n.ºs 1 y 2, línea b), c) y f), del CT)¹⁷⁴. Las incertidumbres que justifican la necesidad de elaborar reglamentaciones o políticas internas por parte del empleador recomiendan que el trabajador, antes de no acatar una orden o instrucción del empleador, estudie la solicitud de una medida cautelar o la propuesta de una acción especial urgente para tutela de su personalidad (artículos 32 a 33 y 186-D a 186-F del CPT)¹⁷⁵.

5. Notas finales

Es un tema delicado. Las dificultades son inúmeras. Las incertidumbres están diagnosticadas. Hay, todavía, plantea una cuestión decisiva: el papel del Derecho en confrontación con la creatividad humana y el desarrollo imparable de la tecnología. Además, suscita el dilema sobre los límites de los ordenamientos jurídicos, basados en el principio de la territorialidad, para regular e intervenir en temas tecnológicos con ramificaciones en diversos lugares que tienen una capacidad innegable de desmaterialización. Por lo tanto, no es un problema exclusivo del Derecho del trabajo, pero es probablemente aquí donde más se justifica la necesidad de regulación.

¹⁷³ Cf. COELHO MOREIRA, *Da Esfera Privada...*, ob. cit., p. 254.

¹⁷⁴ Sentencia TAO 4.3.2013 (FERREIRA DA COSTA) proc. n.º 787/10.2TTVCP.P1.

¹⁷⁵ Cf. DAVID CARVALHO MARTINS, “As ações para impugnação da confidencialidade, tutela da personalidade do trabalhador e da igualdade e não discriminação em função do sexo”, *O novo Código de Processo Civil e o Processo do Trabalho*, AAFDL, 2016, pp. 147-155, y “A tutela de direitos de personalidade no processo do trabalho”, *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo*, vol. 4, Peter Lang, 2017, pp. 377-392.

XI. RECAPITULACIÓN CONCLUSIVA DEL ENCUENTRO

Jaime Benlloch Charro

Universidad Rey Juan Carlos

El pasado 24 de mayo de 2017 tuvo lugar en el campus de Madrid (Vicálvaro) de la Universidad Rey Juan Carlos el III Encuentro Internacional sobre Transformaciones del Derecho del Trabajo Ibérico, dirigido por las profesoras Carolina San Martín Mazzucconi y María Regina Redinha, cuyo argumento principal versaba sobre la posible colisión entre los derechos fundamentales y la irrupción de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales.

Expertos tanto de España como Portugal trajeron a debate y analizaron aspectos fundamentales como el tiempo de trabajo, el uso de las redes sociales o la facultad del empresario de control y vigilancia a través de herramientas tecnológicas.

Hoy en día, las nuevas tecnologías se han asentado de forma definitiva dentro de las relaciones laborales. Su rápido proceso de implantación ha hecho que la legislación laboral no haya sido capaz de asumir en su integridad las consecuencias de esta realidad ni de adaptarse al día a día de las relaciones entre empresario y trabajador.

Desde esta óptica pueden apreciarse dos problemas fundamentales. El primero de ellos, desde la perspectiva de los trabajadores, se refiere a la limitación del uso de las herramientas tecnológicas que el empresario pone a su disposición; el segundo, desde la perspectiva empresarial, hace referencia a la facultad de vigilancia y control por parte del empresario.

Es por todo ello, por lo que la jurisprudencia y la negociación colectiva ha jugado un papel de gran importancia a la hora de resolver los conflictos surgidos con la tecnología como protagonista.

El Profesor Miguel Cardenal se encargó de dar comienzo al Encuentro enumerando las claves dogmáticas que se encuentran presentes en el conflicto entre los derechos fundamentales y las nuevas tecnologías.

La Profesora Maria Regina Redinha, desde una perspectiva portuguesa, centró su exposición en la protección del trabajador y en las tecnologías de la información y comunicación en el contrato de trabajo. Se profundizó en el modo en el que las características de la tecnología afectan al contrato de trabajo y, por ende, la manera en la que dichos cambios se plasman en la normativa. Uno de los cambios más característicos que han surgido gracias a las tecnologías de la información y comunicación ha sido la aparición del teletrabajo, el cual permite que exista una distancia física entre los sujetos de la relación laboral.

A continuación, la Profesora Pilar Charro y el Profesor Francisco Liberal Fernandes analizaron el derecho a la “desconexión digital”, el cual surge en Francia y se basa en que, mediante la negociación colectiva, el trabajador pueda reclamar el derecho a la desconexión digital. Según el derecho francés, es el empresario el que debe establecer una política que lo promueva, sin embargo, existen ciertos problemas que hacen que exista una confusión entre tiempo de trabajo y tiempo de no trabajo. Del mismo modo, existen otras perspectivas desde las que observar este derecho como es, por ejemplo, desde la salud y la seguridad en el trabajo.

Por otro lado, el Profesor Pablo Benlloch analizó cómo las nuevas tecnologías irrumpen en la actualidad presentando problemas estructurales, muchos de ellos sin resolver, que muestran que hoy en día aún queda mucho camino por recorrer para alcanzar los objetivos del principio “trabajo decente” implementado por la OIT. Dicha controversia ocupó un interesante debate durante el Encuentro en el que, entre otras muchas cuestiones, se trataron el dilema de la destrucción de puestos de trabajos y/o aparición de otros tantos nuevos, el uso de las tecnologías y el acceso al mercado de trabajo o el empleo verde (la creación de nuevos puestos de trabajo respetando el medioambiente). Está claro que la invasión de las nuevas tecnologías deparará múltiples beneficios, pero también es verdad que se hace necesaria una transición justa y beneficiosa para todos.

Otro aspecto que se trató, por parte del Profesor Joaquín García Murcia, durante el Encuentro fue la entrada en vigor del nuevo Reglamento Comunitario de Protección de Datos¹⁷⁶, haciendo hincapié en aquellos aspectos relacionados con el ámbito del trabajo y las relaciones laborales. El objetivo de esta norma se centra en uniformar el derecho a la protección de datos, encuadrándolo dentro de un mercado común, facilitando la libre circulación de datos. Si bien es cierto, las implicaciones laborales del Reglamento hay que valorarlas con el paso del tiempo, tomando como base la experiencia recogida con la Directiva 95/46/CE.

La profesora Ana de la Puebla centró su intervención en la geolocalización y el control biométrico, analizando su legitimidad con respecto a la Constitución e intentando descifrar sus límites en cuanto a su utilización. La dinámica judicial adquiere un gran protagonismo, ejerciendo un necesario control. Igualmente supone, en cierto modo, un recordatorio al empresario de que si bien debe ejercer la dirección y el control de la actividad laboral, esto no puede suponer un abuso para los derechos de los trabajadores.

Como no podía ser de otra forma, se quiso analizar la realidad práctica de todo lo anterior. Por tanto, las siguientes ponencias se centraron en los pronunciamientos judiciales tanto de España y Portugal y en aquellos problemas que día a día, tanto las empresas como los trabajadores, se encuentran en relación con las nuevas tecnologías.

Como bien es sabido, el uso de herramientas de carácter tecnológico en el ámbito del trabajo permite aumentar de forma considerable la productividad. Pero no todo es un camino de flores, la irrupción de éstas hace necesario un proceso de adaptación, tanto para el trabajador como para el empresario. De este proceso de adaptación, surgen numerosos conflictos y, la Profesora Carolina San Martín Mazzucconi se encargó de analizar todo esto. Uno de los casos que más destacó fue el caso de *Barbulescu vs. Rumania*¹⁷⁷, relativo al despido de un trabajador tras la motorización de cuentas de mensajería instantánea habiendo prohibición expresa del uso personal de las herramientas facilitadas por la empresa. Recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha revisado el caso en su Sentencia de 5 de septiembre de 2017, en la que contradice lo mantenido desde el principio.

Otra medida de control y vigilancia de las relaciones laborales muy invasiva y que no encuentra una clara regulación, analizada por la profesora Ana Isabel Pérez Campos, fue la videovigilancia. En concreto, la aplicación de esta medida supone confrontar derechos fundamentales, como la intimidad y la protección de datos de carácter personal con el poder de dirección del empresario. Resulta de especial relevancia e interés el estudio y examen de la evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional, que se ha

¹⁷⁶ Reglamento UE 2016/679, de 27 de abril.

¹⁷⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de enero de 2016.

centrado principalmente en el derecho a la intimidad y en la protección de datos de carácter personal.

El uso de las redes sociales y la llegada de empresas que, en principio, actúan dentro del marco legal, basadas en economía de colaboración difuminan todos los límites hasta ahora conocidos y hacen que surjan innumerables interrogantes. Por ejemplo, ¿existe relación laboral entre UBER y sus conductores? ¿se puede decir que son realmente trabajadores autónomos o autónomos dependientes? Todos estos planteamientos, examinados por la profesora Juana María Serrano García generaron un intenso debate que, actualmente, sigue estando vivo en busca de una solución más definida.

A continuación, el profesor Juan Gil Plana se centró en los aspectos procesales de las tecnologías innovadoras y el valor de la prueba digital; cuestión que, desde una perspectiva práctica, es de las más controvertidas a día de hoy, sin que contemos aún con soluciones claras por parte de los Tribunales.

Al igual que ocurre en la relación individual de trabajo, la incidencia de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas presenta un ritmo que hace que el legislador laboral en particular, y el Derecho en general se queden atrasados a la hora de regularlo. De esta forma, se confiere a los Tribunales la tarea de marcar las pautas que deben regir en las relaciones laborales. El profesor Juan Pablo Maldonado Montoya destacó en su ponencia varias resoluciones del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional que ponen de relieve la importancia de la casuística judicial en este tema.

Por último, el profesor David Carvalho Martins comentó una serie de sentencias portuguesas, enriqueciendo, de esta forma, el debate. La perspectiva portuguesa coincide en muchos puntos con la española, pues está marcada por un cierto grado de incertidumbre que la legislación no es capaz de paliar. Uno de los problemas planteados fue el del principio de territorialidad del ordenamiento jurídico, pues las innovaciones tecnológicas en muchas ocasiones sobrepasan las fronteras generando problemas en su regulación y control.