



**Universidad de Las Palmas de Gran Canaria
Universidad de La Laguna
Universidad de Madeira
Universidad de Açores**

Doctorado Islas Atlánticas: Historia, Patrimonio y Marco Jurídico Institucional

Departamento de Derecho Público

TESIS DOCTORAL

**DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES A LA
CONSTRUCCIÓN DE UN CATÁLOGO DE DERECHOS
DIGITALES DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS**

Tesis presentada por
D. Arturo Montesdeoca Suárez

Dirigida por
Dra. Dña. Carmen Grau Pineda

Las Palmas de Gran Canaria
Octubre de 2022

UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA
ESCUELA DE DOCTORADO

Programa de doctorado: ISLAS ATLÁNTICAS - HISTORIA, PATRIMONIO Y MARCO JURÍDICO INSTITUCIONAL

Título de la Tesis: DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES A LA CONSTRUCCION DE UN CATÁLOGO DE DERECHOS DIGITALES DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

Tesis Doctoral presentada por D. Arturo Montesdeoca Suárez

Dirigida por el Dra. Dña. Carmen Grau Pineda

Las Palmas de Gran Canaria, a 13 de octubre de 2022

La Directora

El Doctorando

(firma)

(firma)

D. PABLO ATOCHE PEÑA COORDINADOR DEL PROGRAMA DE DOCTORADO “ISLAS ATLÁNTICAS: HISTORIA, PATRIMONIO Y MARCO JURÍDICO INSTITUCIONAL” DE LA UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

INFORMA,

De que la Comisión Académica del Programa de Doctorado, en su sesión de fecha 11/10/2022 tomó el acuerdo de dar el consentimiento para su tramitación, a la tesis doctoral titulada "DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES A LA CONSTRUCCIÓN DE UN CATÁLOGO DE DERECHOS DIGITALES DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS" presentada por el doctorando D. ARTURO MONTESDEOCA SUÁREZ y dirigida por la Doctora MARÍA DEL CARMEN GRAU PINEDA

Y para que así conste, y a efectos de lo previsto en el Artº 11 del Reglamento de Estudios de Doctorado (BOULPGC 04/03/2019) de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, firmo la presente en Las Palmas de Gran Canaria, a 13 de octubre de 2022

Tesis desarrollada en el marco del programa de ayudas predoctorales del Gobierno de Canarias (ACIISI) cofinanciadas por el Fondo Social Europeo



La presente tesis doctoral se encuentra vinculada a los siguientes proyectos de investigación

“Desmontando la economía colaborativa: Hacia una nueva forma de comercialización de productos y servicios” (DER2017-85616-R), financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

IP: Inmaculada González Cabrera.
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

“La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral: políticas empresariales, ejercicio de derechos y límites al poder de control del trabajo” (PID2020-112731RB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

IP: José Eduardo López Ahumada.
Universidad de Alcalá de Henares

“Desconexión digital en el trabajo” (GIUV2020-473).
IP: Daniel Toscani Giménez y Francisco Trujillo Pons.
Universidad de Valencia.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN GENERAL	16
I. OBJETIVOS	24
II. METODOLOGÍA.....	25
PRIMERA PARTE.....	28
LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA ERA DIGITAL.....	28
CAPÍTULO I.....	30
ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.....	30
1. La delimitación etimológica entre los conceptos de privacidad e intimidad desde la perspectiva histórica, sociológica y jurídica.	30
1.1. La formulación etimológica del concepto de intimidad como espacio reservado.....	37
2. El origen del derecho a la privacidad – <i>The right to be let alone and the right to privacy</i>	45
3. La revolución informática como factor determinante en el tratamiento de datos: la intimidad en un contexto digital.	59
CAPÍTULO II.....	70
EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL Y EUROPEO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.....	70
1. El marco normativo Internacional y Europeo sobre la Protección de Datos Personales.	70
1.1. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.	70
1.2. La Declaración Universal de los Derechos Humanos.	71
1.3. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.	73
1.4. El Convenio Europeo de Derechos Humanos.	74
1.5. El Convenio nº 108 de 1981 del Consejo de Europa.....	75
1.6. La Carta de Derechos Fundamentales.	78
1.7. La Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.	82
1.8. El Reglamento de la Unión Europea 679/2016.	84
2. El marco jurisprudencial sobre protección de datos en Europa.....	88
2.1. La postura del Tribunal Constitucional federal de Alemania.	88

2.2.	El criterio del TEDH sobre la protección de datos: el derecho a la intimidad personal y familiar en el CEDH.	95
2.3.	La interpretación de la Carta de Derechos Fundamentales por el TJUE.	104
CAPÍTULO III		122
REGULACIÓN JURÍDICA DE LA PROTECCIÓN DE DATOS EN LOS PAÍSES EUROPEOS Y EN ESPAÑA.....		122
1.	Aproximación a las primeras leyes de la protección de datos en Europa.....	122
1.1.	Alemania.....	126
1.2.	Suecia.....	129
1.3.	Dinamarca.....	132
1.4.	Francia.	134
1.5.	Reino Unido.....	138
1.6.	Portugal.....	141
1.7.	Italia.	144
2.	El marco jurídico español en protección de datos: análisis legislativo.	148
2.1.	La Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal.....	153
2.2.	La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.	160
2.3.	Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.	166
2.4.	El papel desempeñado por la Agencia Española de Protección de Datos.	170
3.	La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.	174
3.1.	Ámbito de aplicación.....	176
3.2.	El deber de información.	178
3.3.	Del Registro de la AEPD al registro de actividades de tratamiento.	178
3.4.	El consentimiento del afectado.....	180
3.5.	Derechos de las personas en lo que respecta a la protección de datos.	181
3.6.	El Delegado de Protección de Datos.	182
3.7.	Análisis de Riesgos y evaluación de impacto.....	184
3.8.	Los derechos digitales: especial consideración en el ámbito de las relaciones laborales.....	185

4. La implementación de la LOPD en las relaciones laborales por el empleador.	188
4.1. El empresario como responsable del tratamiento.	190
4.2. La licitud en el tratamiento de datos: el interés legítimo en el grupo de empresas.	192
4.3. El consentimiento de las personas trabajadoras como base jurídica del tratamiento.	194
4.4. El deber de transparencia e información a las personas trabajadoras.....	197
4.5. El principio de responsabilidad activa: la protección de datos desde el diseño.	202
4.6. La valoración del riesgo y la evaluación de impacto: medidas preventivas frente a las vulneraciones de derechos.....	205
4.7. Obligaciones del encargado del tratamiento de datos.	207
SEGUNDA PARTE	212
LOS DERECHOS DIGITALES DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS	212
CAPÍTULO I.....	214
EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ENTORNO DIGITAL	214
1. De nuevo sobre los derechos fundamentales y su objeto de protección: nuevos vinos en viejos odres.	214
1.1. La constitucionalización de los derechos fundamentales.	220
1.2. Los derechos fundamentales en las relaciones laborales: sobre los derechos inespecíficos y sus límites.	225
1.2.1. Los límites de los derechos laborales inespecíficos desde la perspectiva de la persona trabajadora.....	231
1.3. El poder de dirección y organización del empresario: contenido, manifestación y alcance.	237
2. La configuración del derecho a la protección de datos como derecho fundamental autónomo.	247
2.1 La creación jurisprudencial del derecho a la protección de datos: la labor del TC.	252
2.2. La estricta relación del derecho a la protección de datos con el derecho a la intimidad personal y familiar: el art. 18.4 CE.	264
CAPÍTULO II.....	270
EL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS FRENTE AL USO DE DISPOSITIVOS DIGITALES	270
1. La protección del derecho a la intimidad de las personas trabajadoras en la era de la digitalización en las relaciones laborales.....	270

1.1.	Evolución jurisprudencial: TS, TC y TEDH.	274
1.1.1.	La doctrina del TS en relación con el control y acceso de dispositivos digitales.....	277
1.1.2.	La doctrina del TC en relación con el control y acceso de dispositivos digitales.....	282
1.1.3.	La doctrina del TEDH en relación con el control y acceso de dispositivos digitales.....	287
2.	El derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral.	296
2.1.	El acceso por el empleador a los contenidos de los medios digitales puestos a disposición de las personas trabajadoras.	299
3.	Los dispositivos digitales: ¿qué tipos de pruebas electrónicas pueden constituir?	304
3.1.	La validez o invalidez de la prueba obtenida por el empresario tras acometer una medida de control y acceso a dispositivos digitales.	307
3.2.	Las consecuencias derivadas de la calificación de la prueba ilícita.	311
3.2.1.	La regla de la exclusión.	312
3.2.2.	La doctrina de los frutos del árbol prohibido.	314
3.2.3.	La calificación del despido disciplinario que se sustenta con una prueba ilícita.	316
4.	La utilización de dispositivos digitales facilitados por el empresario a la plantilla.	319
4.1.	La política corporativa sobre buen uso de los dispositivos digitales: la necesaria comunicación previa del empresario para el efectivo cumplimiento por las personas trabajadoras.....	321
CAPÍTULO III		329
EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL		329
1.	La eterna discusión sobre la delimitación del tiempo de trabajo.....	329
1.1.	El proceso de digitalización de las relaciones laborales: la interacción prolongada del trabajador a los dispositivos tecnológicos.	333
2.	El contenido del derecho a desconectar del trabajador en la jurisprudencia del TJUE.	336
2.1.	La desconexión digital y la interconectividad de las personas trabajadoras en la jurisprudencia española.	344
2.1.1.	El cumplimiento implícito de la desconexión digital con anterioridad a la aprobación de la LOPD.	347
2.1.2.	Los primeros pronunciamientos judiciales sobre desconexión digital tras la aprobación de la LOPD.	350

3.	Precedentes en nuestro entorno comparado sobre la regulación de la desconexión digital.....	360
3.1.	La introducción de la desconexión digital en Francia a partir de la Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016.....	360
3.2.	La regulación de la desconexión digital en Italia: Legge n° 81, de 22 maggio 2017.	365
3.3.	La desconexión digital en Bélgica : Loi du 26 mars 2018 relative au renforcement de la croissance économique et de la cohésion sociale.	368
4.	El reconocimiento del derecho a la desconexión digital en el art. 88 LOPD.....	371
4.1.	El marco conceptual del derecho a la desconexión digital: ¿constituye una reformulación de derechos laborales primarios en un contexto diferente?	374
4.2.	El goce y disfrute de la desconexión digital por las personas trabajadoras: ¿quiénes protagonizan la modulación de este derecho y para qué fines?.....	382
4.3.	El papel asumido por la empresa para el ejercicio de la desconexión digital: ¿constituye un cambio en las formas de ordenación y organización en la empresa?387	
5.	Buenas prácticas corporativas sobre desconexión digital como garantía de respeto de la seguridad y salud en el trabajo.....	392
6.	El derecho a la desconexión digital en la negociación colectiva.....	398
	A) De las posiciones más conservadoras que pasan por el mero reconocimiento del derecho.....	400
	B) A las posiciones más progresistas que avanzan en contenidos más amplios.	404
6.1.	La ubicación convencional de la desconexión digital con los derechos fundamentales asociados a su disfrute.....	412
	TERCERA PARTE	421
	LOS SISTEMAS DIGITALES DE CONTROL EMPRESARIAL	421
	CAPÍTULO I.....	423
	LA VIDEOVIGILANCIA COMO MÉTODO DE CONTROL LABORAL.....	423
1.	La controvertida utilización del sistema de videovigilancia en el ámbito de las relaciones laborales.....	423
1.1.	La doctrina del TC en materia de videovigilancia en el ámbito laboral.....	429
1.2.	La doctrina del TS en materia de videovigilancia en el ámbito laboral.	432
1.3.	La doctrina del TEDH en materia de videovigilancia en el ámbito laboral.	437
2.	El sistema de videovigilancia como medida de control empresarial: la adecuación de la normativa de protección de datos personales en las relaciones laborales.	444

3. La comisión flagrante de actos ilícitos del trabajador como atenuante del deber de información previa por el empleador del sistema de videovigilancia.	453
4. El sistema de grabación de sonidos, ¿medida de control laboral o medida de seguridad de instalaciones, bienes o personas?	461
CAPÍTULO II.....	469
EL SISTEMA GPS COMO MÉTODO DE CONTROL	469
1. La implementación del sistema de control GPS en las relaciones laborales.	469
2. Selección de jurisprudencia destacada sobre la geolocalización.	472
2.1. La jurisprudencia de los TSJ ante el uso de la geolocalización en el ámbito laboral.	473
2.2. La jurisprudencia del TS sobre la aportación de medios propios y monitorización de la actividad laboral por geolocalización.	480
3. La geolocalización del trabajador como medio de control laboral: análisis comparativo en el ámbito europeo.....	487
3.1. La habilitación del empresario para implementar la geolocalización en las relaciones laborales.....	494
3.2. Obligaciones que debe cumplir el empresario cuando implemente la geolocalización en la relación laboral.	499
3.2.1. El deber de información previa en la doctrina de la AEPD.....	504
3.3. El ejercicio por el trabajador de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión.....	507
CAPÍTULO III	515
EL CONTROL DIARIO DE LA JORNADA LABORAL: PROTECCIÓN DE DATOS VS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	515
1. La evolución de la obligatoriedad del registro de la jornada en el ET.	515
2. El tratamiento de la obligatoriedad del registro de jornada en la jurisprudencia nacional y comunitaria.	522
3. El Real Decreto – Ley 8/2019, de 8 de marzo: el alcance de la reforma al art. 34 del ET.	539
3.1. El registro de jornada como garantía del respeto del tiempo de trabajo y descanso de las personas trabajadoras.	544
3.2. El registro de jornada obligatorio para la totalidad de las personas trabajadoras.	547
3.3. El papel de la negociación colectiva en la implantación del registro horario. ..	552
3.4. El principio de accesibilidad a los datos del registro horario como ejercicio de transparencia.	556

3.5. El papel de supervisión y vigilancia de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social respecto al registro horario.	559
4. Reflexiones sobre la oportunidad y necesidad del registro horario obligatorio al hilo de sus consecuencias prácticas.	561
5. La compatibilidad entre los sistemas de registro horario laboral y el derecho a la protección de datos del trabajador.	566
5.1. Evolución de los criterios operantes para implantar un sistema biométrico de control de la jornada laboral.	574
CONCLUSIONES	584
ANEXOS	605
BIBLIOGRAFÍA	628

ABREVIATURAS

AAPP	Administración Pública
AN	Audiencia Nacional
AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CCAA	Comunidad Autónoma
CC	Convenio Colectivo
CCOO	Comisiones Obreras
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
EBEP	Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.
ET	Estatuto de los Trabajadores
EIPD	Evaluación de Impacto de Protección de Datos
FEADER	Fondo Europeo Agrario de Desarrollo Rural
FEAGA	Fondo Europeo de Garantía Agrícola
GT29	Grupo de Trabajo del artículo 29
ITSS	Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
LOPD	Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales
LOPRODA	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal

LORTAD	Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal
LOTCC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
LOLS	Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.
RGPD	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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE
RLT	Representación legal de los trabajadores
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TCFA	Tribunal Constitucional Federal Alemán
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
UGT	Unión General de Trabajadores

INTRODUCCIÓN GENERAL

La tesis doctoral propuesta pretende realizarse dentro del programa de Doctorado Islas Atlánticas: Historia, Patrimonio y Marco Jurídico Institucional de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria y está dirigida por la Dra. Carmen Grau Pineda, profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (ULPGC.)

El proceso de digitalización caracterizado por la introducción de innovaciones tecnológicas trae causa en una nueva revolución industrial, la cuarta ya. Este nuevo periodo de cambio se caracteriza, entre otras cosas, por la permisividad en el tratamiento automatizado de la información mediante la utilización de variadas herramientas digitales (Smartphone, smartwatch, IPad, etc.), y que, sin embargo, no serán las únicas puesto que en un futuro cortoplacista fruto de los procesos de innovación tecnológica es posible augurar la aparición de otras nuevas.

La utilización de estas tecnologías se materializa tanto en el ámbito personal como profesional y, precisamente en este último, su utilización ha provocado cambios sumamente importantes tanto en los métodos de organización y producción pero, también, respecto a las posibilidades de supervisión y control de la prestación laboral a través de todo tipo de sistemas. Por tales razones, se ha estimado oportuno analizar en la presente tesis doctoral en qué sentido la utilización de herramientas tecnológicas en el ámbito de las relaciones laborales puede suponer nuevas y diferentes situaciones de confrontación y, por ende, de desequilibrio entre la salvaguardia de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras y el poder de dirección y control del empleador de las hasta ahora enfrentadas.

Es un tema que se ha suscitado en el contexto de la profunda transformación que están sufriendo las relaciones laborales en la era digital y que plantea muchas vicisitudes en cuanto al respeto de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. Por tales razones, se ha estimado que constituye un tema transcendental, máxime desde la perspectiva de derechos como el de la protección de datos personales, por cuanto tanto la normativa europea -el Reglamento Europeo de Protección de Datos 679/2016 (en adelante, RGPD)- como la nacional -la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (en adelante, LOPD)- han dado un protagonismo singular a las relaciones laborales otorgando un espacio de regulación

específico al respecto. Por ello, y en el contexto actual, esta problemática merece ser objeto de reflexión con la finalidad de analizar las luces y sombras que la temática arroja.

La tesis doctoral se encuentra estructurada en tres partes, la primera está dedicada a la protección de datos personales en la era digital, la segunda a los derechos digitales de las personas trabajadoras y la tercera a los sistemas digitales de control empresarial. Y cada una de las partes están integradas por tres capítulos cuyo contenido se expone a continuación.

Comenzando por la primera, en el primer capítulo será objeto de estudio el análisis del origen y la evolución del derecho a la protección de datos, poniendo de relieve la estrecha relación que le une con el derecho a la intimidad. Se llevará a cabo un planteamiento que permita identificar las dificultades que ha entrañado alcanzar un criterio pacífico sobre la distinción entre intimidad y privacidad. Para ello, se ha decidido mostrar la interpretación de ambos conceptos desde diferentes disciplinas, así como un análisis de su formulación etimológica. Y, a continuación, se lleva a cabo un estudio doctrinal en el sistema jurídico norteamericano en un momento en el que se comenzaba a tornar una preocupación social, cultural y jurídica que reclamaba la necesidad de dotar y reforzar jurídicamente a la privacidad a fin de garantizar a las personas un espacio o ámbito privado y reservado.

Por último, se pretende demostrar cómo el tratamiento de datos personales ha estado estrechamente ligado a los procesos de revolución industrial. Precisamente estos procesos de revolución industrial, suscitados principalmente a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, han ofrecido innovaciones técnico-digitales que han dado pie al desarrollo de diferentes herramientas tecnológicas que suscitan injerencias en derechos como el derecho a la protección de datos personales o el de intimidad.

En el capítulo segundo, se comenzará con un recorrido sobre el marco normativo internacional y europeo sobre la protección de datos personales. Desde el ámbito internacional, se comenzará de forma cronológica con el estudio de la Declaración americana de derechos y deberes del hombre que constituyó el primer reconocimiento jurídico que ofreció protección a la vida privada y familiar, a un ámbito que por entonces comenzaba a encontrarse amenazado. Por otro lado, la Declaración universal de los derechos humanos marcaría un hito histórico en el reconocimiento de derechos humanos universales a fin de concienciar a la humanidad y dejar atrás un periodo turbulento en el que se acometieron atropellos sobre derechos fundamentales de la humanidad. Y,

posteriormente, los derechos plasmados en la Declaración universal de derechos humanos fueron objeto de ampliación por el Pacto internacional de derechos civiles y políticos.

En cuanto a Europa, la labor legislativa del Parlamento y del Consejo ha sido plasmada en varios textos legales que configuran el compendio jurídico en materia de protección de datos, entre los que puede destacarse: el Convenio europeo de derechos humanos, el Convenio nº 108 de 1981 del Consejo de Europa, la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, la Directiva 95/46/CE y el Reglamento general de protección de datos.

Se finalizará con el derecho a la protección de datos en Europa a través de su construcción jurisprudencial y se comenzará de forma cronológica con la postura del Tribunal Constitucional federal de Alemania que marcó un hito histórico-jurídico ya que planteó por primera vez el reconocimiento de una ramificación de del derecho a la protección de datos personales, el derecho a la “autodeterminación informativa” como facultad del individuo de controlar la divulgación y conocimiento de datos sobre su persona ante la amenaza planteada por los medios informáticos. A continuación se plasmará el criterio que ha ido elaborando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la interpretación del art. 8.2 CEDH, en base a los siguientes criterios: cuando la injerencia está prevista en la ley, cuando la medida adoptada contribuye al alcance de un fin legítimo y cuando la injerencia está justificada por ser necesaria en una sociedad democrática. Finalmente, también tendrá lugar el análisis de la interpretación jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde los inicios de la actual Unión Europea, poniéndose especial énfasis al criterio temporal respecto a la existencia o no de un marco jurídico consolidado sobre derechos fundamentales. En consecuencia, se ha diferenciado el tratamiento jurisprudencial en base a los siguientes criterios: la garantía de los principios generales del derecho comunitario, el tratamiento del respecto de la vida privada, así como las restricciones posibles de derechos fundamentales en el derecho comunitario.

El capítulo tercero arranca con una revisión legislativa comparada con los países de nuestro entorno europeo más cercano sobre las primeras leyes de protección de datos en Europa. La intención será plasmar cómo se llevó a cabo materializado en cada ordenamiento jurídico la preocupación suscitada respecto a la introducción de la tecnología en, prácticamente, todos los estamentos de la sociedad.

Una vez hecho lo cual será el momento de abordar específicamente la respuesta legislativa en el ordenamiento jurídico español. De este modo, se iniciará con el debate

parlamentario suscitado en la aprobación de la Constitución Española (en adelante, CE) en la que se integró el art. 18.4 que hace una referencia específica a la existencia de una ley que limite el uso de la informática para garantizar derechos como el honor y la intimidad personal y familiar. Así, a raíz de este mandamiento constitucional, se procederá a realizar un recorrido legislativo por las diferentes normas que han abordado la temática de la protección de datos personales, a saber: la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Posteriormente, también se ha decidido oportuno ofrecer un espacio a un ente, la Agencia Española de Protección de Datos Personales, que ha desarrollado una labor trascendental en el tratamiento de datos personales, valorando a este respecto, el papel que le ha sido que se ve reflejado en el marco jurídico que determina su funcionamiento y actuación previsto en el Real Decreto 389/2021, de 1 de junio, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos.

Y, por último, una vez superado este periplo histórico-jurídico, será el turno de analizar el marco jurídico español actual conformado por la LOPD, poniendo especial énfasis en los principales aspectos que aporta como novedad. A continuación se centrará la atención en los aspectos referidos al empresario como responsable del tratamiento de datos personales, que engloba un conjunto de medidas de actuación que fija el RGPD. Esta responsabilidad es asumida en virtud de la celebración del contrato de trabajo, ya que constituye la piedra angular que justifica el tratamiento de datos personales en las relaciones laborales. El empleador, por consiguiente, debe conocer qué datos personales pueden ser objeto de tratamiento y cuáles no, en cumplimiento de los principios de licitud, lealtad y transparencia. Y, lejos de olvidar uno de los pilares que instaura la norma europea, debe justificar el modo en el que consiguió el consentimiento de la persona trabajadora al recabar sus datos personales, el cual debe ser libre sin carácter viciado, por ejemplo, sin incluir cláusulas tipo que vayan en detrimento de las personas trabajadoras.

La segunda parte de la tesis y como ya pudo adelantarse, también estará conformada por tres capítulos. Esta parte estará dedicada en su conjunto al análisis de los derechos digitales de las personas trabajadoras y, precisamente, será en esta parte en donde tendrá lugar un estudio más profundo sobre el derecho de la protección de datos personales desde la perspectiva de los derechos fundamentales. En este sentido, se

comenzará el primer capítulo con una introducción a los derechos fundamentales plasmando los criterios de interpretación que el Tribunal Constitucional ha determinado para definir concretamente su concepto, su ubicación constitucional, su contenido, su tutela y posibles limitaciones en virtud de la convivencia colectiva de los ciudadanos en un Estado social y democrático de derecho. En segundo lugar, se procederá a trasladar su inserción, configuración y actuación en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Así, se focalizará su tratamiento en cuanto a la convivencia con otros intereses constitucionalmente protegidos en las relaciones laborales respecto al empresario, *ex arts. 33.1 y 38 CE*. De tal forma que se abordarán los criterios jurisprudenciales que ha instaurado el Tribunal Constitucional en cuanto a los parámetros que debe observar el empresario cuando precise adoptar medidas que impliquen una limitación o restricción de derechos fundamentales de las personas trabajadoras.

A continuación se profundizará con la configuración del derecho a la protección de datos personales *ex art. 18.4 CE* como derecho fundamental autónomo e independiente del derecho a la intimidad *ex art. 18.1 CE*. En este sentido, el objetivo propuesto será lograr una aproximación a la labor que ha desempeñado el Tribunal Constitucional a tenor de las funciones que le han sido atribuidas constitucionalmente y reflejadas en el marco de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para posteriormente reflejar cronológicamente, los principales pronunciamientos jurisprudenciales que han ido configurando el denominado derecho a la protección de datos personales. Tras haber superado todo lo anterior y a modo de reflexión final, se llevará a cabo un proceso de distinción entre el derecho a la protección de datos personales *ex art. 18.4 CE* y el derecho a la intimidad *ex art. 18.1 CE*. La finalidad será poner de manifiesto las similitudes y diferencias entre ambos derechos, desde su configuración constitucional hasta el campo de actuación y protección.

Por otro lado, en el capítulo segundo se continuará con el estudio del art. 87 de la LOPD, cuyo objeto es la protección de la intimidad respecto al uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral. A este respecto se pretende poner en valor la oportuna inclusión de este precepto ya que con anterioridad no existía un marco jurídico sólido y claro respecto a la protección de la intimidad de la persona trabajadora que utilizaba dispositivos tecnológicos como medio de cumplimiento de la prestación laboral. En este sentido, se pretende reflejar que ante la inexistencia de un marco jurídico al respecto se dio origen a la configuración de diferentes criterios jurisprudenciales por el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ello

conllevo que se determinasen jurisprudencialmente los criterios que debían observarse por el empresario a fin de respetar derechos fundamentales como la intimidad personal *ex art. 18.1 CE*, el derecho al secreto de las comunicaciones *ex art. 18.3 CE* y el derecho a la protección de datos personales *ex art. 18.4 CE* cuando en ejercicio de sus facultades directivas y de organización accedía al contenido de tales dispositivos.

En el capítulo tercero se analizará el derecho a la desconexión digital ubicada en el art. 88 de la LOPD. En el análisis de este derecho se vinculará la incidencia de la utilización de la tecnología en el ámbito de las relaciones laborales con derechos específicamente laborales como el derecho al descanso y derechos inespecíficos de la relación laboral constitucionalmente reconocidos a toda persona, como pueden ser el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, así como el derecho a la salud. En primer lugar, se mostrará la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto a la interpretación de La Directiva 2003/88/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en relación con el uso de dispositivos tecnológicos por las personas trabajadoras, para, seguidamente, continuar con los primeros esbozos jurisprudenciales sobre el derecho a la desconexión de los dispositivos tecnológicos en la jurisprudencia española. A continuación, se procederá a analizar los precedentes legislativos sobre la regulación de la desconexión digital en países como Francia, Italia y Bélgica. Una vez superado lo anterior, se procederá a examinar de forma pormenorizada el contenido del art. 88 de la LOPD. Y para finalizar este capítulo, se tratará de exponer un catálogo de buenas prácticas corporativas sobre el ejercicio y respeto de este derecho a la desconexión digital así como su modulación en la negociación colectiva.

En la tercera parte de la tesis doctoral se lleva a cabo una revisión sobre los sistemas digitales de control empresarial. Así, el capítulo primero se iniciará con el abordaje del art. 89 de la LOPD, es decir, de la protección del derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo. Téngase en cuenta el uso de la videovigilancia como método de control laboral carecía de un marco jurídico específico en el ámbito de las relaciones laborales por lo que ha colmado durante muchos años un quebradero de cabeza debido, además, a que en la práctica se han propiciado varios vaivenes jurisprudenciales sobre este aspecto. Por tales motivos, se dará comienzo con un breve análisis comparado sobre la videovigilancia en países como Francia, Italia y Portugal a efectos de comprobar cómo han adaptado la

normativa de protección de datos en las relaciones laborales y, posteriormente, se dará comienzo con la evolución jurisprudencial de los criterios seguidos por el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a este respecto. Finalizado este apartado, se dará por fin comienzo al examen del art. 89 de la LOPD, mostrando qué parámetros dictados por la jurisprudencia se han incluido en el precepto así como los aspectos más controvertidos que se plantean de su redacción actual, principalmente, si se ajusta a los criterios que ha incorporado el RGPD en cuanto al cumplimiento de los derechos de información previa y transparencia en el tratamiento de datos personales.

En el capítulo segundo corresponde abordar el art. 90 de la LOPD respecto a la protección de la intimidad por la utilización un sistema de geolocalización como método de control laboral, que también contaba con ausencia total de un marco jurídico. La particularidad de este capítulo es que carece de un tratamiento amplio y contundente tanto en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como por la doctrina Tribunal Constitucional a diferencia de los anteriores métodos de control examinados. Ello no obsta a que esta labor se haya llevado a cabo de forma extensa y pormenorizada por los Tribunales Superiores de Justicia, creando una doctrina judicial consolidada con anterioridad a la entrada en vigor de la LOPD. Y, por otro lado, el Tribunal Supremo también ha sido protagonista en cuanto a que ha configurado los criterios que permiten y justifican la implementación de la geolocalización como medio de control laboral. Así, se distingue la implementación de la geolocalización como medio de control laboral en medios profesionales, es decir, puestos a disposición por el empresario y de titularidad empresarial, como en medios personales aportados por la persona trabajadora para cumplir con el desarrollo de la prestación laboral. Superada la tesis anterior y en relación con la redacción actual del art. 90 de la LOPD, se pondrá de relieve en qué situaciones el empresario se encuentra habilitado para implementar este tipo de medidas que impliquen la geolocalización de los dispositivos electrónicos así como las obligaciones que debe observar al momento de adoptarlas.

Por último, en el capítulo tercero que cierra la tercera parte de la tesis doctoral, será objeto de estudio el control diario de la jornada laboral a través de dispositivos digitales que confrontan con el derecho a la protección de datos personales. Si bien es cierto que el control biométrico de la jornada laboral no encontró acomodo en el Título X de la LOPD, ello no significa que no pueda ser considerado *ex lege* como otro método de control digital del empresario, en este caso, de la jornada laboral diaria de las personas

trabajadoras. En este sentido, en este capítulo se lleva a cabo una revisión histórica del marco jurídico como de la jurisprudencia nacional del registro de la jornada laboral, *ex ante* y *ex post* a la aprobación del Real Decreto – Ley 8/2019, de 8 de marzo que determinó la obligatoriedad del registro de jornada laboral diaria de todas las personas trabajadoras. De este modo, se pretende poner de manifiesto la función que cumple el registro de jornada diaria como garantía del respeto del tiempo de trabajo y descanso de las personas trabajadoras. Por otro lado, se examinará el papel que ha sido atribuido tanto a la negociación colectiva como ente que deberá especificar y concretar el medio de registro de jornada a implantar en la empresa, así como de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social respecto al acceso, verificación y contraste de los datos almacenados en tales registros de jornada en aras de obtener una prueba objetiva y fiable sobre el cumplimiento de la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso laboral de las personas trabajadoras. Y, superado este análisis normativo previo, será el momento de valorar la posible implementación por el empresario del registro de jornada en su vertiente digital, concretamente respecto al uso de los datos biométricos de las personas trabajadoras en cumplimiento de una obligación legal que le ha sido impuesta por el legislador. Por lo tanto, se pretende efectuar una confrontación entre la normativa laboral y la normativa de protección de datos personales para examinar los criterios que debe observar el empresario al momento de adoptar un registro de jornada que pueda implicar un tratamiento de datos personales biométricos así como las previsiones específicas para minimizar el impacto en la esfera privada y reservada de las personas trabajadoras.

Y, finalmente, se incorpora un capítulo de conclusiones que serán propositivas en cuanto a los resultados obtenidos en el trabajo de investigación producto de la hipótesis inicial de trabajo. Una vez que se ha estudiado la profunda y actual transformación del derecho fundamental a la protección de datos y su inmersión en el ámbito del trabajo se estará en condiciones de ofrecer una respuesta a los problemas que puede generar la tecnología al transgredir la intimidad y/o privacidad de la persona trabajadora. En estos términos, se expondrán recomendaciones referidas a que los nuevos métodos de control de la prestación laboral implementados por el empresario permitan consagrar un equilibrio con los derechos fundamentales de las personas trabajadores respecto al posible uso desmedido de las tecnologías. Así, se persigue valorar el grado de implantación de la normativa en materia de protección de datos y su grado de cumplimiento/incumplimiento.

El tema de los derechos fundamentales es un clásico en la investigación jurídico-laboral, pero, en esta ocasión, se ha querido incorporar como sesgo novedoso, los nuevos

conflictos que se plantean en confluencia con las nuevas tecnologías. En definitiva, se pretende mostrar las medidas de convivencia entre las nuevas tecnologías y los derechos fundamentales de las personas trabajadoras en el ámbito concreto de las relaciones laborales.

El objeto de análisis será, por tanto, el derecho fundamental a la protección de datos personales y se pretende profundizar en la problemática jurídica que supone el proceso de transformación digital en las relaciones de trabajo respecto a los métodos de control que pueden ser implementados por el empresario. En definitiva, constatar cómo los avances tecnológicos están teniendo una repercusión directa sobre las relaciones laborales, mostrando una visión crítica en cuanto al uso de los datos de las personas trabajadoras y la incertidumbre generada respecto del alcance del necesario equilibrio entre derechos y deberes de las partes contratantes.

I. OBJETIVOS

El objetivo principal que se pretende alcanzar con el desarrollo de la tesis doctoral es demostrar la relación entre el desarrollo tecnológico y la mayor lesividad de derechos fundamentales como el derecho a la protección de datos de carácter personal en el medio ambiente laboral, así como valorar si el marco jurídico actual es suficiente en cuanto aporta los suficientes y necesarios mecanismos legales para otorgar la protección y/o prevención frente a tales riesgos derivados de la utilización de herramientas digitales o, si por el contrario, es insuficiente y se requieren de otro tipo de medidas para alcanzar este fin.

En primer lugar, se procederá a analizar el derecho fundamental a la protección de datos personales, su evolución a lo largo del tiempo evidenciada por la innegable revolución industrial y tecnológica, su configuración legal en el marco jurídico internacional, europeo y nacional, su interpretación jurisprudencial por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional, así como una comparativa entre nuestro marco jurídico con los países europeos de nuestro entorno europeo para conocer las similitudes y el grado de protección que le otorgan a este derecho.

En segundo lugar, se pondrá de relieve la figura del empresario como responsable del tratamiento de datos personales cuya principal obligación será la observancia de los principios que atañen a todo tratamiento de datos personales a fin de llevar a cabo el proceso de adaptación de la normativa de protección de datos personales al contexto de

las relaciones laborales, así como la tutela de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras en cuanto a la adopción de medidas que puedan conllevar su restricción o limitación por cuanto se legitima esta actuación en el alcance de intereses legítimos y con amparo constitucional.

En tercer lugar, se planteará cuáles son los principales retos que afrontan los derechos digitales en el ámbito de las relaciones laborales. Por un lado, el derecho a la intimidad personal y familiar respecto al uso de dispositivos digitales así como el derecho a la desconexión digital en su versión más amplia que engloba el respeto y la salvaguarda de derechos fundamentales como el descanso, la intimidad personal y familiar, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Y, por otro lado, en cuanto a los parámetros y garantías que debe observar el empresario al momento de adoptar medidas referidas a comprobar el uso de dispositivos digitales, de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos, de sistemas de geolocalización así como los diferentes sistemas de registro de la jornada de trabajo como métodos de control de la prestación laboral.

II. METODOLOGÍA

En cuanto a la metodología propia de este tipo de investigaciones de trabajo ha sido la exegética o hermenéutica con el fin de interpretar de acuerdo con la realidad de cada momento las normas jurídicas vigentes al respecto, analizar la doctrina y abordar las resoluciones judiciales existentes sobre la materia objeto de estudio.

En resumen, se han realizado las siguientes acciones:

- a) Búsqueda de artículos científicos a través de las principales bases de datos, ARANZADI, DIALNET, CENDOJ, VLEX.
- b) Lectura y contraste con la legislación vigente actual en materia de protección de datos y derecho laboral. Por lo que se llevará a cabo un estudio de derecho comparado a fin de enriquecer el estudio con países de nuestro entorno europeo; Portugal, Francia, Italia, Alemania o Inglaterra, entre otros.
- c) Se llevará a cabo un repaso a la doctrina jurisprudencial más relevante sobre la materia, tanto en los tribunales del territorio nacional como en el ámbito europeo y comparado.
- d) Acceso a los convenios colectivos publicados en el boletín oficial que corresponda.
- e) Utilización de fuentes estadísticas a través de los datos publicados por EUROFOUND o el Instituto Nacional de Estadística.

- f) Planteamiento de los principales cambios normativos derivados del auge de las nuevas tecnologías y su impacto en las relaciones laborales.
- g) Estudio y propuesta de mejora respecto a la aplicación práctica de la normativa de protección de datos en el ámbito laboral, especialmente en lo referido a los métodos de control a las personas trabajadoras.

En definitiva, se ha pretendido integrar en este proyecto de investigación todos los recursos bibliográficos disponibles para así profundizar, reflexionar y alcanzar los objetivos propuestos a fin de sustentar la hipótesis principal de esta tesis: Ante el imparable proceso de digitalización de las relaciones laborales que provoca injerencias en los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, especialmente, en derechos como el de protección de datos personales o el de intimidad, cabe preguntarse si la rama del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social cuenta con los mecanismos jurídicos suficientes para solventar los potenciales impactos negativos que pudieran derivarse sobre los mismos o, si por el contrario, es necesario ofrecer una respuesta *ex novo* para garantizar su respeto e integridad en el nuevo contexto.

PRIMERA PARTE

LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA ERA DIGITAL

CAPÍTULO I.

ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.

1. La delimitación etimológica entre los conceptos de privacidad e intimidad desde la perspectiva histórica, sociológica y jurídica.

La privacidad y la intimidad son conceptos que se encuentran estrechamente relacionados por cuanto comparten una matriz etimológica. De hecho, son confundidos habitualmente en la práctica cuando se hace alusión a ambos conceptos como si tuvieran el mismo objeto o campo de protección¹. Por esta razón, el objetivo principal por alcanzar en estas líneas será poner de relieve cuándo surgen ambos conceptos y qué ámbito de protección ha sido atribuido a cada uno de ellos. Por ello, se va a llevar a cabo un tratamiento del binomio jurídico y léxico formado por la intimidad-privacidad. En este sentido, se abordará el estudio desde distintas perspectivas y desde diferentes ramas, a saber: la histórica, la sociológica y la jurídica.

En cierto modo, esta elección sobre el método de comparación y análisis de ambos conceptos puede significar un auténtico caos al intentar definir, desde las diferentes posibilidades, un concepto tan amplio como la intimidad y/o privacidad. A este respecto, ya lo advirtió GAVISON al manifestar que para “quienes se presten bienaventurados al estudio del derecho a la intimidad bien puede sentir un sentimiento de intranquilidad, puesto que se acrecienta las demandas de la ciudadanía que reclaman mayor protección a fin de alcanzar la deseada intimidad²”. Y del mismo modo se manifestó PÉREZ LUÑO, para quien “se ha insistido en que las nociones de intimidad y vida privada llevan consigo una carga emotiva que las hace equívocas, ambiguas y dificulta la precisión de su significado³”.

¹ Esta reflexión es compartida con GARCÍA MURCIA y RODRÍGUEZ CARDO para quienes “el recurso automático e indiscriminado al derecho a la protección de datos a veces introduce confusión y, en ocasiones, puede que hasta limite la tutela, por el propio diseño de ese derecho”. *Vid.*, en GARCÍA MURCIA, J., RODRÍGUEZ CARDO, I.A. (2019). “La protección de datos personales en el ámbito de trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 216, p. 41.

² GAVISON, R. (1984). Privacy and the limits of Law, en *Philosophical Dimensions of Privacy*, p. 346.

³ PÉREZ LUÑO, A. (1984). *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, 8ª edición, Madrid, Tecnos, p.345.

Teniendo en consideración la opinión de ambos autores, se plantea un interrogante a modo de comenzar esta investigación que permitirá delimitar el objetivo final por alcanzar en este apartado, ¿cuándo surge esta preocupación sobre la necesidad de arrojar una aclaración sobre el ámbito íntimo o el ámbito de lo privado?

Comenzando por la perspectiva histórica, DUBY en su obra *Historia de la vida privada* recoge en el prefacio como área privada aquella “área particular, netamente delimitada, asignada a esa parte de la existencia que todos los idiomas denominada como privada⁴”. Este autor plantea que el término señalado se encuentra integrado por “una zona de inmunidad ofrecida al repliegue, al retiro, donde uno puede abandonar las armas y las defensas de las que le conviene hallarse provisto cuando se aventura al espacio público⁵”. Por otro lado, en cuanto al origen, considera que este concepto tan controvertido se retrotrae al periodo que entremedia la Edad Media y los albores de la Edad moderna, contextos históricos en los que se puede apreciar una actitud de injerencia del Estado a raíz de su fortalecimiento, causando intromisiones más “agresivas y penetrantes”⁶.

Precisamente, se puede diferenciar según DUBY de una *res publica* que estaría integrada por todo el dominio de la colectividad, *extra commercium* y, una *res privata*, por contrario, *in commercium* e in patrimonio. Este espacio sería el lugar en el que ejercería el poder el *pater familias*, principalmente en la *domus*⁷. Y, como consecuencia directa, generó el fortalecimiento de nuevos núcleos de convivencia distintos de la familia diversificando así el espacio privado⁸, de donde se infiere la relación de la intimidad con un ámbito privado que debe estar estrictamente delimitado, precisamente, para el disfrute personal alejado de las injerencias públicas⁹.

⁴ ARIES, P., DUBY, G. (1988). *Historia de la vida privada (1): Del Imperio Romano al año mil*, Madrid, Taurus, p. 10.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

⁷ ARIES, P., DUBY, G. (1988). *Historia de la vida privada (2): De la Europa Feudal al Renacimiento*, Madrid, Taurus, p.20.

⁸ ARIES, P., DUBY, G. (1991). *Historia de la vida privada (3): Del renacimiento a la Ilustración*, Madrid, Taurus, p. 11.

⁹ En muchas de las sociedades del periodo de la Edad Media en las que el Estado carecía de poder absoluto y estaba debilitado, la vida privada de cada persona dependía en cierto modo de solidaridades colectivas. De este modo, lo público y lo privado se distorsiona cuyo efecto inmediato sería: todo el mundo tiene vida pública pero nadie tiene vida privada. Justifica su argumentación al declarar que el hombre de la Edad media buscaba esta “promiscuidad” entre lo público y lo privado. A diferencia del hombre contemporáneo

Desde el ámbito de la sociología, BÉJAR también llevó a cabo una significativa aportación. La autora identificó a la privacidad por su noción de retiro donde el individuo se inhibe de las posibles intromisiones ajenas¹⁰, y aportando una definición como “una esfera mundanal en la que tiene lugar el desarrollo pleno del individuo, (...) un espacio de soberanía individual, (...) en el que se esboza dos esferas de competencia; la esfera pública y la esfera privada, la del Estado y la del individuo, el ámbito de la necesidad y la libertad¹¹”. Su teoría se centró sobre el origen de la privacidad en el liberalismo, concretamente en la de los autores ingleses HOBBS, LOCKE y MILL, como franceses, CONSTANT y TOCQUEVILLE. Tras analizar las obras de los autores señalados, BÉJAR planteó que fue en este momento histórico en el cual se discurre un desplazamiento del interés público al interés privado¹².

En definitiva, es posible comprobar que para BÉJAR, el argumento principal de su obra se sustentó en que el problema fundamental de la esfera privada es la libertad y encuentra la justificación en lo siguiente: la privacidad es un medio para un fin, lograr un espacio reservado y propio alejado del mundo exterior¹³.

Desde el ámbito filosófico, autores como TRUYOL Y SERRA y VILLANUEVA ETCHEVARRÍA situaron el origen de la intimidad en el cristianismo de la mano de SAN AGUSTÍN¹⁴. Sobre esta teoría se pronunciaron a favor RUIZ MIGUEL al considerar que el citado “San Agustín representa el apogeo de la idea de intimidad (...), es el primer teórico de la intimidad propiamente dicha¹⁵”. Y por contraposición, REBOLLO DELGADO quien manifestó que SAN AGUSTÍN está lejos de clarificar un concepto sobre la intimidad puesto que “más que una teoría del conocimiento (de la interioridad,

rehúsa, priorizando la separación entre ambos espacios e incluso reduciendo al mínimo el espacio público. Vid. en ARIES, P., DUBY, G (1991). *Historia de la vida privada (3): Del renacimiento a la Ilustración*, ob. cit. pp. 16-17.

¹⁰ BÉJAR MERINO, H. (1988). *El ámbito íntimo: (privacidad, individualismo y modernidad)*, Madrid, Alianza, p.16.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*, p. 17.

¹³ *Ibidem*, p. 71.

¹⁴ TRUYOL Y SERRA, A., VILLANUEVA ETCHEVARRÍA, R. (1975). “Derecho a la intimidad e informática”, *Informática e Dirittos*, nº 1, pp. 171-187.

¹⁵ RUIZ MIGUEL, C. (1995). *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, Tecnos, p. 41.

de la introspección o misticismo) o una mecánica de aproximación a él, parece ser una interpretación sobre un ámbito de la vida del hombre¹⁶”.

Por otro lado, es posible encontrar una clarividencia en la datación del origen privado e íntimo en la tesis de ARENDT. En el mundo griego, la experiencia de *la polis* se caracterizó por la diversificación entre dos esferas, pública y privada, donde el individuo se desenvolvía de distinta forma¹⁷. Y, por el contrario, que la esfera pública sería aquella en la que los individuos alcanzan la libertad y la igualdad, no sucedería lo mismo en la esfera privada, reservada para satisfacer las necesidades y exigencias individuales, representando un ámbito de los desiguales¹⁸.

Teniendo en cuenta este razonamiento y a consecuencia del progreso de la sociedad, del crecimiento económico y tecnológico surgió una nueva esfera en la que la distinción entre lo público y lo privado se desvanece. Efectivamente, la participación de los individuos en la sociedad dificulta la separación de los hechos o circunstancias públicas de las privadas¹⁹ y, buena parte de este problema ha sido generado por los primeros medios de comunicación social como el periódico, la radio y, posteriormente la televisión²⁰. Para la autora, por tanto, “la aparición de la esfera social, que rigurosamente hablando no es pública ni privada, es un fenómeno relativamente nuevo cuyo origen

¹⁶ REBOLLO DELGADO, L. (2000). *El derecho fundamental a la intimidad*, Madrid, Dykinson, p. 39

¹⁷ Para ARANGUREN la vida del hombre antiguo transcurría prácticamente en un ámbito público. Este espacio transcurría, por ejemplo, en “el ágora, en el foro o en la plaza”. Ni siquiera en las viviendas existía esta figura de la vida privada puesto que las habitaciones no se encontraban divididas, es decir, estaban conformadas en un único espacio común. LÓPEZ ARANGUREN, J. (1989). El ámbito de la intimidad, en CASTILLA DEL PINO, C. *De la intimidad*, Barcelona, Crítica, pp. 18

¹⁸ ARENDT, H. (1974). *La condición humana*, Barcelona, Paidós Ibérica, p. 58.

¹⁹ Recuerda ARANGUREN que la indisponibilidad del individuo frente al resto de la sociedad solo fue posible cuando encontró el interior, es decir, un íntimo espacio propio. De tal manera que, desde su punto de vista, la intimidad solo podría entenderse como una creación moderna. Siendo así, la intimidad se configuraría como condición previa de alcanzar otro espacio que la envuelva, la vida privada. Espacio al que considera integrado: en primer lugar, por una acepción positiva de repliegue hasta configurar un ámbito propio, frente al ámbito público. Y, en segundo lugar, por una acepción negativa caracterizada por la tendencia cerrada en sí misma de apertura a lo público. LÓPEZ ARANGUREN, J. (1989). El ámbito de la intimidad, en CASTILLA DEL PINO, C. *De la intimidad, ob. cit.*, 17-19.

²⁰ Para GONZÁLEZ GAITANO la esfera de lo social suplanta a la esfera pública y privada por el surgimiento de los medios de comunicación. De hecho considera que el ascenso a lo social de la sociedad confunde la ubicación de ambas esferas clásicas. Asegurando rotundamente que la información publicada es el principal reclamo tanto de personas públicas como privadas. Ya que en cierto modo, son los medios de comunicación quienes deciden qué es la esfera pública de cada persona. GONZÁLEZ GAITANO, N. (1990). *El deber de respeto a la intimidad en la información periodística, ob. cit.*, p. 37

coincidió con la llegada de la Edad Moderna, cuya forma política la encontró en la nación-estado²¹”.

En un momento más reciente a fin de anexarlo con lo anterior, BOBBIO también interpretó la intimidad a partir de los lazos que la vinculan con la libertad. De este modo, alertó que “cuando hoy se dice que el ser humano es libre en el sentido de que debe ser protegido y favorecido en la expresión de su libertad (...), todo ser humano debe tener una esfera de actividad personal protegida contra la injerencia de todo poder externo, en particular del poder estatal (..) ²²”.

Desde el ámbito jurídico, tampoco se comprueba un acuerdo unánime al respecto, muestra de ello es que PÉREZ LUÑO se decantó por una ubicación en el periodo burgués²³, considerando a tal respecto que una de las primeras manifestaciones de la intimidad fructificó en este periodo como privilegio de clases por las ansias precisamente de la burguesía de alcanzar nuevas condiciones de vida, de alcanzar unos privilegios que hasta entonces estaban reservados a unos pocos²⁴. Sin embargo, FARIÑAS MATONI se posicionó a favor del origen de la intimidad en la Edad Contemporánea, expresando literalmente que “el siglo XIX fue probablemente el periodo en el que la intimidad en cuanto derecho tuvo un mayor desarrollo”, por lo que su teoría coincide con el desarrollo de la teoría de MILL²⁵ publicada en 1859. Este autor consideró respecto al ámbito de participación de los individuos frente a la sociedad que en principio existía plena libertad de acción siempre que no se practicase un daño o se interfiriera en la vida de los demás. En consecuencia, el individuo tendría un control absoluto respecto a aquellas cuestiones que individualmente solo le conciernan a él mismo, ello supone una evidente manifestación de la soberanía del individuo sobre su propio cuerpo y mente.

²¹ ARENDT, H. (1974). *La condición humana*, ob. cit., p. 46.

²² BOBBIO, N. (1991). *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, p. 44.

²³ PÉREZ LUÑO, A. (1984). *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, ob. cit., p. 321. Del mismo modo RICARD MARTÍNEZ sostiene que la aparición de la intimidad tiene lugar tras la disgregación de la sociedad feudal, dando lugar a una sociedad urbana. En este sentido, la burguesía propietaria puede acceder a un ámbito físico propio en el que disfrutar, espacio reservado a la mirada ajena y asimilado al domicilio. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (2001). *Tecnologías de la información, policía y constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 59.

²⁴ PÉREZ LUÑO, A. (1984). *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, ob. cit., p. 322.

²⁵ La obra, *On Liberty* de STUART MILL fue publicada en 1859 y posteriormente editada en WISHY, B. (1959). *Prefaces to Liberty: Selected Writings of John Stuart Mill*, Boston, Mass: Beacon Press, p. 251.

Por otro lado, FARIÑAS MATONI en su acepción sobre la intimidad, planteó que ante el evidente complejo discurso sobre la definición de este concepto, sería oportuno lo siguiente: “hacer una enumeración de contenidos posibles, que necesariamente variará con el espacio y con el tiempo²⁶”. Asimismo, dejó patente su posición al considerar que la finalidad sería “adoptar una concepción lo suficientemente flexible que sea capaz de adaptarse al cambio y evolucionar en consonancia, sin desvirtuarse²⁷”. Lo que *grosso modo* vendría a ser una contribución relevante respecto a este proceso de discusión sobre este derecho en cuanto a resaltar su maleabilidad, su transformación y continua evolución o incluso adaptación a las circunstancias del momento y el lugar en que sea necesaria una interpretación de la intimidad. Y, en definitiva, otorgaría a la intimidad de un carácter flexible y rabiosamente necesitado de actualización permanente a un contexto histórico o social concreto, de tal manera que pueda plasmarse todo su contenido.

Como se adelantó previamente, en el intento por alcanzar un acuerdo sobre la intimidad, tanto en un concepto clarificador y riguroso como por su origen, se presenta una ardua tarea. En pocas palabras, la dificultad se debe a la falta de acuerdo sobre la diversidad de términos utilizados a diario²⁸, dígase por ejemplo: “intimidad, vida privada, esfera privada, ámbito íntimo o privado y la comúnmente utilizada, la privacidad²⁹”.

De esta parte, y como cierre a este proceso de revisión histórica, sociológica, filosófica y jurídica parece conveniente compartir una opinión clarificadora dadas las dificultades de consenso sobre el reconocimiento de ambos términos. Así, por ejemplo, para MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO “la vida privada y, más aún, la intimidad, en el modo en que (...) aparecen como un reducto, un área reservada, donde el individuo se refugia, vive y actúa de forma independiente, donde puede realizar todo tipo de acciones y de actividades sin más regulación que la que él mismo se imponga³⁰”.

En este sentido, como reflexión a líneas anteriores, se puede llegar a la conclusión de que existe una variedad de criterios e incluso redacciones vacías o subjetivas que darían

²⁶ FARIÑAS MATONI, L. M^a. (1983). *El derecho a la intimidad*, Madrid, Trivium, p. 357.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Vid.* a este respecto sobre el diferente tratamiento terminológico en SOLOVE, D. (2002) “Conceptualizing Privacy”, *California Law Review*, vol. 90, pp. 1087-1155.

²⁹ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J. (1993). *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, p. 28.

³⁰ *Ibidem*, p. 724.

lugar a confusión. Y la explicación pudiera estar en que no existe un concepto unívoco de vida privada porque su formulación varía conforme a cada persona y a cada sociedad, influenciada por parámetros como la edad, la cultura o tradiciones diferentes³¹. Precisamente, esta razón es una característica innata de la intimidad, la transmutación de su naturaleza para adaptarse a cada contexto histórico, social y jurídico. De este modo, se justifica el criterio de FARIÑAS MATONI y MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO sobre la utilización de un concepto modal como la intimidad, en permanente actualización, como consecuencia de su posible permeabilidad a los cambios sociales.

Por lo tanto, y en aras a contrarrestar la teoría de GAVISON, se pretende disipar al menos teóricamente la problemática sobre el estudio de la intimidad centrando su enfoque desde un ámbito puramente jurídico. Es por ello por lo que en este primer apartado se dedica especial consideración al derecho a la intimidad en sus diferentes acepciones, proporcionado así, una visión enriquecedora respecto a su carácter moldeable que enaltezca aun más si cabe su trascendencia en las civilizaciones modernas.

Por lo tanto, se procederá a analizar la diversidad del tratamiento terminológico en los países de nuestro entorno más cercano. Y, así mismo, se continuará en este estudio sobre el origen de la protección de la intimidad partiendo de la visión norteamericana de la *privacy*, por lo que se va a cercar su observación a partir de un contexto histórico concreto, la época postindustrial, puesto que una de las intenciones, entre otras, es poner de manifiesto si el término de intimidad ha sufrido una transformación fruto del avance y desarrollo de las civilizaciones modernas como consecuencia de la introducción de la tecnología.

En definitiva, se llevará a cabo una identificación de aquellos factores que han justificado la necesidad de esclarecer conceptualmente las líneas divisorias entre lo íntimo y lo privado, fortaleciendo el ámbito de protección frente a injerencias externas. Todo ello, en una clara revisión crítica de las consecuencias derivadas de los progresos tecnológicos para los derechos fundamentales.

³¹ NOVOA MONREAL, A. (1981). *Derecho a la vida privada y libertad de información*, Madrid, Siglo XXI, p.42

1.1.La formulación etimológica del concepto de intimidad como espacio reservado.

Prosiguiendo en el estudio de los conceptos de intimidad y privacidad a fin de verificar su relación semántica, se continúa en este apartado sobre el origen etimológico de ambos conceptos. Y es que, como se ha justificado anteriormente, el uso de la diversidad de acepciones a las que se hace referencia en la vida diaria a los términos en cuestión no siempre encaja en un contexto jurídico. Es por lo que, para solventar y arrojar una cierta luz a esta problemática se ha optado por ir al origen etimológico de ambos conceptos. Además, se procederá al estudio de ambos conceptos tanto en países europeos tan próximos como Alemania e Italia como con Norteamérica. El objetivo principal no es otro que poner de relieve cuál ha sido la orientación en estos territorios respecto del tratamiento de la intimidad en su vertiente más estricta, la vida privada de los ciudadanos.

En la doctrina, esta problemática ya ha sido analizada por DESANTES GUANTER³², quien en la búsqueda del origen etimológico de la intimidad investigó sobre su origen latino. Ciertamente, acudiendo a un diccionario español, el término íntimo nos deriva a su raíz latina, *intumus*, derivación superlativa del adverbio *intus*, dentro. Ahondando más en su estudio, es cierto que si acudimos en la búsqueda del significado *intimus*, se podrá encontrar como acepciones “íntimo, más recóndito”, “secreto, profundo”, “íntimo, de confianza”³³.

Por lo tanto, es considerable advertir que, a continuación, será necesario observar si la noción de intimidad y de vida privada convergen en algún momento. O, de lo contrario, se extrapolan significados totalmente opuestos descartando sus semejanzas o sinonimias³⁴.

a) Alemania

En el territorio germano, se diferencia entre *Intimität* (intimidad), *privatangelegenheiten* (privacidad) e *intimsphäre* (vida privada)³⁵.

³² DESANTES GUANTER, J. (1972). “Intimidad e información, derechos excluyentes”, *Nuestro Tiempo*, nº 213, p. 18.

³³ BLÁNQUEZ FRAILE, A. (1982). *Diccionario latino-español, español-latino*, Barcelona, Gredos.

³⁴ Vid. sobre este estudio en GONZÁLEZ GAITANO, N. (1990). *El deber de respeto a la intimidad en la información periodística*, ob. cit., pp. 16-22.

³⁵ Herder. (s.f.). *Intimität*. En *Diccionario Herder, Español-Alemán*. Consultado el 8 de julio de 2021.

Tomando en consideración estos conceptos, la doctrina germana ha incidido profundamente en un intento por delimitar el campo de actuación de la intimidad a través de la denominada “teoría de las esferas” cuya paternidad corresponde a HUDMANN³⁶. Bajo su concepción, la teoría de las esferas se sostiene por la existencia de una serie de círculos concéntricos que delimitarían el espacio más interno o próximo a la intimidad del individuo. Y, estas esferas, marcarían la franja más externa y, por ende, menos privada de este. En este sentido propuso lo siguiente³⁷:

- La *Intimsphäre* o esfera íntima: este ámbito personal está asociado a lo más íntimo y reservado del individuo. Es decir, aquellas opiniones, decisiones como acciones personales³⁸. Esta esfera puede ser transgredida cuando se pone en conocimiento dicha información personal reservada.
- La *Privatsphäre* o esfera privada: está asociada a la noción más común de la intimidad, es decir, como aquel espacio reservado a la vida privada y familiar en su acepción más amplia. En este sentido, el objeto de protección y de posible vulneración es la restricción de terceros ajenos a este círculo personal como la posible puesta en conocimiento a la sociedad de hechos concernientes a este ámbito.
- La *Individualsphäre* o esfera individual: en esta última sección de la intimidad la doctrina germana la asigna a aspectos particulares o de singularidad individual, dígase el propio honor o la imagen personal, entre otras.

Sin embargo, este planteamiento ha gozado de un tratamiento distinto desde el ámbito penal por HENKEL³⁹, que por contraposición a HUDMANN, planteó tres esferas concéntricas de la *Privatsphäre* que están estrechamente relacionadas entre sí; heterogéneas para cada sujeto e interpretadas conforme a su procedencia o anclaje social

³⁶ Vid. en HUBMANN, H. (1967). *Das Persönlichkeitsrecht*, 2º ed., Köln, Böhlau, pp. 267 y ss.

³⁷ Para esta clasificación se sigue a PÉREZ LUÑO, A. (1984). *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, ob. cit.

³⁸ SOBRINO GARCÍA, I. (2019). “Protección de datos y privacidad. Estudio comparado el concepto y su desarrollo entre la Unión Europea y Estados Unidos”, *Revista de Derecho UNED*, nº 25, p. 692.

³⁹ HENKEL, H. (1959). Der Strafschutz des Privatlebens gegen indiskretion in *Verhandlungen des Zweiundvierzigsteb Deutschen Juristentages*, Dusseldorf, J.C.B.Mohr, pp. 60 y ss.

y el status que goza cada persona⁴⁰. De este modo, HENKEL identificó las siguientes subdivisiones de la intimidad⁴¹:

- *Privatsphäre* o esfera privada: en ella se encuadran todos aquellos actos, información o manifestación personal que su titular desea que trascienda a un espacio público.
- *Vertrauensphäre* o intimidad confidencial: esta parcela es bastante significativa ya que no minimiza a un sujeto individual sino que abarcaría su protección a aquella información propia de una relación de confianza (abogado-cliente, médico-paciente), referida tanto a las comunicaciones orales como escritas.
- *Geheimsphäre* o esfera del secreto: en confrontación con la primera esfera analizada, prevé efectivamente, la protección frente a la injerencia de terceros de toda la información relativa a una persona que no desea compartir.

Es evidente, que en esta discusión doctrinal, los ámbitos de protección de la intimidad estén claramente orientados en vías diferentes. Si en el ámbito civil, el objeto de protección está previsto al reducto o la interpretación más estricta de la intimidad, por el contrario, en el ámbito penal, el campo de protección es mucho más amplio abarcando el espectro de protección al ámbito externo de interacción del individuo en sus relaciones sociales o profesionales.

b) España

En nuestro ordenamiento jurídico, es totalmente necesario acudir, en un primer término, al Diccionario de la Real Academia Española en la búsqueda de la definición de un concepto de intimidad. En este sentido, define como concepto de intimidad en su segunda concepción del término, como la “zona espiritual reservada o íntima de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”⁴². Es una definición que denota un cerco al ámbito concreto de la intimidad. En primer lugar, se manifiesta un claro significado de interioridad dada la referencia a una zona espiritual, al origen racional del alma a la sensibilidad del individuo, pensamientos, sentimientos, etc. Por otro lado,

⁴⁰ MORALES PRATS, F. (1984). *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, 1º Edición, Barcelona, Ediciones Destino, p. 129.

⁴¹ MORALES PRATS, F. (1984). *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, ob. cit., p. 129.

⁴² Real Academia Española. (s.f.). Intimidad. En Diccionario de la lengua española. Consultado el 8 de julio de 2021, de <https://dle.rae.es/intimidad>

esclarece esta área al que define como reservado; dígase de aquel comportamiento “cauteloso, reacio en manifestar su interior⁴³”. Y, así mismo, constituye un término amplio ya que lo desliga del carácter único e ineludible al propio individuo y lo amplía a una colectividad o grupo, como puede ser efectivamente la familia.

Con el fin de anexar el término intimidad con el de privacidad, la definición dada por el diccionario es “ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión”. Como se puede comprobar se reconoce desde el ámbito de la literatura un espacio al que el individuo puede proteger frente al resto, es decir, la sociedad, el Estado, en definitiva, cualquier injerencia y con independencia del modo utilizado para ello.

Es cierto que puede parecer un término mucho más claro, sensato, amplio, actual e incluso menos ambiguo que el de intimidad. Pero, sin embargo, si bien es cierto que de su lectura se identifica correctamente un derecho de protección frente a terceros no sucede lo mismo respecto a la denominada vida privada, circunstancias que plantean un interrogante que sobrevuela sobre el contenido como la naturaleza de la vida privada. Por lo tanto, se sugiere determinar qué se puede entender y qué no por vida privada a efectos de protegerla por sus titulares.

A tal respecto diversos autores de la doctrina española se preocuparon por analizar esta cuestión, entre otros, SANTOS BRIZ⁴⁴ quien distinguió entre tres esferas:

- Íntima: en este estanco de la intimidad, dota de protección al ocultamiento del contenido de cartas y escritos así como hechos personales en los que existe un interés legítimo en preservar.
- Privada: está asociada al ejercicio o disfrute de las denominadas libertades civiles o privadas. En concreto, se refiere el autor a garantizar la “inviolabilidad de su vida particular y conservación de su personalidad y salvaguardia de su dignidad”⁴⁵. De forma más concreta, aquellos procesos de filmación, escucha o vigilancia de hechos asociados al ámbito estrictamente de la vida privada o familiar.
- Profesional y laboral: incluida dentro de las denominadas libertades civiles, se encuentra asociada especialmente a evitar las desigualdades en el mercado de

⁴³ Real Academia Española. (s.f.). Reservado, da. En Diccionario de la lengua española. Consultado el 8 de julio de 2021, de <https://dle.rae.es/reservado>

⁴⁴ SANTOS BRIZ, J. (1963). *Derecho de daños*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, p.193

⁴⁵ *Ibidem*, p. 197

trabajo. Hace especial mención a su protección mediante la libertad de comercio y libertad de trabajo⁴⁶.

De su razonamiento, se puede inferir que la esfera íntima se identifica con un reducto mucho menor que su esfera privada, por lo que, esta última adquiriría un amplio campo de actuación por el disfrute de las libertades civiles del individuo en su participación en la sociedad, y caracterizada dado el contexto histórico y social, con la incertidumbre que pesa sobre esta esfera privada por la interferencia de elementos tecnológicos.

Por otro parte, se encuentra la distinción de CASTRO Y BRAVO⁴⁷, que también llevó a cabo una diferenciación entre:

- Zona pública: se refiere a la que corresponde a la interacción de los personajes públicos en la sociedad.
- Zona privada: asignada al resto de personajes no públicos o bien siendo públicos, que afecten a actos referidos a su vida familiar o relaciones de amistad personal.
- Esfera secreta o confidencial: el reducto más íntimo de la persona, sus sentimientos y emociones, a las que normalmente quiere alejar del conocimiento ajeno.

Por otro lado, en relación con la teoría de las esferas germana, esta tesis es superada por MADRID CONESA quien configuró una nueva teoría del mosaico como alternativa a la insuficiente teoría de las esferas o círculos concéntricos planteada por la escuela germana⁴⁸. Precisamente, en este proceso de dicotomía sobre la naturaleza de las esferas públicas y privadas, consideró que son conceptos relativos, de tal forma que, desde su punto de vista, el logro de esta teoría es la relatividad “en función de quién sea el otro sujeto de la relación informativa”⁴⁹. Por otro lado, determinó que existen diferentes categorías de datos; algunos “*a priori* irrelevantes desde el punto de vista de la intimidad”⁵⁰, pero que en conjunto con otros datos también irrelevantes, podrían servir para identificar a un ciudadano.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 202

⁴⁷ DE CASTRO Y BRAVO, F. (1972). *Temas de Derecho Civil*, Madrid, Rivadeneira, p. 19.

⁴⁸ RUIZ MIGUEL, C. (1994). “En torno a la protección de los datos automatizados”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 84, pp. 242-243.

⁴⁹ MADRID CONESA, F (1984). *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, Valencia, Universidad de Valencia, p. 44.

⁵⁰ *Ibidem*.

Respecto a todas estas observaciones sobre los peligros que recaen sobre la esfera privada MADRID CONESA se mantuvo defensor de que son aspectos perfectamente trasladables a las circunstancias del último tercio del siglo XX. Este periodo estaba caracterizado porque “el ciudadano, es o debiera ser consciente” de que su participación en comunidad no ponía en peligro realmente su esfera privada, sino concretamente, su esfera social⁵¹, ya que asume que, con su interacción, se generaban flujos de información que son almacenados en bancos de datos. Por consiguiente, afirmó rotundamente que su teoría del mosaico no contribuiría a ofrecer un concepto de intimidad pero sí a poner de manifiesto que delimitar lo público y lo privado no sería la solución a esta problemática⁵².

Finalmente, en confrontación con los anteriores, RUIZ MIGUEL dirimió esta problemática de forma totalmente distinta. En este sentido a la hora de diseccionar ambos términos, partió de un concepto de privacidad por el que permitía relacionar conceptos como el secreto y lo sagrado. De este modo, lo privado se definiría principalmente por “un ámbito separado en el plano horizontal”⁵³, mientras que la intimidad, en un plano vertical, sería un concepto “superlativo más intenso que privacidad”, tomando de referencia su origen etimológico⁵⁴. De tal forma que, el espectro de la privacidad, *lato sensu*, gozaría de un campo mayor que lo íntimo, y la intimidad, se encuadraría a la dimensión propiamente individualista⁵⁵.

c) Italia

La respuesta italiana al problema es un tanto peculiar, ya que no emplean ni el término intimidad ni el término privacidad. En concreto, en Italia para referirse al derecho a la intimidad se refieren como *diritto a alla riservatezza*. El origen de este término está en *riservatèzza*, (reserva – discreción)⁵⁶.

⁵¹ MADRID CONESA, F (1984). *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, ob. cit., p. 45.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ RUIZ MIGUEL, C. (1994). “En torno a la protección de los datos personales automatizados”, ob. cit., p. 238.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 239.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ MAGGIORE ZANICHELLI. (s.f.). Riservatèzza. En Maggiore Zanichelli, *Diccionario Español-Italiano*. Consultado el 8 de julio de 2021.

De este modo, se puede justificar que en la doctrina italiana se haya desarrollado el derecho a la *riservatezza o privatezza* entre los derechos de la personalidad. Esta circunstancia se debe a que no existe en el ordenamiento jurídico italiano un reconocimiento a un derecho a la intimidad propiamente dicho sino que ha encontrado amparo bajo los preceptos del derecho al honor, reputación y decoro. En consecuencia, esta situación ha generado una fuerte discusión doctrinal en cuanto a su objeto y límites ante los desacuerdos existentes sobre esta materia.

En primer lugar, respecto a FROSINI como figura principal en la doctrina, se puede identificar una semejanza de su pensamiento con la “teoría de las esferas” propuesta por la doctrina germana. A tal efecto, para FROSINI el término vida privada engloba un conjunto de bienes morales⁵⁷, que busca el retiro voluntario y temporal, alejándose del participativo mundo en sociedad al anonimato individual y que, en suma, puede plantearse diferentes posibilidades de protección de la vida privada, tanto en su aspecto público como privado. Por tanto, distinguió a tal respecto, en cuatro situaciones diferentes de aislamiento⁵⁸:

- a) La soledad: espacio en el que el individuo se reserva su derecho a una ausencia total de contacto físico con terceros.
- b) La intimidad: aquel ámbito en el que el individuo mantiene contacto con un grupo, concretamente, en las relaciones asimiladas al ámbito familiar.
- c) El anonimato: en tanto en cuanto el individuo sin encontrarse aislado del contacto externo puede permitirse de forma libre no identificarse individualmente frente al resto de la sociedad.
- d) La reserva: por último, como barrera psicológica creada por el individuo para refugiarse de las intromisiones ajenas no deseadas.

Después de acometer esta reparcelación de la intimidad en cuatro niveles, FROSINI dejó de manifiesto la dificultad que se plantea en la actualidad, escapar en un mundo tecnológicamente moderno de las distintas posibilidades de interferencia en la vida privada⁵⁹. Por tales motivos, estimó que se tornaba necesario dotar a la vida privada de protección jurídica en su doble aspecto, privado y público.

⁵⁷ FROSINI, V. (1981). *Il diritto nella società tecnologica*, Milano, Giuffrè, p. 274-279.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 279-280.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 280.

En un momento posterior, en concurrencia con FROSINI, autores como DOGLIOTTI y BOCCACCIO concluyeron que el derecho a la intimidad aparece estrechamente ligado a las profundas transformaciones operadas por la sociedad industrial⁶⁰, pero, sobre todo, con el incuestionable progreso tecnológico que permite una mayor injerencia en la intimidad de los individuos. Principalmente, esta injerencia se produce a través de los medios de comunicación de masas (periódicos, cine, radio, televisión) y adicionalmente por las herramientas de recogida de datos tales como micrófonos, grabadoras, máquinas fotográficas, ordenadores⁶¹.

Ambos autores concluyeron en su análisis que ante esta problemática generada a raíz del crecimiento tecnológico, la principal consecuencia es que los sujetos se ven sometidos a mayores injerencias desde el exterior hacia su ámbito personal o interior. Por esta razón, se generó una discusión que giraba en torno a la participación del sujeto en la vida pública, es decir, en un contexto social con otros sujetos⁶². En consecuencia, puede aseverarse que la privacidad vivía uno de los momentos de emergencia más significativos, generándose así una preocupación importante sobre la necesidad de fijar una demarcación que permitiera esclarecer el espacio privativo de cada persona. Por esta razón, se generó una discusión que giraba en torno a la participación del sujeto en la vida pública, es decir, en un contexto social con otros sujetos⁶³.

Más próximo a nuestros días, MEZZASOMA consideró que el derecho a la intimidad crea una expectativa legítima para cada individuo de no ser objeto de injerencias por terceros, cuestión que considera de alta dificultad en tiempos actuales en los que el desarrollo social del individuo en la sociedad pone en cuestión su propio espacio privado e íntimo⁶⁴. De donde se infiere que, las nociones o esferas de la vida privada de los individuos, deben ser ampliadas para adaptarse a estas circunstancias que ocasionan una mayor injerencia en el derecho a la intimidad personal.

⁶⁰ DOGLIOTTI, M. BOCCACCIO, S. (1989). “Il diritto alla riservatezza negli orientamenti della giurisprudenza”, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, p.351.

⁶¹ *Ibidem*, p. 356.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ MEZZASOMA, L. (2013). “Il diritto all’immagine fra codice civile e costituzione”, *Revista Internazionale de doctrina y Jurisprudencia*, nº 2, pp. 1-2.

d) Norteamérica

En último lugar, respecto a la terminología inglesa, el término intimidad ha sido objeto de un tratamiento distinto al español. El origen etimológico de la intimidad en la filología inglesa también tiene su origen en el latín, *intimus*, concretamente la palabra a la que hace referencia la intimidad en este idioma es *privacy*⁶⁵. De este modo, una traducción del término en aras de verificar su significado, se encuentran las siguientes acepciones:

- 1.- “el derecho a estar solo y hacer cosas sin que otras personas lo vean o lo escuchen”,
- 2.- “una situación en la que estás solo sin que nadie te moleste”,
- 3.- “no revelar la información personal”.

De todas ellas, la única que se relaciona con el ordenamiento jurídico español es la primera como “cualidad de las relaciones de amistad o familiares”, si se lleva a cabo una traducción del término *intimacy*. Por lo tanto, se puede manifestar que en el contexto lingüístico anglosajón, el término comúnmente utilizado se decanta por el derecho a la vida privada (*the right to privacy*)⁶⁶, descartando así, nuestra percepción sobre el carácter espiritual de la intimidad.

Mayores intereses se constatan tanto en la doctrina como en la jurisprudencia norteamericana sobre la revisión constante y evolutiva de su noción de *privacy*. A ello pretenden dedicarse las líneas que siguen, a las que se dedicará el tratamiento jurídico de este concepto tan relevante por la doctrina norteamericana.

2. El origen del derecho a la privacidad – *The right to be let alone and the right to privacy*.

En aras de mostrar una imagen fiel y contrastada sobre la privacidad es preciso retrotraerse hasta sus primeras manifestaciones jurídicas. Y sin lugar a duda, tras un análisis doctrinal bastante exhaustivo dada la extensa bibliografía existente, se puede concluir que su origen tuvo lugar concretamente en Norteamérica. Concretamente, es en torno a finales del siglo XIX cuando la esfera privada comienza a tomar un protagonismo especial auspiciado por el desarrollo tecnológico de la época, continuando su discusión a

⁶⁵ Cambridge Dictionary. (s.f.). Privacy. En *Cambridge Dictionary Inglés-Español*. Consultado el 8 de julio de 2021, de <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles-espanol/privacy>

⁶⁶ GONZÁLEZ GAITANO, N. (1990). *El deber de respeto a la intimidad en la información periodística*, ob. cit., p. 21

lo largo del siglo XX⁶⁷. En este sentido, es preciso señalar de antemano que en el derecho constitucional norteamericano no existía un consenso claro y preciso sobre el término en cuestión. En estos momentos, solo merece adelantar las bases sobre las que discurría el debate privativo: las dificultades de definir la naturaleza y contenido del término privacidad, la adaptación del ordenamiento jurídico a los nuevos tiempos informáticos así como establecer mecanismos de protección por las facilidades de injerencia que originan el uso de instrumentos tecnológicos en la vida privada de los individuos.

Como se podrá comprobar en los siguientes apartados, la configuración de este precepto es dotado de una relevancia sumamente importante por los protagonistas de esta preocupación jurídica que continúa hasta nuestros días. Ello fue debido a que surgió la discusión por célebres juristas que alertaron la necesidad de dotarla, a la privacidad obviamente, de un desarrollo legislativo acorde a los nuevos tiempos. Es decir, que el derecho pudiera avanzar al mismo tiempo que los avances de la sociedad, específicamente, en cuanto al desarrollo del ser humano de los instrumentos tecnológicos que polarizaban las líneas divisorias entre lo privado e íntimo y lo público.

a) Los prolegómenos a la célebre obra *The Right To Privacy*.

En primer lugar, es ineludible que tuvo una influencia en la obra maestra cuyo título acontece este apartado y que se analizará a *posteriori*, la interpretación realizada por el juez COOLEY quien acuñó el término *the right to be let alone*. De este modo, se constató por primera vez en el sistema jurídico norteamericano una preocupación por la protección de la esfera privada por el hecho de que, por aquel entonces, en el derecho norteamericano no existiera un derecho constitucional específico sobre la privacidad o intimidad de las personas.

En la primera edición de su Tratado de Derecho Constitucional, *A Treatise on the Constitutional Limitations which Rest upon the Legislative Power of the States of American Union* destacó las posibilidades de amparo de la intimidad a razón de lo dispuesto en la Tercera, Cuarta y Quinta Enmiendas de la Constitución Norteamericana⁶⁸.

⁶⁷ Vid. "The Right to Privacy in Nineteenth Century America", *Harvard Law Review*, vol. 94, 1981, pp. 1892-1910.

⁶⁸ COOLEY, T. (1868). "A Treatise on the Constitutional Limitations which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union", *Little, Brown, and Company*, Boston, pp. 305 y 578.

Su verdadera intención; encontrar una fórmula a raíz de la interpretación jurisdiccional⁶⁹ que permitiese hilvanar en ciertos departamentos constitucionales un alojamiento jurídico con el que reconocer indirectamente la privacidad⁷⁰. Para ello, trajo a colación un término que es propio del *common law* “*a man’s house as his castle*”⁷¹, es decir, todo ciudadano está a salvo en su domicilio como consecuencia de la inmunidad de este espacio reservado. En definitiva, todo ciudadano se encuentra a salvo de cualquier acción de control indiscreto y arbitrario del Gobierno que pudiera atentar contra su persona, propiedad y documentos⁷². Este principio lo utilizó para articular conjuntamente las enmiendas citadas como garantía al cerramiento de la propiedad privada como espacio íntimo y ajeno a los demás.

Posteriormente en 1879, el juez COOLEY configuró un término que tendría una repercusión histórico-jurídica hasta nuestros días, el denominado *the right to be let alone*. Tiene su origen en la 1ª edición publicada sobre su *Treatise on the Law of Torts*, y este término lo utilizó para evaluar las posibles injerencias que pudiera sufrir el individuo respecto a la acción del Gobierno como por la sociedad. De este artículo se pueden sacar dos conclusiones que justifican el camino que ha desarrollado la protección de la privacidad. Por un lado, se adelantó la preocupación por las diversas formas de interés en la vida privada de los demás e incluso en aquellos aspectos de su entorno más íntimo⁷³, y por otro lado, se presentó una oportunidad para dar respuesta a tales problemas como fue

⁶⁹ Vid. en profundidad sobre la corriente del Tribunal Supremo en Norteamérica la evolución interpretativa sobre la privacidad en SALDAÑA DÍAZ, M^a. N. (2011). “El derecho a la privacidad en los Estados Unidos: aproximación diacrónica a los intereses constitucionales en juego”, *Revista de Teoría y realidad constitucional*, nº 28.

⁷⁰ Un claro ejemplo es el caso *Boyd versus United States*. En este procedimiento el Tribunal Supremo interpreta modo conjunto que tanto la Cuarta como la Quinta enmienda crean una zona de privacidad. Esta zona abarca la persona y la propiedad del individuo. Vid. en KRAUSS, S. (1977). “The Life and Times of Boyd v United States (1886-1976)”, *Michigan Law Review*, vol. 76, nº 1, pp. 184-212.

⁷¹ SALDAÑA DÍAZ data el origen del término tiene lugar en Inglaterra. Fue acuñado por primera vez por William Pitt en un discurso ante el Parlamento Inglés en 1763 por el cual reclamó la protección de las personas frente a la acción del poder monárquico. SALDAÑA DÍAZ, M^a. N. (2011). “El derecho a la privacidad en los Estados Unidos: aproximación diacrónica a los intereses constitucionales en juego”, *ob. cit.*, p. 282.

⁷² COOLEY, T. (1868). *A Treatise on the Constitutional Limitations which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union*, Little, Brown, and Company, *ob. cit.*, 329.

⁷³ En palabras de COOLEY, “If there are taken into the account the many ways in which one person may have an interest in the life of another-the husband in that of the wife, the wife in that of the husband, the child in that of the parent, and so on”. Vid. COOLEY, T. (1879). “A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independently of Contract”, *Callaghan and Company*, Chicago, p. 26.

reconocer una propiedad o inmunidad personal, el derecho a ser dejado solo⁷⁴. Como se puede comprobar, para COOLEY las personas gozan de una inmunidad personal innata, el derecho a estar solo, que lleva aparejado implícitamente un deber de no infligir un daño en este ámbito reservado para uno mismo.

En segundo lugar, y de acuerdo con lo dispuesto por GLANCY⁷⁵ en su trabajo *Privacy and the other Miss M*, la obra de WARREN Y BRANDEIS está influenciada además por otros precedentes. Por un lado, la autora señaló la sentencia *Marion Manola versus Stevens & Meyers*. En este procedimiento, se discutía la problemática generada sobre la difusión de una fotografía en mallas de la actriz y cantante Marion Manola en los prolegómenos de su actuación. Esta fotografía fue tomada de forma sorpresiva e imprevista y, además, la publicación se llevó a cabo sin el consentimiento expreso de esta persona.

La autora dejó patente en su artículo que dicha fotografía se llevó a cabo en una inexplicable obra de publicidad por el gerente de la ópera para la que trabajaba la actriz por aquél entonces. Ante tales hechos, en su demanda hizo hincapié sobre las repercusiones que causaría la fotografía en su identidad profesional, así como que no deseaba ser partícipe de la campaña publicitaria efectuada por los dirigentes de la ópera. Concluyendo, el Tribunal Supremo de Nueva York terminó por adoptar una medida cautelar que impedía la difusión de la cuestionada fotografía ante el objetivo de controlar el efecto rebote que podría haberse generado en la vida privada de la actriz por la publicación de la fotografía ante el evidente juicio sátiro por la sociedad.

Y, en tercer lugar, GLANCY reportó interés sobre un artículo publicado por GODKIN. En su publicación, GODKIN aseveró, por un lado, que las personas en las sociedades modernas están en mayor contacto e interacción con la sociedad respecto a las sociedades antiguas. Aunque, señaló abiertamente, que el principal enemigo para la privacidad, producto de la sociedad moderna⁷⁶, es el interés de los individuos sobre otras personas. Es decir, la curiosidad propia de las vecindades se manifestaba con silenciosos

⁷⁴ Así mismo, reiteró que ““The right to one's person may be said to be a right of complete immunity: to be let alone. The corresponding duty is, not to inflict an injury”. *Ibidem*, p. 29.

⁷⁵ GLANCY, D. (1990). “Privacy and the other Miss M”, *Northern Illinois University Law Review*, n° 10, 401-440.

⁷⁶ GODKIN, E. (1890). “The Rights of the Citizen”, *Scribner 's Magazine*, Vol. 65, p. 65.

chismorreos y cotilleos⁷⁷, pero ahora, la información es publicada en los periódicos globalizando el acceso al secreto personal y, precisamente, es a través del periódico, como medio de información a través del cual el ciudadano obtiene información que pudiera ser calificada de difamatoria. Por tanto, se evidencia que el periódico constituye un medio eficaz por el que se pueden poner de relieve hechos controvertidos sobre la vida privada.

Así mismo planteó la duda acerca de cuál sería la mejor forma de proteger la privacidad o alguna posible intromisión en ella, puesto que cualquier intromisión no se encontraba bajo el amparo de la ley de difamación. A tal respecto manifestó que únicamente se podría resolver el problema de la privacidad a través del descrédito social a las invasiones efectuadas por la prensa⁷⁸.

En efecto, GODKIN se refirió acertadamente a que las intrusiones pueden causar un perjuicio mayor o menor a razón del aprecio de la persona a su vida privada, por este motivo, en las sociedades civilizadas la dignidad de las personas constituye un principio que requiere ser justificado continuamente para gozar de una vida adecuada⁷⁹.

b) El desarrollo de la privacidad en la obra *The right to privacy*.

El derecho a la privacidad o “*the right to privacy*” saltó a la palestra con un protagonismo sumamente notorio en el sistema jurídico norteamericano gracias a dos importantes abogados, WARREN y BRANDEIS⁸⁰, en un estudio publicado en la *Harvard Law Review* en diciembre de 1890⁸¹. Su estudio se centró en criticar la divulgación indiscriminada que realizaba la prensa sobre la información privada, asentando el principio “*the more general right of the individual to be let alone*” que abordó el Juez COLEY. A ambos abogados les preocupaba el alcance que estaba teniendo la intromisión de la prensa en la vida privada de las personas y que el *common law* no ofreciera protección jurídica y, así mismo, mostraron una conciencia social respecto a los

⁷⁷ *Ibidem*, p. 66

⁷⁸ *Ibidem*, p. 67.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Vid.* en ARCE JANÁIZ, A. (1996). “El derecho a la intimidad de Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis”, *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 47, pp. 367-373.

⁸¹ WARREN, S., BRANDEIS, L. (1890). “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, Vol. 4, nº, 5, pp. 193-220. Versión española en WARREN, S. BRANDEIS, L. (1995). *El derecho a la intimidad*, Madrid, Civitas.

avances tecnológicos sobre los que ponen el foco de atención en su estudio. Dado el carácter interactivo y permeable de la vida de los ciudadanos en la comunidad, consideraron que ante este escaparate público social era necesario determinar un periodo de soledad. Así lo proclamaron en su trabajo:

“Los recientes inventos y los nuevos métodos de hacer negocios fueron los focos de atención en el siguiente paso que hubo de darse para amparar a la persona, y para garantizar al individuo lo que el juez COOLEY denomina el derecho "a no ser molestado". Las instantáneas fotográficas y las empresas periodísticas han invadido los sagrados recintos de la vida privada y hogareña; y los numerosos ingenios mecánicos amenazan con hacer realidad la profecía que reza: "lo que se susurre en Ja intimidad, será proclamado a los cuatro vientos" [...] La intensidad y complejidad de Ja vida, que acompañan a los avances de la civilización, han hecho necesario un cierto distanciamiento del mundo, y el hombre, bajo Ja refinada influencia de la cultura, se ha hecho más vulnerable a Ja publicidad, de modo que la soledad y la intimidad se ha convertido en algo esencial para la persona; por ello, los nuevos modos e inventos, al invadir su intimidad, le producen un sufrimiento espiritual y una angustia mucho mayor que la que le pueden causar los meros daños personales⁸²”.

Es una evidencia notoria que el periodismo de la época se había aprovechado de los nuevos instrumentos tecnológicos propiciando cuestionables prácticas profesionales en tanto en cuanto se invadían los espacios de soledad, superando así, las líneas o límites de privacidad. En este sentido puede declararse que tanto la soledad como la privacidad ocupaban un protagonismo primordial en la sociedad moderna.

En realidad, WARREN Y BRANDEIS lo que reclaman era que la prensa del corazón, valiéndose de los desarrollos de las tecnologías de la información de por aquel entonces, podían invadir un espacio reservado, razón por la que estimaban necesaria una actuación del legislador a fin de ofrecer una respuesta a este tipo de injerencias. Sobre esta cuestión, argumentaron que los ordenamientos jurídicos debían acompasar los cambios políticos, sociales y económicos, adaptándose a la evolución de la civilización que reclaman nuevos ámbitos de protección. Y que, si en un primer momento se articularon instrumentos jurídicos para la protección frente a las agresiones en derechos como la vida o bienes de propiedad privada, ¿por qué no se iba a poder articular algún medio para proteger la vida privada? De este modo, el *common law*, estaba abocado a evolucionar como consecuencia

⁸² WARREN, S., BRANDEIS, L. (1995). *El derecho a la intimidad, ob. cit.*, 25-27.

de la introducción en sociedad de nuevas herramientas tecnológicas que pueden injerir en un espacio reservado como es la intimidad. En este sentido, dudaron si en el *common law* de la época existía algún principio que pudiera ser invocado por asemejarse a la intimidad y así poder esclarecer su contenido y alcance de protección⁸³.

Por un lado, respecto a su posible vinculación con la ley de difamación⁸⁴, concluyeron que no era posible incluir la protección de la intimidad bajo este paraguas jurídico puesto que la finalidad de esta ley estaba orientada a daños materiales causados en las relaciones del individuo con la sociedad, concretamente, respecto a los daños que eran consecuencia de la difamación pública o estimación del individuo como parte de la sociedad. Pese a que sí era determinante respecto a la valoración de la cuantía de indemnización por la violación de derechos legales⁸⁵, no era posible acceder a una reclamación por el sufrimiento espiritual. Consecutivamente, en una vía diferente examinaron su anclaje respecto a la protección de la propiedad intelectual y artística. Ambos autores manifestaron que el *common law* garantizaba a cada persona la libertad para decidir la comunicación al exterior aspectos como sus pensamientos, sentimientos y emociones sin influir de ninguna manera el medio elegido y, bajo este criterio, nadie podía publicar respecto a estos principios sin el sustento del consentimiento personal de su autor ya fuera en un periódico, un poema o una canción.

En definitiva, el *common law* concedía un poder absoluto en cuanto al control de qué publicar, cuándo y dónde, motivo por el cual concluyeron WARREN y BRANDEIS que la protección manifestada a los pensamientos, sentimientos y emociones evidenciaban una clara ejemplificación del derecho a no ser molestado⁸⁶. Proclamado lo anterior, el derecho vigente, por aquel entonces, amparaba a los individuos frente a la invasión de los demás contra cualquier medio tecnológico de captación de grabación o reproducción de imagen y sonido. Por consiguiente, superada la tesis comparativa, concluyeron que era

⁸³ WARREN, S., BRANDEIS, L. (1890). “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, *ob. cit.* pp. 195-196.

⁸⁴ El *common law* distinguía al mismo tiempo para la difamación un doble régimen de protección: penal (*Libel Act* de 1843) y civil (*Law of Libel Amendment Act* de 1888). *Vid.*, un estudio en profundidad sobre ambas disposiciones en FAYNOS GARDÓ, A. (1999). “El derecho al honor en el Reino Unido: un estudio sobre la libertad de expresión y la nueva legislación civil sobre difamación”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 1843, pp.967-995.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 205.

precisa una articulación jurídica de protección similar a las expuestas cuyo propósito no era otro que prever instrumentos de reparación ante posibles injerencias en el ámbito privado o íntimo, bien de carácter civil o incluso penal⁸⁷.

A partir de entonces y durante el desarrollo todo el siglo XX, en palabras de SALDAÑA DÍAZ, “la protección de la esfera privada en los Estados Unidos ha pasado del ámbito del *common law* al propio del Derecho constitucional⁸⁸”. Tomando en consideración la opinión de la autora, este cambio ha sido propiciado, especialmente, a consecuencia de su evolución, desde una noción propietaria de la privacidad a la que denomina *privacy-property* a una concepción estrechamente relacionada con la dignidad de la persona. De esta manera, la privacidad “se consolidaría como un bien jurídico fundamental merecedor de la máxima protección en el sistema constitucional norteamericano”⁸⁹. Por tales motivos es por lo que, a continuación se examinará el periodo posterior a WARREN y BRANDEIS para poner de manifiesto la evolución del proceso de discusión sobre la esfera privada.

c) La posterior discusión sobre la intimidad *versus* privacidad.

Como se ha podido comprobar, la preocupación de WARREN y BRANDEIS, quienes alzaron la voz allá por el siglo XIX, se resumía al imparable desarrollo de nuevos inventos tecnológicos. Así, focalizaron el problema sobre las posibilidades de uso desmesurado de la tecnología y su incidencia en el ámbito privado o reservado de los individuos. Por este motivo y en aras de justificar una continuidad en los argumentos que sustentan este trabajo, se propone a continuación una cronología doctrinal. La finalidad, por tanto, no es otra que evidenciar un cuestionamiento existente a lo largo del siglo XIX y,

⁸⁷ *Ibidem*, 219. En efecto, y de acuerdo con TOSCANO, “lo que está en juego aquí no es la protección legal contra los ataques a la reputación y el honor, como ofrece la ley contra el libelo y la difamación, sino otra cosa: el derecho a decidir hasta qué punto pueden ser comunicados a otros sus pensamientos, sentimientos y emociones, un principio que WARREN y BRANDEIS entienden reconocido por el *COMMON LAW* (...). WARREN y BRANDEIS proporcionan una idea bastante precisa de ese derecho a la privacidad, que aparece como protección de lo que en español llamaríamos la intimidad de las personas (sus pensamientos y sentimientos), en cualquier forma o expresión, y que consiste en la potestad de decidir si les damos o no publicidad y hasta qué punto⁸⁷”. TOSCANO, M. (2017). “Sobre el concepto de privacidad: la relación entre privacidad e intimidad”, *Isegoria*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Economía y Geografía Aplicadas, nº 57, p.540.

⁸⁸ SALDAÑA DÍAZ, M^a. (2011). “El derecho a la privacidad en los Estados Unidos: aproximación diacrónica a los intereses constitucionales en juego”, *Revista de Teoría y realidad constitucional*, ob. cit., p. 280.

⁸⁹ *Ibidem*.

posteriormente en el siglo XX, por la utilización de la información privada en una sociedad cada vez más tecnológica.

Unas décadas más tarde de la publicación de WARREN y BRANDEIS, se retomaría la discusión en torno de la privacidad por PROSSER, quien constató que existían dos periodos diferenciados; por un lado, aquel en el que las primeras resoluciones se preocupaban más bien por determinar si el derecho a la privacidad gozada de anclaje jurídico en el ordenamiento Norteamericano y, por otro lado, un segundo periodo en el que influenciados por el debate doctrinal candente sobre la privacidad, los jueces se adentraban a investigar qué intereses merecían objeto de protección y contra qué tipo de conductas⁹⁰.

Para PROSSER, tras haber interiorizado todo este proceso jurisdiccional tan complejo y en aras de alcanzar una aproximación concreta a la privacidad, determinó que existen cuatro ilícitos sobre la privacidad⁹¹:

- La intrusión en el espacio asignado a la reclusión o soledad del actor o en sus asuntos privados.
- La divulgación pública de hechos privados del demandante.
La acción publicitaria que genera una imagen irreal o falsa del demandante respecto al público en general.
- La apropiación indebida del nombre o aspectos propios del demandante en beneficio de terceras personas, en este caso, el demandado.

En definitiva, para PROSSER todos y cada uno de los ilícitos de la privacidad pueden darse de forma conjunta o independiente, debiendo determinar las reglas de vulneración de cada uno de ellos⁹². Así, consagró la privacidad también como un límite al espacio privado y reservado del individuo, el acceso a terceros que impidan *the right to be let alone* acuñado por COOLEY. Pero, también remarcó la protección de la privacidad

⁹⁰ PROSSER, W. (1960). "Privacy", *California Law Review*, vol. 48, p. 106

⁹¹ *Ibidem*, p-107.

⁹² Posteriormente y en confrontación con la teoría de PROSSER surge la teoría de BLOUSTEIN. Este autor achaca a PROSSER que al haber diseccionado la privacidad en varias infracciones, se ha visto reducido a lo más mínimo su contenido en vistas a lo que debería ser. Este hecho suscitaría una problemática en el ámbito jurisdiccional, cuestión que analiza y pretende demostrar en su artículo. *Vid.* BLOUSTEIN, E. (1984). Privacy as an aspect of human dignity: an answer to Dean Prosser, en *Philosophical Dimensions of Privacy*, Cambridge University Press, pp. 157-202.

respecto a la publicación de hechos sensibles al público en general (refiriéndose claramente a la acción de la prensa) y, curiosamente, comparte con GODKIN la protección de la privacidad de las personas ante publicaciones maliciosas cuya consecuencia es una imagen falsa sobre esta, como garantía innata a la dignidad⁹³.

Ya a finales de los sesenta, comenzó a tornarse una doctrina acerca de la privacidad tomando como referencia a su dimensión informativa⁹⁴. Es el caso de FRIED, quien reflejó perfectamente una preocupación sobre la privacidad ante las intrusiones cada vez más incipientes por la sofisticación de los dispositivos científicos. Este autor clamó hacia un nuevo periodo de urgente necesidad de defensa a la privacidad ante la amenaza de su valor instrumental⁹⁵. Puntualizó, en este sentido, que existían y existen dispositivos electrónicos capaces de determinar exactamente la ubicación de una persona, monitorear su actividad e incluso otros datos tales como temperatura, frecuencia cardíaca, etc.⁹⁶.

Volviendo al hilo conductor de la dimensión informativa de la privacidad, FRIED determinó que la privacidad constituye la capacidad de los individuos de determinar el conocimiento sobre sí mismo. En pocas palabras, facultad de decidir sobre la información volcada al conocimiento exterior, modulando a tal respecto, un conocimiento general y un conocimiento en detalle de la información que afecta a la privacidad personal⁹⁷. Para FRIED la privacidad tiene un significado intrínseco, de tal manera que es un aspecto básico y fundamental de relaciones basadas en: el respeto, la amistad o la confianza. En

⁹³ Como se comentó al desarrollar el caso de WARREN y BRANDEIS, en Norteamérica existe una acción para reclamar frente a la difamación. De tal forma que una persona que no formando parte de la vida pública pueda verse perjudicada por una publicidad no deseada, se encuentran amparadas por la ley. Hecha esta salvedad, el término *false light* está enfocado más que a la difamación, a la dignidad de la persona. Ambos términos diferentes entonces a razón del carácter público o impopular de la persona. *Vid.* en SOBRINO GARCÍA, I. (2019). “Protección de datos y privacidad. Estudio comparado el concepto y su desarrollo entre la Unión Europea y Estados Unidos”, *ob. cit.*, p. 707.

⁹⁴ SALDAÑA DÍAZ, M^a. (2007). “La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica: El derecho constitucional a la privacidad de la información personal en los Estados Unidos”, *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, vol. 9, n° 18, p. 98.

⁹⁵FRIED, C. (1968). “Privacy”, *Yale Law Review*, Vol. 10, p. 475.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 476.

⁹⁷ Como ejemplo, FRIED compara una situación de enfermedad en la que una persona podría distinguir entre dos aspectos de la privacidad: la primera, cuando comunica exclusivamente el estado de enfermedad y, otro, mucho más agresivo cuando se entra en detalles sobre la naturaleza de la enfermedad. *Ibidem*, p. 483.

este sentido, amenazar la privacidad supondría amenazar la propia dignidad de la persona⁹⁸.

Siguiendo el razonamiento de FRIED respecto a la potestad de decisión sobre el control informativo personal se encuentra WESTIN. En su obra, revalorizó el valor social que le corresponde a la privacidad, cuyo fin es “proporcionar a los individuos y grupos de la sociedad una preservación de la autonomía, una liberación, un tiempo para la autoevaluación y para la protección comunicativa⁹⁹”. Comparte con FRIED el enaltecimiento al desarrollo tecnológico que tuvo lugar desde la Segunda Guerra Mundial con el uso de los dispositivos electrónicos de espionaje. A tal respecto, señaló abiertamente que la privacidad se encontraba en foco de atención debido a los cambios sociales de la civilización y, principalmente, ante un hecho ineludible, la curiosidad informativa en las sociedades modernas sobre la vida de los demás.

Por otro lado, en cuanto a su concepto sobre la autodeterminación informativa parte de un concepto de connotación negativa, restringido y finalista. Para WESTIN la autodeterminación informativa englobaría aquéllos supuestos en los que el individuo pueda decidir “cuándo, cómo y en qué medida¹⁰⁰” es comunicada su información personal. Un concepto que no es absoluto ni mucho menos, ya que la razón fundamental es que el individuo se relaciona y participa en la sociedad, es decir, la privacidad interactúa con la voluntad individual de comunicación y participación en este espacio común. Así, la privacidad, tomando de referencia su propia autonomía individual, constituiría un elemento principal para el individuo al momento de tomar decisiones¹⁰¹.

Del mismo modo, MILLER constató que la civilización estaba experimentando un crecimiento exponencial, no solo poblacional sino que también a nivel informativo, vinculando este crecimiento a la revolución tecnológica auspiciada por la introducción de las computadoras como herramienta que permitía al ser humano la recogida, tratamiento, almacenamiento y transmisión de la información¹⁰². De donde se infiere que la

⁹⁸ *Ibidem*, p. 487.

⁹⁹ WESTIN, A. (1968). “Privacy and Freedom”, *Washington and Law Review*, vol. 25, p. 166.

¹⁰⁰ SALDAÑA DÍAZ, M^a. (2007). “La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica: El derecho constitucional a la privacidad de la información personal en los Estados Unidos”, *ob. cit.*, p. 99.

¹⁰¹ WESTIN, A. (1967). *Privacy and Freedom*, Atheneum, New York, pp. 7 y 51.

¹⁰² MILLER, A. (1969). “Personal Privacy in the Computer Age: The Challenge of a New Technology in an Information-Oriented Society”, *Michigan Law Review*, vol. 67, p. 1091

preocupación por la privacidad es sumamente significativa por la incansable necesidad laboral de lograr métodos más eficientes en el procesamiento de datos¹⁰³. Este hecho suscitaba la posibilidad de que el gobierno accediera a mayores lotes de información privada de los ciudadanos, ya que la principal virtud de este tipo de tecnología es que permitía y permite recopilar mucha cantidad de información, su disponibilidad como la accesibilidad¹⁰⁴.

Por este motivo, y en un entorno informatizado, se antoja necesario que las personas puedan controlar el flujo de sus datos personales en cuanto pudiera verse comprometido, destacando como principales riesgos: por un lado, la divulgación de información a un entorno mucho más amplio del que originariamente el sujeto consintió; y, por otro, por las posibles introducciones erróneas de datos sobre una persona que generarían una imagen o impresión errónea del sujeto. Es por esto por lo que MILLER consideró necesario determinar la naturaleza y el alcance de los posibles daños que puede causar la tecnología en la privacidad, puntualizando que debía ser la ley quien de inmediato ofrezca una respuesta a los nuevos desafíos planteados.

Con la aparición de Internet, el debate doctrinal se acrecentó, y entre los autores que aportaron su visión se encuentra SCHWARTZ, quien centralizó su estudio en las relaciones de la privacidad con el Estado y el desarrollo de Internet. Este autor adjudicó a la rama del “cibespacio un enorme potencial de revitalizar el gobierno democrático” ante el paupérrimo nivel de participación ciudadana¹⁰⁵. Otro rasgo significativo de este ámbito es la capacidad de recopilación y utilización de datos personales en internet, por este motivo, determinó que las normas a desarrollar en este momento son fundamentales en una democracia tecnológicamente desarrollada¹⁰⁶, por lo que la autodeterminación es una capacidad que se aloja y desarrolla a través de formas y prácticas sociales, viéndose amenazada por la acción privada o del gobierno¹⁰⁷.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 1099.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp. 1103-1109.

¹⁰⁵ SCHWARTZ, P. (1999). “Privacy and Democracy in Cyberspace”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 52, p. 1610.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 1611

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 1655

A tal modo, SCHWARTZ¹⁰⁸ criticó por deficientes las tesis más liberales como la desarrollada por WESTIN, sobre las teorías de la privacidad basadas en la autodeterminación informativa¹⁰⁹. Desde su punto de vista, que no deja de ser tremendamente acertado y compartido por ser una práctica habitual, las personas están siendo engañadas en Internet ante su ignorancia jurídica sobre la materia. Efectivamente, la información sobre el tratamiento de datos en páginas web no deja de ser ambigua, y como consecuencia crea una ilusión irrisoria respecto a la autodeterminación de los datos personales por las propias exigencias de la sociedad de la información¹¹⁰.

Concluyendo, SCHWARTZ se mostró partidario de adoptar en cuanto al territorio y ante un modelo de desarrollo multidimensional de la privacidad una regulación normativa federal efectiva sobre esta materia. Por consiguiente, ante el evidente desarrollo continuo y desenfrenado de las tecnologías, de no actuarse a tiempo, podría originarse un sentimiento de “terror sobre la privacidad en el ciberespacio¹¹¹”, y el ciudadano, como el auténtico titular en el control de sus datos personales, quedaría totalmente desprotegido¹¹².

¹⁰⁸ Entre los detractores se encuentra la teoría de FRED. Este autor apoya que la contribución del profesor SCHWARTZ es significativa y oportuna puesto que ayuda a apreciar los límites sobre la comprensión actual de la privacidad y la necesidad de desarrollar una definición más amplia. Señala así mismo que la privacidad sí que se encuentra altamente protegida frente a las intrusiones del gobierno pero no en el ámbito privado. Lo que no significa que no deba dotarse de protección a las injerencias llevadas a cabo por partes privadas. Contrarresta la opinión de SCHWARTZ al considerar que el flujo abierto de información genera importantes beneficios económicos y sociales. Y limitar en cierto modo el flujo de información en un mercado supondría un coste económico por el beneficio que genera este flujo abierto. Aunque no duda en manifestar que la privacidad implica un problema serio y real que requiere adoptar una legislación considerable que permita evitar las lesiones producidas en la privacidad. *Vid.* CATE, F. (2000). “Principles on Internet Privacy”, *Articles by Maurer Faculty*, pp. 877-896.

¹⁰⁹ SCHWARTZ, P. (1999). “Privacy and Democracy in Cyberspace”, *Vanderbilt Law Review*, *ob. cit.*, p. 1613

¹¹⁰ *Ibidem*, pp. 1661-1663.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 1696.

¹¹² De igual modo y siguiendo el estipe liberal afirma la teoría de Schwartz se encuentra ALLEN. La autora compartió la tesis de SCHWARTZ respecto a la consideración de la privacidad como derecho personal al control del uso de los datos pero también como el derecho a la accesibilidad a la información. Viene a complementar y a precisar el paradigma de SCHWARTZ, sugiriendo que el término de privacidad se integra de tres nociones complejas, distinguibles y divisibles. En primer lugar, la noción de que el término privacidad significa control sobre el uso de datos o información personal. En segundo lugar, la expresión derecho a la privacidad significa el derecho o reclamo de controlar el uso de datos o información personal. Finalmente, el tercero, el objetivo central de la regulación de la privacidad debería ser promover el control de las personas sobre los datos o la información personal. Ante esta aclaración, sostiene que la regulación de la privacidad debe apuntar a optimizar racionalmente o promover de otra manera la "autodeterminación informativa a través de la administración individual de datos personales". Definiendo, por tanto, que el derecho a la privacidad es un derecho de control de datos personales; y que mejorar el control de los datos personales por parte de los individuos es el fin óptimo de la regulación de la privacidad. ALLEN, A. (2000).

Como cierre a este proceso denso y continuado de discusión doctrinal que tomaría como protagonista a la privacidad en un entorno histórico-social tecnológicamente en desarrollo durante finales del siglo XIX y que continuaría a lo largo del siglo XX, se puede concluir que la privacidad ha sido objeto de una fuerte discusión doctrinal que se ha centrado fundamentalmente en Norteamérica. WARREN y BRANDEIS, tras la publicación de su obra maestra han sido considerados como los primeros que consiguieron dar voz y una trascendencia doctrinal a la privacidad sin precedentes. Eso sí, influenciados por la teoría del Juez COOLEY que años antes a la publicación de ambos autores ya manifestó su preocupación por la incapacidad de “estar solo”.

La finalidad del artículo doctrinal de WARREN y BRANDEIS no fue otro que fijar el punto de mira sobre el desarrollo tecnológico y su uso desproporcionado por la prensa en un contexto histórico determinado. Por lo tanto, conscientes de la realidad tecnológica pusieron de manifiesto el grado de vulnerabilidad de un ámbito personal e intratable como es la privacidad por el uso de este tipo de medios. Y, en suma, ante la inexistencia de una protección legal de la privacidad en el ordenamiento jurídico Norteamericano intentaron arrojar una solución buscando cobijo en figuras jurídicas similares como la difamación o la propiedad intelectual, entre otras, de las que tomaron buen apunte para delimitar su naturaleza así como las formas de reclamar amparo frente a las posibles injerencias de terceros, rompiendo así con la propuesta civilista del *common law* anclado bajo el derecho de propiedad.

Posteriormente, los herederos de WARREN y BRANDEIS continuaron el debate doctrinal alentados por ambos abogados. La preocupación por el desarrollo de tecnologías en el tratamiento de datos personales fue en crecimiento, especialmente, por la falta de control de los flujos de datos personales. Surgió así, un nuevo concepto que actuaría de apéndice a la privacidad al que denominan el derecho a “la autodeterminación informativa”. Este nuevo término surgió a consecuencia del crecimiento exponencial en la época de la sociedad de la información, momentos en los que las computadoras comenzaron a recabar, tratar, almacenar y transmitir mucha información como acceder a esta en cualquier momento. En suma, con la aparición de Internet, la posible publicación o comunicación de este flujo de datos a la sociedad acrecentaba aún más el problema.

“Privacy-as-Data Control: Conceptual, Practical, and Moral Limits of the Paradigm”, *Faculty Scholarship at Penn Law*, pp. 861-875.

En definitiva, la expansión mundial del desarrollo tecnológico populariza el uso de nuevos instrumentos digitales que posibilitan el desarrollo del trabajo en condiciones más beneficiosas. El proceso de informatización se fraguó desde el ámbito privado como desde el público, para intentar atender una finalidad concreta, recabar cada vez más información personal. De hecho, no significa que antes del alcance mediático de WARREN y BRANDEIS no existiera una preocupación por el tratamiento de datos personales. Sino que, se acentúa en este periodo y a *posteriori*, cuando la informática se ha normalizado e incorporado a la vida diaria de las personas y, especialmente por el uso torticero e impresentable de la tecnología causando un perjuicio en la privacidad individual. Ante estas circunstancias, es un clamor común que el derecho debe ser adaptado a las circunstancias de cada momento por el avance incontestable de la civilización. Y en este caso, el propósito era dotar a la privacidad de protección constitucional para que los individuos pudieran y puedan disfrutar de ella así como fijar un procedimiento de amparo en caso de haberse visto vulnerada. Por tales motivos, se puede concluir que este proceso de cambio sería el que marcaría un antes y un después en la evolución del concepto de privacidad dando pie a una nueva etapa, la protección de datos personales.

3. La revolución informática como factor determinante en el tratamiento de datos: la intimidad en un contexto digital.

Como se ha puesto de manifiesto con anterioridad, a lo largo de la historia y acompañado de los avances técnicos e industriales, los usos de la informática van evidenciando un potencial riesgo en el tratamiento de datos. De este modo, fue objeto de tratamiento y discusión por la doctrina norteamericana los problemas jurídicos que puede ocasionar la informática a la intimidad de las personas.

Retrotrayendo el estudio a los ciclos históricos, fue aproximadamente a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX en donde se comenzó a fraguar un crecimiento tecnológico que tendrá repercusiones globales en la privacidad, es decir, al comienzo de la segunda revolución industrial que tuvo lugar en torno a los años 1870-1914, y cuya finalización coincide con el inicio de la 1ª Guerra Mundial¹¹³. Esta etapa se caracterizó

¹¹³ SCOCOZZA, C. (2015). “La primera guerra mundial. Un conflicto que llega desde el Este”, *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, nº 2, p. 165.

por el crecimiento industrial de países como Francia, Alemania, Bélgica, Japón y Estados Unidos. Así mismo está marcada en gran parte por los avances tecnológicos y científicos en Reino Unido¹¹⁴. En un primer momento, es cierto que el vapor se consolidó como medio de energía para el transporte transoceánico¹¹⁵, aunque sería sustituido posteriormente por una nueva fuente de energía, el desarrollo de la electricidad y con ella los motores eléctricos. El sistema de transmisión de informaciones por aquel entonces era el telégrafo hasta que en 1876 Bell inventó el teléfono¹¹⁶, de este modo, la transmisión de información transfronteriza fue más rápida y beneficiosa para la gestión de intereses económicos.

Entre otros sucesos, hay un hito en la historia que coincide perfectamente con el artículo publicado por WARREN y BRANDEIS en 1890. Cada 10 años, el gobierno estadounidense encontraba dificultades para elaborar el censo ciudadano, lo que requería un complejo proceso de tratamiento mecanizado. A esta problemática, HERMAN HOLLERITH, patentó en 1890 la máquina de tabulación de tarjetas perforadas¹¹⁷, por lo que puede considerarse como uno de los primeros autores que contribuyeron al desarrollo del procesamiento automatizado de grandes cantidades de información. De esta forma, se cambió todo el sistema de procesamiento en papel al procesamiento automatizado en las tarjetas perforadas, proporcionando una mayor eficacia del sistema y rapidez en la gestión de los datos.

El impacto de la electricidad tuvo un alcance bastante relevante en cuanto al desarrollo de instrumentos proclives al tratamiento de datos personales. Más aún, fruto de este proceso se evolucionó de una “tecnología básica mecánica a una tecnología electromecánica y luego electrónica”¹¹⁸. Seguidamente, este cambio marcaría el inicio de un ciclo de innovaciones tecnológicas que revertirían principalmente en el origen de las

¹¹⁴ CUENCA TORIBIO, J. M. (1990). *De la Segunda Revolución Industrial a la Primera Guerra Mundial*, pp. 901-911, en LÓPEZ MORA, F. *Historia Universal: De la segunda revolución industrial (s. XIX) al mundo actual*, España, Grupo Editorial Océano.

¹¹⁵ MURIEL, R.D. (1983). “Comercio internacional y desarrollo del sistema de transportes colombiano: 1850 – 1920”, *Revista Lecturas de Economía*, nº 10, p. 6.

¹¹⁶ SÁNCHEZ MIÑANA, J., SÁNCHEZ RUIZ, C. (2011). “Sobre la difusión del teléfono de Bell en sus comienzos (1876-1877)”. *Revista Actes d'Història de la Ciència i de la Tècnica*, nº 1, pp. 33-53.

¹¹⁷ PÉREZ HERNÁNDEZ, M. DUARTE, A. (2006). *La informática, presente y futuro en la sociedad*, Madrid, Dykinson, p. 31.

¹¹⁸ SÁEZ VACAS, F. (1983). “Las tecnologías de la tercera revolución de la información”, *Mundo electrónico*, nº 133, p. 136.

computadoras tal y como las conocemos actualmente. De este modo y siguiendo este hilo conductor histórico, se pueden destacar entre otros hitos los siguientes:

- 1943: expertos del ejército británico crean el *Colossus*, un aparato que pretendía descifrar los mensajes secretos del ejército alemán durante la II Guerra Mundial.
- 1945: se fabricó ENIAC¹¹⁹ en el laboratorio de balística de Estados Unidos, una computadora capaz de resolver problemas de cálculo.
- 1950: la empresa Remington Rand comercializa el primer computador de uso comercial desarrollado en Estados Unidos. Este ordenador fue el encargado de elaborar el censo de EE. UU. en 1951 y predijo acertadamente el ganador de las elecciones presidenciales de 1952.
- 1958: IBM fabricó para el departamento de defensa aérea de EE. UU. El *SAGE*, constituyendo el primer sistema de defensa del ejército aéreo.
- 1965: L. ROBERTS y T. MERRIL conectaron por primera vez dos ordenadores mediante una línea de teléfono facilitando la transmisión de datos de uno a otro.
- 1968: IBM desarrolló el primer programa de gestión de base de datos por el que se podían gestionar datos técnicos y personales.
- 1970: nació *ARPANET* que permitió además de usos militares, el correo electrónico y la transferencia de ficheros dentro del espacio geográfico de EE. UU.
- 1973: se llevaron a cabo las primeras conexiones internacionales gracias al sistema *ARPANET*¹²⁰.

En efecto, es preciso señalar que, en un primer momento, el tratamiento de datos se llevó a cabo por un aparato de nueva creación. Esta nueva creación tecnológica sería denominada computadora, término que adolecería de ambigüedad y al que es posible referirse de diferentes formas como consecuencia de su proceso de innovación: pc, ordenador, portátil, sobremesa, etc. Así, utilizando por ejemplo el concepto más común, entiéndase por “ordenador” como aquel dispositivo que permite ejecutar

¹¹⁹ Electronic Numerical Integrator and Computer.

¹²⁰ Esta clasificación histórica se ha realizado partiendo de la siguiente cita: REBOLLO DELGADO, L. (2018). “*Protección de datos en Europa: Origen, evolución y regulación*”, Madrid, Editorial Dykinson. pp. 61-66.

automáticamente una secuencia de operaciones en base a unos datos¹²¹. Este tipo de dispositivo tiene la capacidad para aglutinar una enorme cantidad de información, es decir, datos que tienen un significado y una interpretación¹²², dígame a través de procesadores de textos, bases de datos u hojas de cálculo¹²³.

Si en un primer momento los ordenadores se caracterizaban por un gran tamaño, superada la década de los 60 y a causa de la introducción de nuevos chips se aumentó la fiabilidad, eficacia y lo más importante, el precio¹²⁴, permitiendo de este modo que las empresas pudieran adquirirlos e incorporarlos a sus instalaciones, lo que generó una revolución empresarial sumamente importante de progreso y crecimiento¹²⁵.

De forma paralela a la irrupción de las computadoras, y en torno a la década de los setenta¹²⁶, se gestó la tercera revolución industrial que será recordada por la utilización prioritaria de internet para la transformación de la red eléctrica¹²⁷. Efectivamente, la red ARPANET, predecesora de lo que hoy es Internet, en un primer momento contaba con un claro interés militar¹²⁸. Sin embargo, y en aras de favorecer las comunicaciones directas, se amplió su campo de uso, aunque seguía sin contar con una apertura total, limitándose funcionalmente a la conexión entre varias universidades estadounidenses¹²⁹, pero que, posteriormente, con la conexión a la red de nodos permitió su expansión a diferentes localizaciones. En este sentido, fue necesaria la adquisición de nueva

¹²¹ NICOLAS ELORTEGUI, J. (1992). *El ordenador ¿Qué es y que hace?*, Santa Cruz de Tenerife, Cabildo Insular de Tenerife, p. 9.

¹²² *Ibidem*, p. 29.

¹²³ *Ibidem*, p. 106-107.

¹²⁴ TRIGO ARANDA, V. (2004). “Las generaciones de ordenadores”, *Manual formativo de acta*, nº 31., p. 44.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ ESTEFANIA, J. (2002). El fenómeno de la globalización, en AA.VV. *Diez palabras clave sobre globalización*, Editorial Verbo Divino, Navarra, España, p. 38.

¹²⁷ LASTRA LASTRA, J. M. (2017). “Rifkin, Jeremy, *La Tercera Revolución Industrial*”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nº 150, pp. 1457-1462.

¹²⁸ *Vid.* BECERRA PINEDA, L. (2000). “El auge de internet”, *Páginas: Revista académica e institucional de la UCPR*, nº 57, pp. 2-13.

¹²⁹ PÉREZ MARTÍNEZ, J., GONZÁLEZ VALDERRAMA, C. (2015). “Hemos sido testigos. De Arpanet a la revolución digital”, *Revista Bit-Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación*, nº 200, p. 92.

formación de todas las cadenas del ámbito laboral en sistemas informáticos integrados y gestión de la red eléctrica digital, entre tantas otras¹³⁰.

Respecto al proceso de expansión de la informática a la ciudadanía en general, no sería hasta 1975 cuando accedió al mercado el primer ordenador personal, Altair 8800, aunque estaría limitado a un ámbito concreto, los aficionados a la electrónica¹³¹. Sin embargo, sería un grave error no involucrar en este alegato al primer micordenador que se introdujo considerablemente en muchos domicilios de la época, el ZX80 vendido en 1980¹³². A partir de entonces, la década de los 80 y 90, con el nacimiento de corporaciones como Apple y Microsoft se contribuyó considerablemente al desarrollo de un instrumento que sufriría considerables cambios hasta nuestros días¹³³.

Con el fin de contrastar este proceso exponencial de incorporación de las computadoras a la sociedad, se estima que en 1970 existían 116.600 con un óptimo rendimiento a nivel mundial. Estos datos se verían totalmente superados en EE.UU., donde se estima que en 1980 había en funcionamiento 200.000 computadoras¹³⁴. Al igual que ya lo hicieran WARREN y BRANDEIS al comienzo de los primeros usos maliciosos de tecnología por 1890, se constató esta fobia a la tecnología en décadas siguientes. Primero en los años 70, por este periodo comenzó a fraguarse un temor a las computadoras por la evidente capacidad de recolección, almacenaje, acceso y difusión de datos. Uno de los autores en alzar la voz sería MILLER quien puso de relieve la voraz capacidad de las computadoras de aglutinar un volumen inmensurable de información. Además, señaló las posibilidades negativas sobre su incorporación tanto a los hogares como a las empresas que ocasionarían un entorno transparente ante los más curiosos¹³⁵. Destaca por su parte una reflexión bastante interesante en cuanto a su análisis sobre el

¹³⁰ DURÃO BARROSO, J. M. (2007). “La política energética europea y la Tercera Revolución Industrial”, *Cuadernos de energía*, nº 18, pp. 22-24.

¹³¹ TRIGO ARANDA, V. (2004). “El nacimiento de la informática personal”, *Manual formativo de acta*, nº 32., p.59.

¹³² *Ibidem*, p. 61.

¹³³ RIBEIRA TURRÓ, M. (2005). “Evolución y tendencias en la interacción persona-ordenador”, *El profesional de la información*, nº 6, p. 417.

¹³⁴ MADRID CONESA, F. (1984). *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, ob. cit., p. 22.

¹³⁵ MILLER, A. (1971). *The assault on privacy: Computers, data banks, and dossiers*, The University of Michigan Press, p. 3.

carácter moldeable de la privacidad a un contexto social en concreto. De este modo, llegó a la conclusión que este proceso de informatización social estaba cambiando el sentido público de la privacidad. Por lo que, en cierto modo y como aspecto positivo, a medida que la sociedad se acostumbra a la exposición de su información personal esto puede generar una desaparición gradual del interés de los curiosos¹³⁶.

Posteriormente este temor se plasmaría en los años 80, prueba de ello es que GRAHAM puntualizó que esta incorporación tecnológica incide directamente en la vida privada de los individuos. Y, aún más, tiene un alcance inimaginable para las libertades civiles en el caso de que su uso se lleve a cabo a nivel gubernamental¹³⁷. Pero, desde su punto de vista, el problema se había originado principalmente en el sector privado, y la explicación es sencilla, las empresas en sus labores diarias llevaban a cabo transacciones comerciales en las que utilizan un gran entramado de datos personales¹³⁸. Más concretamente, que el principal problema no era su tratamiento sino la cesión a terceros de este banco de información personal en un escenario empresarial¹³⁹.

Y, coetáneamente a este desarrollo exponencial de nuevos instrumentos tecnológicos, comenzó a fraguarse una nueva sociedad: la sociedad de la información. Precizando, se comparte la opinión de CAMPUZANO TOMÉ respecto a su identificación como “un nuevo modelo de organización industrial, cultural y social caracterizado por el acercamiento de las personas a la información a través de las nuevas tecnologías de la información”¹⁴⁰. Téngase en cuenta que el primer navegador web utilizado de forma corriente, Internet Explorer, data de 1995¹⁴¹. Significó, por tanto, una nueva era fruto del progreso de las civilizaciones que ha hecho posible integrar las nuevas tecnologías en la sociedad a pasos agigantados¹⁴², ya que en gran medida, se evidenció la proliferación de

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ GRAHAM, J. (1987). “Privacy, computers, and the commercial dissemination of personal information”, *Texas Law Review*, vol. 67, nº 7, p. 1395.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 1397.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ CAMPUZANO TOMÉ, H. (2000). *Vida privada y datos personales. Su protección jurídica frente a la sociedad de la información*, Madrid, Tecnos, p. 20.

¹⁴¹ TRIGO ARANDA, V. (2004). “Historia y evolución de Internet”, *Manual formativo de acta*, nº 33, p.4.

¹⁴² Tal y como afirma CASTELLS OLIVÁN, este proceso de transformación social fruto de la incorporación de la tecnología da lugar a una nueva forma de comunicación, “la auto-comunicación de masas, ejemplificada por internet y las redes móviles”, en CASTELLS OLIVÁN, M. (2011). “Prefacio:

internet como de las herramientas digitales (Smartphone, ordenador portátil, Tablet) tanto en el ámbito personal como profesional. Estas circunstancias, consideradas conjuntamente, engrandecen la problemática generada respecto al ámbito de la vida privada de los individuos¹⁴³. Entre otras razones, por las innegables posibilidades de acceder, tratar, modificar, enviar e incluso adulterar datos e información instantáneamente a través del uso de dispositivos tecnológicos¹⁴⁴.

En suma, entre las características innatas de estos instrumentos se encuentra la capacidad de readaptación y evolución continua¹⁴⁵, por lo que se pone de manifiesto los riesgos que entraña su posible uso malicioso y la injerencia en un espacio como el de la intimidad personal y familiar o de forma más amplia, de la vida privada objeto de examen en líneas precedentes.

Un nuevo paradigma que ha suscitado cambios, económicos, sociales, culturales y ha reformulado por completo los métodos de trabajo¹⁴⁶, y que identifican una problemática común, la interferencia de las tecnologías con la privacidad individual dadas las facilidades invasivas de los procesos informáticos.

Por tales razones, se puede sostener que las relaciones laborales no son ajenas a un mundo de globalización económica caracterizado por la segmentación de los procesos productivos como de la libre circulación de los capitales financieros y comerciales¹⁴⁷. Esto es fruto de un nuevo modelo económico, el capitalismo, que se ha expandido

Autocomunicación de masas y movimientos sociales en la era de Internet”, *Anuari del conflicte social*, nº 1, pp. 11-12.

¹⁴³ CAMPUZANO TOMÉ narra perfectamente este hecho al considerar que esta nueva era plantea un estrepitoso riesgo en el tratamiento vertiginoso de datos personales por la creación de “las autopistas de la información”. CAMPUZANO TOMÉ, H. (2000). *Vida privada y datos personales. Su protección jurídica frente a la sociedad de la información*, ob. cit., p. 66.

¹⁴⁴ PÉREZ LUÑO, E. (1992). “Del Habeas Corpus al Habeas Data”, *Informática y derecho: Revista Iberoamericana de derecho informático*, nº 1, p. 155 y ss.

¹⁴⁵ En este sentido, CEBRIÁN HERREROS manifiesta que no es posible diferenciar entre tecnologías viejas y nuevas. Para el autor es más preciso hablar de fases de expansión, “de big bang progresivo”, como consecuencia de los procesos de innovación tecnológica. CEBRIÁN HERREROS, C. (2000). “La información en Red”, *Sphera Pública: revista de ciencias sociales y de comunicación*, p. 19.

¹⁴⁶ CASTELLS OLIVÁN, M. (2002). “Un nuevo medio de comunicación: internet”, *Treballs de comunicació*, nº 17, pp. 7-20.

¹⁴⁷ HORMIGOS RUIZ, J. (2006). “El cambio del trabajo en la sociedad global, un nuevo reto para las relaciones laborales”, *Trabajo: Revista iberoamericana de relaciones laborales*, nº 18, p. 188.

ampliando las fronteras respecto a la competitividad a nivel mundial¹⁴⁸. El asentamiento de este nuevo modelo económico ha sido posible gracias, en buena parte, al desarrollo de las nuevas tecnologías de la información que facilitan el desarrollo económico de los países a un ritmo estrepitoso¹⁴⁹. Como consecuencia, conllevó abandonar las tradicionales formas de negociar adaptándolas a la nueva era tecnológica de la sociedad informática empresarial. Por consiguiente, y de manera semejante al ámbito económico, las relaciones de trabajo sufren una evolución considerable adaptándose a la nueva realidad tecno-productiva y la organización de la jornada de trabajo¹⁵⁰, y este tipo de transformaciones sugieren una observación con extrema precaución por la incidencia en los derechos fundamentales de las personas y que constituyen el objeto principal del presente trabajo.

En correlación con lo expuesto anteriormente, hay quienes tienden a normalizar una cuarta revolución industrial¹⁵¹ y que, a diferencia de las anteriores, la cuarta revolución industrial o de la industria 4.0, nace a partir de la “fusión de tecnologías y de una creciente armonización e integración entre las disciplinas de investigación de las ciencias”¹⁵².

En el periodo comprendido entre los años 2000 y 2010 se generalizó el uso de tecnologías de comunicación inalámbricas y, además, se ha dado un salto cualitativo por el desarrollo de la inteligencia artificial¹⁵³ lo que permite monitorizar procesos y gestionar

¹⁴⁸ *Ibidem*, pp. 187-203.

¹⁴⁹ *Vid.*, sobre el denominado modelo de crecimiento “infodesarrollo” en CASTELLS OLIVÁN, M. (2002). “Tecnologías de la información y la comunicación y desarrollo global”, *Revista de economía mundial*, nº 7, pp. 98-104.

¹⁵⁰ De hecho, CARDONA RUBERT tuvo ocasión de manifestar su crítica a este respecto al considerar que “el Derecho del Trabajo, caracterizado por ser la rama del Derecho con más adaptación a la evolución social, en esta ocasión no ha sabido, o más bien, no se ha preocupado de realizar un adecuado encuadramiento de los problemas surgidos como consecuencia de la introducción de las nuevas tecnologías en el contrato de trabajo”. CARDONA RUBERT, B. (1994). “Tratamiento automatizado de datos personales del trabajador”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 16, p. 83.

¹⁵¹ JIMÉNEZ, J.A. (2016). “Normalización para la cuarta revolución industrial”, AENOR: *Revista de la normalización y la certificación*, nº 311, pp. 10-15.

¹⁵² PATIÑO VENGOECHEA, J. G. (2019). “La cuarta revolución industrial”, *Revista Ingenierías USBMed*, nº 1, p. 1.

¹⁵³ *Vid.* FLORENTINE, S. (2016). How Artificial Intelligence Can Eliminate Bias in Hiring. Retrieved from CIO, disponible en <https://www.cio.com/article/3152798/artificial-intelligence/how-artificial-intelligence-can-eliminate-bias-in-hiring.html>

procesos de flujos de información¹⁵⁴, una nueva reordenación que ha dado lugar a un nuevo periodo histórico industrial en el que estamos inmersos en la actualidad¹⁵⁵.

En consecuencia con la argumentación sostenida en estas líneas es posible afirmar que el uso de la informática y el avance de las tecnologías puede ser un arma potencial de lesión de los derechos fundamentales de las personas, evidenciando la necesidad de configurar a través del sistema legislativo de los países una normativa proteccionista para evitar esta vulneración de derechos. Ello requiere que, conforme la sociedad evoluciona y se ve expuesta, el ordenamiento jurídico deba adaptarse a los cambios sociales, cuestión bastante compleja si se tiene en cuenta que la tecnología está un proceso de cambio continuo.

Por consiguiente, debe tenerse en cuenta que el uso de las telecomunicaciones posibilita la racionalización, la simplificación así como la celeridad en el tratamiento de la información¹⁵⁶, puede conllevar consecuencias negativas en un derecho como la intimidad, debido, en particular, a que es especialmente vulnerable y susceptible de ser lesionado con el uso de las nuevas tecnologías. Y en suma, es posible determinar que no es la informática, sino la utilización que se puede hacer de la misma, la que podría afectar a los derechos fundamentales.¹⁵⁷ Por lo tanto, es necesaria una protección jurídica de la intimidad, como un límite a la utilización de la informática y las comunicaciones ante la posibilidad de que se pueda agredir a la intimidad de los ciudadanos y con ello se pueda coartar el ejercicio de sus derechos.¹⁵⁸

Y como bien adelantaron WARREN y BRANDEIS, la intimidad no está aislada de este proceso de interacción tecnológica con las personas. La intimidad, por consiguiente, “posee un contenido sociológico, cambiante en cada sociedad y cada

¹⁵⁴ MORENO MUÑOZ, M. (2016). “Opciones de mejora cognitiva no convencional como respuesta al desempleo estructural en el contexto tecnológico de la cuarta revolución industrial”, *Gaceta de Antropología*, nº 32, p. 3.

¹⁵⁵ ARRIBAS, A. ISLAS, O. (2019). “En el tránsito de la Economía del Conocimiento a la Cuarta Revolución Industrial. Aproximaciones al transhumanismo desde la perspectiva de la Ecología de los Medios”, *Revista Razón y palabra*, nº 104, p. 13.

¹⁵⁶ REBOLLO DELGADO, L. (2014). *Vida privada y protección de datos en la Unión Europea. El Fundamento de la Protección de Datos*. Editorial DYNKINSON. pag.95

¹⁵⁷ FREIXAS GUTIÉRREZ, G. (2001). *La protección de datos de carácter personal en el derecho español*. Barcelona. Editorial: BOSH. p.37.

¹⁵⁸ DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. (2008). *Manual de Derecho Informático*. Navarra. Editorial: ARANZADI. p.46-47.

momento histórico¹⁵⁹”. De este modo, ha sido posible constatar su remodelación o ramificación tecnológica necesaria, dando lugar a un término denominado protección de datos, cuyo fin es proteger de los ataques informáticos los derechos fundamentales de las personas. En definitiva, un derecho que está en formación y evolución continua, con carácter internacional y transnacional¹⁶⁰. Por este motivo, a continuación, prosigue el estudio de esta ramificación tecnológica de la intimidad que pasa a llamarse protección de datos abarcando los siguientes epígrafes.

¹⁵⁹ HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F. (1998). *“La intimidad como derecho fundamental”*, Madrid, Diputación de Castellón, p. 35.

¹⁶⁰ LÓPEZ – IBOR MAYOR, V., GARCÍA DELGADO, S. (1994). *“Situación del derecho informático en España y en Europa: algunas consideraciones”*. Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de derecho informático, nº 4. p. 645.

CAPÍTULO II

EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL Y EUROPEO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

1. El marco normativo Internacional y Europeo sobre la Protección de Datos Personales.

1.1. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Comenzando cronológicamente el estudio de la normativa internacional que ampara al derecho a la protección de datos se comienza por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre. Aprobada el 2 de mayo de 1948, constituye el primer instrumento con carácter internacional que configura un conglomerado de derechos y obligaciones para las personas. En un primer momento, y de conformidad con la opinión de NIKKEN, disfrutó del “rango de recomendación” careciendo por tanto de fuerza vinculante y obligatoria¹⁶¹. Por el contrario, en un momento posterior BURGENTHAL manifestó que “la Declaración Americana se convierte en Carta Magna del sistema interamericano y a la vez en manifiesto político y un instrumento normativo”¹⁶².

Parte, en su preámbulo, de que la finalidad primordial de “las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad”. Y, en suma, que el reconocimiento de derechos humanos parte de su propia condición humana y no por la pertenencia a uno u otro Estado. Por esta razón estimó necesario adoptar un sistema de protección fortalecido y acorde a las circunstancias sociales y jurídicas del momento.

La Declaración se encuentra estructurada en dos capítulos, el primero en el que se refleja el reconocimiento de derechos y, el segundo respecto a los deberes. Focalizando el estudio en el primer capítulo, el reconocimiento a la vida privada se encuentra recogida concretamente en el art. 5 cuyo contenido es el siguiente:

¹⁶¹ NIKKEN, P. (1987). *La Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Civitas, Madrid, p. 42.

¹⁶² BURGENTHAL, T. (1989). “La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, p.111.

“Artículo 5 - Derecho a la protección a la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar: Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”.

Como se puede comprobar de la lectura del artículo, se recoge expresamente el derecho de protección de la vida privada y familiar, pero aún más importante si cabe es que insta a la creación de la una Ley con el fin de amparar las posibles injerencias en este derecho. En definitiva, se trata de un reconocimiento extensivo y amplio que por lo general abarca a cualquier propósito o actividad que genere “ataques abusivos”. Y, evidentemente en este tipo de actuaciones negativas en el espacio reservado protegido podría estar implicada la tecnología. Constituyó por tanto, un primer reconocimiento de la preservación del espacio reservado e íntimo de la persona en su ámbito personal y familiar, dotándole de un mayor reconocimiento e importancia.

1.2.La Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos marcó un hito histórico en el reconocimiento de los derechos humanos. Su elaboración no fue nada sencilla, ya que en estos momentos existía un conflicto ideológico y político de carácter internacional¹⁶³. Las partes en conflicto se dividían entre el bloque socialista, cuyo máximo representante era la Unión Soviética, y el bloque capitalista, conformado por EEUU y sus aliados¹⁶⁴. Para intentar superar este escollo se configuró una Comisión de Derechos Humanos que estaba conformada por 18 miembros con intereses político, culturales y religiosos heterogéneos¹⁶⁵. Y fruto de este proceso se aprobó el 10 de diciembre de 1948, en el Palacio Chaillot de París, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, DUDH) por la Asamblea General de las Naciones Unidas¹⁶⁶. Compartiendo la

¹⁶³ ORAÁ ORAÁ, J. “La Declaración Universal de Derechos Humanos”, en AA.VV. GÓMEZ ISA, F. (dir.) (2004). *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, p. 126

¹⁶⁴ VERDOOT, A. (1984). *Naissance et Signification de la Déclaration Universelle des Droits de L’Homme*, Editorial Société d’Etudes Morales, Sociales et Juridiques, Paris, pp. 54 y ss.

¹⁶⁵ *Vid.*, en profundidad las diferentes fases de tramitación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en MOLLER, J.T. “The Universal Declaration of Human Rights: How the process Started”, en AA.VV. EIDE, A. ALFREDSSON, G. (1992). *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary*, Scandinavian University Press, Oslo, pp. 1-3

¹⁶⁶ Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

opinión de ESPIELL “la declaración Universal pretendió presentar una concepción universal, un ideal común a la humanidad entera, de los derechos humanos, elevándose, en un mundo dividido, sobre las distintas ideologías y los opuestos criterios sobre su origen y naturaleza”¹⁶⁷.

Bastan, como muestra de lo anterior, los argumentos esgrimidos en el conjunto de considerandos ubicados en el preámbulo de la Declaración en los que se advertía que “el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”. Así mismo procede a proclamar como “esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”.

Por lo tanto, la proclamación a través de la DUDH tiene como finalidad “que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.”

La DUDH en su art. 8 establece que efectivamente como medida disuasoria frente a actuaciones represivas o arbitrarias “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.” Y que se podría vincular directamente con el art. 12 en el que se reconoce que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. Se puede observar en consecuencia, que esta Declaración vino a significar el punto de partida del reconocimiento de la preocupación por las injerencias al espacio íntimo y reservado de la persona otorgándole una vía de protección en la vía jurisdiccional.

¹⁶⁷ GROS ESPIELL, H. (1988). *Estudios sobre Derechos Humanos II, Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Editorial Civitas, Madrid, p. 30.

1.3.El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor posteriormente el 23 de marzo de 1976 y sería ratificado por España en abril de 1977¹⁶⁸. Integrado dentro del conjunto normativo dictado por la Asamblea General de Naciones Unidas que conforman la Carta Internacional de Derechos Humanos, tiene carácter de derecho internacional consuetudinario y dispone en su preámbulo que el reconocimiento de los derechos que se aprueba se deriva de la dignidad innata a la persona humana. A este respecto recoge que es necesario alcanzar un equilibrio que tienen a satisfacer a ambas partes, a los individuos en cuanto a los deberes que se le imponen respecto a los demás y a los Estados en cuanto a la promoción del respeto de los derechos y libertades humanas.

En cuanto a su estructura, el Pacto se compone de 53 artículos y está dividido en seis partes, en la parte VI donde se prevé un ámbito de protección de la vida privada personal y familiar que apertura con el art. 17 disponiendo que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.” De esta interpretación se puede derivar que se asemeja su tratamiento al contenido tanto de la DUDH como con la Declaración Americana. Sin embargo, FARIÑAS MATONI sostuvo que “el concepto arbitrario es más amplio de contenido que el concepto ilegal, pero este segundo al ser más específico es mejor definidor de las características que las injerencias deben revestir para ser reputadas como admisibles”¹⁶⁹. Por tal motivo, extiende esta cuestión a las posibles injerencias que pudiera provocar la libertad informativa que encuentra su justificación en el art. 14 que dispone que “la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia”.

De igual modo que las normativas estudiadas anteriormente, el Pacto reconoce en su apartado segundo del art. 17 que “toda persona tiene derecho a la protección de la ley

¹⁶⁸ Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. BOE nº 103, de 30 de abril de 1977.

¹⁶⁹ FARIÑAS MATONI, L. M^a (1983). *El derecho a la intimidad, ob. cit.*, p. 259.

contra esas injerencias o esos ataques.” Efectivamente, se insiste en el necesario llamamiento a los Estados para crear un marco jurídico interno de protección de estas posibles injerencias en el ámbito privado y familiar de las personas.

1.4.El Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Centrados los antecedentes más remotos del estudio en la normativa europea en protección de datos, es preciso remitirse en primer lugar, al Convenio Europeo de Derechos Humanos, adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 ya surge inspirado en la DUDH. En estos momentos el Consejo de Europa estaba conformado por tan solo 13 países miembros al momento de la firma del Convenio, quienes manifestaron la necesidad de legislar un compendio de derechos humanos a los ciudadanos europeos.

Este sentimiento consiguió plasmarse en el propio Convenio, declarando que los “Estados europeos animados por un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de primacía del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal”. Esta declaración pretende asegurar tanto el reconocimiento como la aplicación efectiva de los derechos reconocidos en su articulado. Ello fue posible en gran medida por el papel legislativo que le corresponde al Consejo Europeo en su afán de fortalecer la unión de estados miembros y el propio desarrollo de los derechos humanos y las libertades fundamentales¹⁷⁰.

En cuanto a su estructura, el Convenio se encuentra estructurado en tres títulos: el primero sobre Derechos y libertades, el segundo sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el tercero sobre las Disposiciones Diversas. Así, dentro del Título I, el derecho a la protección de datos se encuentra recogido implícitamente en su art. 8, dedicado a la vida privada y familiar:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

¹⁷⁰ Estatuto del Consejo de Europa, hecho en Londres el 5 de mayo de 1949. BOE, nº 51/1978, de 1 de marzo de 1978. Art. 1. a) La finalidad del Consejo de Europa consiste en realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social. b) Esta finalidad se perseguirá, a través de los órganos del Consejo, mediante el examen de los asuntos de interés común, la conclusión de acuerdos y la adopción de una acción conjunta en los campos económicos, social, cultural, científico, jurídico y administrativo, así como la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

Como novedad a destacar, repárese en este segundo apartado de la definición que aporta el Convenio sobre el respeto a la vida privada y familiar y es que, hasta este momento, no se había empleado el término de injerencia en la vida privada y familiar por parte de la autoridad pública. Se modula, en este sentido, la posible vulneración del espacio íntimo y reservado preservado por el art. 8 cuando se aprecien razones justificadas en una ley como en los principios que se señalan. Por lo tanto, en este sentido se trata de una definición mucho menos amplia pero cuya finalidad es la búsqueda del equilibrio de derechos e intereses contrapuestos.

En definitiva, no viene a ser otra cosa que la plasmación en el texto europeo del carácter limitado de los derechos fundamentales. De esta manera, se ha determinado que, para adoptar ciertas decisiones que causen la injerencia en la vida privada, se debe superar el denominado juicio de ponderación que se examinará en apartados siguientes.

1.5.El Convenio nº 108 de 1981 del Consejo de Europa.

Como primera iniciativa o respuesta a nivel europeo a la protección de tales derechos, surge el Convenio nº 108¹⁷¹ del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, hecho en Estrasburgo, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter persona. Surgió en 1981, a raíz de una Recomendación de la OCDE sobre el tratamiento internacional de los datos personales y la protección de la intimidad. Es el resultado de las iniciativas, propuestas y reclamaciones de organismos institucionales supranacionales con el fin de configurar o constituir una regulación jurídica de la protección de datos personales en el ámbito de la informática. Dentro de los países que ratificaron el convenio se encuentran miembros como Suecia en 1982, España y Noruega en 1984 y, Alemania en 1985¹⁷².

¹⁷¹ BOE nº 274 de 15 de noviembre de 1985.

¹⁷² Art. 27 del Convenio 108.

El Convenio vino a establecer como pilar fundamental en su primer artículo la protección de las personas en el territorio de los Estados parte del Convenio. Su finalidad, por tanto, atendía por entonces a garantizar a cualquier persona física el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, concretamente su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona¹⁷³. Derechos reconocidos en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los derechos a la vida privada y a la protección de datos previstos en los artículos 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea analizados anteriormente.

El capítulo segundo del Convenio 108 ya previó conceptos tan importantes como las categorías especiales de datos que gozarán de protección reforzada en el Reglamento 679/2016 prohibiendo su tratamiento, como pueden ser el tratamiento que pudiera revelar el origen racial, convicciones religiosas, datos de salud o vida sexual previendo la imposibilidad de tratamiento sin garantías, así como el principio de calidad de los datos en los tratamientos automatizados¹⁷⁴.

Una de las directrices marcadas por el Convenio 108 fue obligar a los Estados firmantes a incorporar a su derecho interno disposiciones que garantizaran el respeto de derechos respecto al tratamiento de sus datos personales. Actualmente, han ratificado el Convenio 108 todos los estados miembros de la Unión Europea, es decir, los 28 y, además, entre otros; Armenia, Georgia, Rusia, Senegal, Túnez o Uruguay.

En el año 2001, tras 20 años de vigencia, el Convenio 108 fue complementado con un Protocolo Adicional adoptado el 23 de mayo de 2001 en el Comité de Ministros del Consejo de Europa¹⁷⁵. Entre las principales novedades adoptada en el Protocolo

¹⁷³ Artículo 1. Objeto y fin. El fin del presente Convenio es garantizar, en el territorio de cada Parte, a cualquier persona física sean cuales fueren su nacionalidad o su residencia, el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, concretamente su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona («protección de datos»).

¹⁷⁴ Artículo 5. Calidad de los datos. Los datos de carácter personal que sean objeto de un tratamiento automatizado: a) Se obtendrán y tratarán leal y legítimamente; b) se registrarán para finalidades determinadas y legítimas, y no se utilizarán de una forma incompatible con dichas finalidades; c) serán adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con las finalidades para las cuales se hayan registrado; d) serán exactos y si fuera necesario puestos al día; e) se conservarán bajo una forma que permita la identificación de las personas concernidas durante un período de tiempo que no exceda del necesario para las finalidades para las cuales se hayan registrado.

¹⁷⁵ Instrumento de Ratificación del Protocolo Adicional al Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, a las Autoridades de control y a los flujos transfronterizos de datos, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 2001. BOE nº 228, de 20 de septiembre de 2010.

encontramos la creación de las autoridades de control¹⁷⁶ y el flujo internacional de datos personales¹⁷⁷.

El 5 de junio de 2018, el Consejo Europeo reunido en Bruselas¹⁷⁸ adoptó una propuesta de ratificación por los Estados miembros de la Unión de una nueva versión del referido Convenio. Una de las novedades es que se introdujeron ciertas excepciones a su cumplimiento íntegro, como por ejemplo, para situaciones en las que fuese necesario salvaguardar la seguridad pública¹⁷⁹. En definitiva, esta nueva redacción viene a

¹⁷⁶La autoridad control en nuestro país es la Agencia Española de Protección de datos que ha sido estudiada en el apartado tercero del presente capítulo. Artículo 1. Autoridades de control. 1. Cada Parte dispondrá que una o más autoridades sean responsables de garantizar el cumplimiento de las medidas previstas por su derecho interno que hacen efectivos los principios enunciados en los Capítulos II y III del Convenio, así como en el presente Protocolo. 2. a). A este efecto, las autoridades mencionadas dispondrán, en particular, de competencias para la investigación y la intervención, así como de la competencia para implicarse en las actuaciones judiciales o para llamar la atención de las autoridades judiciales competentes respecto de las violaciones de las disposiciones del derecho interno que dan efecto a los principios mencionados en el apartado 1 del artículo 1 del presente Protocolo. b. Cada autoridad de control atenderá las reclamaciones formuladas por cualquier persona en relación con la protección de sus derechos y libertades fundamentales respecto de los tratamientos de datos de carácter personal dentro de su competencia. 3. Las autoridades de control ejercerán sus funciones con total independencia. 4. Las decisiones de las autoridades de control que den lugar a reclamaciones podrán ser objeto de recurso ante los tribunales. 5. De conformidad con lo dispuesto en el Capítulo IV, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio, las autoridades de control cooperarán entre sí en la medida necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones, en particular mediante el intercambio de toda la información útil.

¹⁷⁷ Artículo 2. Flujos transfronterizos de datos de carácter personal hacia un destinatario que no está sujeto a la jurisdicción de una Parte en el Convenio. 1. Cada Parte dispondrá que la transferencia de datos de carácter personal hacia un destinatario sometido a la jurisdicción de un Estado u organización que no sea Parte en el Convenio sólo podrá efectuarse si dicho Estado u organización garantiza un nivel de protección adecuado a la transferencia de datos prevista. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 2 del presente Protocolo, cada Parte podrá permitir la transferencia de datos de carácter personal: a. si está prevista en su legislación interna a causa de: intereses específicos de la persona interesada, o de intereses legítimos prevalecientes, en particular, intereses públicos importantes, o b. si la persona responsable de la transferencia ofrece garantías, que, en particular, pueden resultar de cláusulas contractuales, y éstas son juzgadas suficientes por la autoridad competente de conformidad con el derecho interno. En estos momentos y compartiendo la opinión de PAVÓN PÉREZ “hay que ser plenamente conscientes de que en una sociedad internacional globalizada como la que vivimos, uno de los aspectos del tratamiento de datos personales que genera mayor incertidumbre es precisamente el de las transferencias internacionales de datos. En este sentido, tal y como se ha puesto de manifiesto con carácter genérico, la regulación jurídica de las transferencias internacionales de datos planteó numerosos problemas por la existencia de diversos intereses en juego y por la dificultad práctica de dar eficacia a las garantías que se pudieran establecer. Para solucionarlo y obtener una regulación eficaz, era preciso intentar lograr un equilibrio entre los intereses comerciales y los derechos individuales, de tal forma que sin menoscabar la intimidad del individuo no se paralizaran las transacciones y la realidad comercial”. PAVÓN PÉREZ, J.A. (2002). “La protección de datos personales en el consejo de Europa. El Protocolo adicional al Convenio 108 relativo a las autoridades de control y a los flujos transfronterizos de datos personales”. *Anuario de la Facultad de Derecho*, n° 19-20. p. 248.

¹⁷⁸ Decisión del Consejo por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en interés de la Unión Europea, el Protocolo que modifica el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos con carácter personal (STCE n° 108)

¹⁷⁹ Artículo 9. Excepción y restricciones. 1. No se admitirá excepción alguna en las disposiciones de los artículos 5, 6 y 8 del presente Convenio, salvo que sea dentro de los límites que se definen en el presente artículo. 2. Será posible una excepción en las disposiciones de los artículos 5, 6 y 8 del presente Convenio

consagrar el buen hacer en materia de protección de datos de la Unión Europea al elevar el nivel de seguridad y protección. Se ha consagrado el valor jurídico de la protección de datos como derecho fundamental ante los avances tecnológicos que diariamente constituyen una amenaza en cuanto a vulneraciones de derechos. De hecho, se ha adaptado el Convenio a las directrices marcadas por la nueva norma europea, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento y del Consejo de 27 de abril de 2016 y será objeto de análisis en apartados siguientes. Respecto a los aspectos más significativos que deben ser destacados se encuentran los siguientes conceptos:

- a) Art. 5: se incluye el principio de legitimidad en el tratamiento de datos personales.
- b) Art. 6: las categorías especiales de datos son ampliadas respecto a la redacción original del convenio.
- c) Art. 7: las medidas de seguridad son fijadas con rigor y se prevé la notificación de las brechas de seguridad a las autoridades de control.
- d) Art. 8: el deber de transparencia en el tratamiento de datos y los medios para ejercer los derechos en protección de datos.
- e) Art. 9: los derechos de acceso y supresión son ampliados.
- f) Art. 10: es un artículo importante ya que suscribe los conceptos del nuevo RGPD 679/2016, como son la evaluación de impacto previa al tratamiento, el principio de responsabilidad proactiva y de minimización del riesgo que serán objeto de análisis en los apartados siguientes.

1.6.La Carta de Derechos Fundamentales.

La idea de integrar en un texto un conjunto de derechos de protección especial se fraguó en el Consejo Europeo de Colonia en junio de 1999¹⁸⁰, donde se planteó la

cuando tal excepción, prevista por la ley de la Parte, constituya una medida necesaria en una sociedad democrática: a) Para la protección de la seguridad del Estado, de la seguridad pública, para los intereses monetarios del Estado o para la represión de infracciones penales; b) para la protección de la persona concernida y de los derechos y libertades de otras personas. 3. Podrán preverse por la ley restricciones en el ejercicio de los derechos a que se refieren los párrafos b), c) y d) del artículo 8 para los ficheros automatizados de datos de carácter personal que se utilicen con fines estadísticos o de investigación científica, cuando no existan manifiestamente riesgos de atentado a la vida privada de las personas concernidas.

¹⁸⁰ Vid. CÁMARA VILLAR, G. (2005). “Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, p. 31 y ss. DUTHEIL DE LA ROCHERE, J. (2001) La France et la charte des droits fondamentaux de l’union européenne, *Annuaire français de relations internationales*, Vol. 2, pp. 478-492.

necesidad de redactar una Carta que integrase los derechos fundamentales vigentes en la Unión Europea. Cumpliendo así con una labor como expresa RODRÍGUEZ BEREIJO de dar cobertura a un “vacío unánimemente subrayado, una laguna existente en la Comunidad Europea, carente de una propia Declaración de Derechos aplicable a las eventuales vulneraciones de los derechos fundamentales por las instituciones y órganos comunitarios”¹⁸¹.

En el proceso de creación de la Carta se suscitó una cuestión importante respecto a su naturaleza jurídica, es decir, si debía adquirir carácter normativo y vinculante o quedarse en una mera declaración política sobre derechos fundamentales¹⁸². Esta preocupación tuvo lugar porque el Consejo Europeo de Colonia no dictaminó de forma concluyente a este respecto ya que se limitó a declarar que “posteriormente habrá que estudiar si debe incorporarse la Carta a los Tratados y, en caso afirmativo, de qué modo ha de hacerse¹⁸³.” Por el contrario, si quedó más claro el posicionamiento tanto del presidente de la Convención encargada de elaborar la Carta, que partía de una presunción a favor de su reconocimiento jurídicamente vinculante¹⁸⁴ como del Parlamento Europeo, en el mismo sentido¹⁸⁵.

¹⁸¹ RODRÍGUEZ BEREIJO, A. (2001). “La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 1, p 46.

¹⁸² Esta pregunta fue formulada por RODRÍGUEZ BEREIJO quien se mostró bastante crítico tanto con el proceso como con el contenido de la Carta, como muestra de ello declaró que “cuanta mayor densidad de contenido tenga la Carta de Derechos Fundamentales tanto más difícil será conseguir el consenso necesario para su aprobación y para su inserción en los Tratados, dotándola, así de efecto jurídico vinculante”. *Ibidem*, pp. 48-53.

¹⁸³ Dictamen del Comité Económico y Social sobre el asunto “Por una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.” Diario Oficial nº C 367 de 20/12/2000 pp. 0026 – 0031. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52000IE1005&from=DA>

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ El Parlamento Europeo: vista la Resolución de 16 de marzo de 2000 sobre la elaboración de una Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (1), A. Considerando que, hasta la proclamación de la Carta, la redacción de ésta es competencia exclusiva de la Convención. 1. Propone, de conformidad con la posición que aprobó con ocasión del inicio de los trabajos de la Convención, que el Consejo Europeo, reunido en Biarritz, pida a la Conferencia Intergubernamental que examine el texto de la Carta adoptada por la Convención y los medios para integrarla en el Tratado, con objeto de que el Consejo Europeo de Niza pueda tomar una decisión al respecto; 2. Encarga a su Presidenta que transmita la presente resolución al Consejo, a los Gobiernos y a los Parlamentos de los Estados miembros, a la Comisión, a la Convención y a las demás instituciones comunitarias. Resolución del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 3 de octubre de 2000. Recuperado de <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2000-0417+0+DOC+XML+V0//es&language=es>

El primer intento por el que se procedió a integrar la reformulación de derechos y su reconocimiento jurídico por medio de los Tratados fue con el Tratado de Ámsterdam¹⁸⁶ y pese a no cumplir las expectativas suscitadas ya que no llegó a enumerarse los derechos fundamentales en concreto¹⁸⁷, el Tratado de Ámsterdam marcó el camino del compromiso de la UE para dotar de protección ciertos derechos.

Posteriormente y en otro intento, la Convención terminó de redactar la Carta de Derechos Fundamentales y se firmó el mismo año que el Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001¹⁸⁸ aunque no se incorporó al Tratado de la UE y quedó configurada como una declaración o acuerdo meramente político sin vinculación jurídica.

Tendría que esperarse hasta el año 2009, momento en el que entró en vigor el Tratado de Lisboa¹⁸⁹ con el que se adhirió la Carta de Derechos Fundamentales y puede constatar el nacimiento de la constitucionalización de derechos fundamentales en la Unión Europea¹⁹⁰.

Este hecho se ha plasmado en el artículo 6 del Tratado de la UE, en el que se dispone que: “1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.”¹⁹¹

¹⁸⁶ Firmado el 2 de octubre de 1997. Entra en vigor el 1 de mayo de 1999.

¹⁸⁷“Los derechos fundamentales sólo pueden cumplir su función si los ciudadanos conocen su existencia y son conscientes de la posibilidad de hacerlos aplicar, por lo que resulta esencial expresar y presentar los derechos fundamentales de forma que todos los individuos puedan conocerlos y tener acceso a ellos; dicho de otro modo, los derechos fundamentales deben ser "visibles". Informe del Grupo de expertos sobre derechos fundamentales. Bruselas, febrero de 1999.

¹⁸⁸ Entró en vigor el 1 de febrero de 2003.

¹⁸⁹ Firmado el 13 de diciembre de 2007.

¹⁹⁰ CARMONA CONTRERAS, A. (2016). “El espacio europeo de los derechos fundamentales: de la Carta a las constituciones nacionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº107. p. 15.

En cuanto a su estructura, 54 artículos encuadrados en los siguientes capítulos (I Dignidad, II Libertades, III Igualdad, IV Solidaridad, V Ciudadanía, VI Justicia y VII Disposiciones Generales). Un aspecto bastante relevante de esta nueva regulación se señala en el preámbulo donde después de justificar el papel que ha sido asignado a la UE en la preservación de valores como libertad, la igualdad y la solidaridad como principios de base de la democracia y del Estado de Derecho, se propicia una reflexión, “la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos.” Este tipo de cambios o progresos a los que viene a dar respuesta la Carta permitió dotar a los derechos fundamentales de un mayor reforzamiento jurídico de protección¹⁹².

Por tanto, en materia de protección de datos, el art. 8 ubicado dentro del Capítulo II de la Carta de Derechos Fundamentales, ya con carácter vinculante y de obligatorio cumplimiento, reconocerá constitucionalmente el derecho a la protección de datos:

- “1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.
2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación.
3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.”

De esta definición se puede comprobar efectivamente lo que ha adelantado en su preámbulo, la Carta es una norma que surgió motivada por los avances de la tecnología en la época sumados a los nuevos procesos de recogida y almacenamiento de datos, propiciando las primeras amenazas de la privacidad como del derecho a la intimidad, derechos que son especialmente vulnerables y susceptibles de ser lesionados con el uso de las nuevas tecnologías. Por lo tanto, se justifica la necesidad de contar con una protección jurídica de la intimidad, como un límite a la utilización de la informática y las comunicaciones ante la posibilidad de que se pueda agredir a la intimidad de los

¹⁹¹ Este artículo fue introducido por el Tratado de Lisboa que modificó el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (2007/C 306/01).

¹⁹² Lo que ha configurado junto con el CEDH, tal y como dispone RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “un sistema convergente de protección de derechos fundamentales”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO Y BRAVO-FERRER, M. (2018). “La eficacia de los derechos fundamentales laborales”, *Documentación Laboral*, vol. 1, nº 113, p. 32.

ciudadanos y con ello se pueda coartar el ejercicio de sus derechos¹⁹³. Este tipo de preocupaciones han tenido como finalidad el reforzamiento de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea de forma conjunta con el Convenio Europeo.

1.7.La Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

La UE, en su afán por conseguir la unidad de los pueblos europeos eliminando las barreras económicas y sociales y fortalecer los derechos fundamentales reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, aprueba, el 24 de octubre de 1995 la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de datos personales y a la libre circulación de estos datos¹⁹⁴.

De hecho, se ha constatado que la protección de datos fue el objetivo principal de la Directiva, clarificando su marco jurídico en el flujo transfronterizo y del mercado interior de la unión de forma que la libre circulación de personas, servicios y capitales no ocasionara una vulneración de derechos fundamentales de las personas¹⁹⁵. Frente a esta protección, la Directiva aclaró que los Estados miembros, en ningún caso, podrían restringir ni prohibir la libre circulación de datos personales, por lo tanto, debían respetar siempre con garantías el derecho a la intimidad en lo que respecta al tratamiento de datos¹⁹⁶.

Tras el Convenio 108 del Consejo de Europa, la Directiva 95/46/CE intentó aglutinar en un mismo texto los principios que van a determinar el tratamiento de datos personales, pero al no contar con aplicabilidad directa en los estados miembros precisó de la trasposición lo que provocó la diversificación de la legislación según el estado¹⁹⁷. En el caso de España, las directrices y el mandato de la normativa europea no formó parte

¹⁹³ DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. (2008). *Manual de Derecho Informático, ob.cit.*, p. 46-47.

¹⁹⁴ DOCE nº 281, de 23 de noviembre de 1995.

¹⁹⁵ Considerando segundo de la Directiva 95/46/CE.

¹⁹⁶ Art. 1 de la Directiva 95/46/CE.

¹⁹⁷ Art. 288 TFUE: Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

del ordenamiento jurídico español hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal, puesto que hasta el momento la norma en vigor era la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, reguladora del tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

A este respecto, en una primera lectura de la Directiva se puede comprobar que pretendió ampliar los contenidos reflejados en el Convenio 108 del Consejo de Europa, prueba de ello se encuentra en el considerando nº 11 que disponía “considerando que los principios de la protección de los derechos y libertades de las personas y, en particular, del respeto de la intimidad, contenidos en la presente Directiva, precisan y amplían los del Convenio de 28 de enero de 1981 del Consejo de Europa para la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento automatizado de los datos personales.”

En el mismo sentido, otro ejemplo en cuanto a las ampliaciones que la Directiva ofrece frente al Convenio se puede observar en la definición de datos personales. Se trataba de un concepto mucho más amplio, por el que se fijaba los criterios para determinar la posible identificación de una persona, siendo posible mediante un número de identificación, características físicas, psíquicas, económica o social, entre otras. Por otro lado, una de las principales novedades fue la inclusión de una definición del consentimiento del interesado¹⁹⁸ y de los requisitos que debería cumplir para considerarse válido el tratamiento de datos. Siendo cierto que el Convenio previó los derechos de acceso y rectificación, la Directiva los amplió introduciendo el derecho de oposición al tratamiento por razones legítimas de su situación particular y, a no verse sometido a una decisión con efectos jurídicos que les afecte significativamente¹⁹⁹.

Otro de los aspectos interesantes que introdujo la Directiva fue la configuración de un grupo de protección de las personas en materia de protección de datos, el denominado “Grupo de Trabajo 29²⁰⁰”, que tomó su nombre del art. 29 de la Directiva que estableció la creación de un ente consultivo e independiente del Consejo Europeo cuya finalidad era el estudio de la normativa a fin de comprobar las disposiciones nacionales que pudieran contravenir la directiva, emitir dictámenes o asesorar a la

¹⁹⁸ H) Consentimiento del interesado: toda manifestación de voluntad, libre, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernan.

¹⁹⁹ De este modo, se formularía por los expertos en la materia en nuestro país con la aprobación de la antigua Ley 15/1999 de protección de datos, los derechos A.R.C.O Acceso, rectificación, cancelación y oposición.

²⁰⁰ En adelante GT29.

Comisión y al Consejo en protección de datos. Desde su creación, ha asumido una importante labor de interpretación sobre conceptos de la Directiva 95/46/CE y ahora sobre el Reglamento 678/2016, que pudieran generar dudas en cuanto a su aplicabilidad, por ejemplo, en el mundo laboral²⁰¹.

Pero, en consonancia con los avances tecnológicos producidos desde finales del siglo XX, surgen nuevos conflictos que requieren una regulación jurídica de Internet que permita mantener en equilibrio, el uso expansivo de internet y el respeto de los derechos. Frente a esta situación, la Directiva 95/46/CE, no consiguió cumplir con su objetivo y quedó obsoleta ante los constantes cambios tecnológicos del momento y fruto de la heterogeneidad normativa europea²⁰².

1.8. El Reglamento de la Unión Europea 679/2016.

Tras 21 años de vigencia de la Directiva 95/46/CE, el 27 de abril de 2016 en Bruselas, se aprobó el 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante, RGPD)²⁰³. Este cuerpo legislativo, goza de carácter vinculante y directamente aplicable en los Estados miembros de la UE sin necesidad de transposición en el derecho interno en virtud de lo previsto en el art. 288 del TFUE. Después de dos décadas de vigencia de la Directiva 95/46/CE y las problemáticas que se generaron en torno a su aplicabilidad, como hemos estudiado, el Parlamento Europeo y el Consejo²⁰⁴ aprueban un reglamento que no sería aplicable hasta el pasado 25 de mayo de 2018²⁰⁵.

²⁰¹ Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo. Adoptado el 8 de junio de 2017. Este dictamen examina el equilibrio entre los intereses del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores respecto a los riesgos que generan el uso de las nuevas tecnologías.

²⁰² GARCÍA MURCIA, J., RODRÍGUEZ CARDO, I.A. (2019). “La protección de datos personales en el ámbito de trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo”, *ob. cit.*, p. 8.

²⁰³ DOUE n° 119 de 4 de mayo de 2016. Recuperado de <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>

²⁰⁴ Art. 16. 2 TFUE. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos. El respeto de dichas normas estará sometido al control de autoridades independientes.

²⁰⁵ Entrada en vigor y aplicación 1. El presente Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. 2. Será aplicable a partir del 25 de mayo de 2018.

Pero no solo se puede destacar del RGPD la plena aplicabilidad en los estados miembros de la UE que conlleva mayor seguridad jurídica en cuanto al respeto de los derechos fundamentales, sino que además constituye una norma que refleja la actualidad tecnológica del presente. En esta realidad tecnológica que destaca por la informatización de la sociedad, los flujos transfronterizos de datos personales son constantes en el día a día de entidades tanto públicas como privadas. De tal manera que se ha logrado a través del RGPD la homogeneidad normativa y, en consecuencia, dotar a todos los ciudadanos de la UE de mayor seguridad en el control de sus datos personales puesto que se han visto reforzados sus derechos frente a las previsibles y frecuentes vulneraciones del tráfico económico internacional²⁰⁶.

El RGPD está conformado por 99 artículos a los que les preceden 173 considerandos²⁰⁷, y en lo que concierne al derecho laboral, éste también ha adquirido repercusión con la entrada en vigor del Reglamento europeo que se han desarrollado a lo largo de los considerandos, pero nos vamos a centrar en los artículos de este, por lo tanto, dentro de los aspectos que destacamos encontramos los siguientes:

- a) En primer lugar, en el art. 9.2 b), hace referencia al tratamiento de categorías especiales de datos personales cuyo tratamiento queda prohibido a excepción de que sea necesario “para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado”. Continuando en su apartado h) “el tratamiento es necesario para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y

²⁰⁶ RODRÍGUEZ ROCA, A. (2019). “Un nuevo orden para proteger los datos personales”. *Revista Acta Judicial*, nº 3, p. 102.

²⁰⁷ Capítulo I. Disposiciones generales; Capítulo II. Principios; Capítulo III. Derechos del interesado; Capítulo IV. Responsable del tratamiento y encargado del tratamiento; Capítulo V. Transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales; Capítulo VI. Autoridades de control independientes; Capítulo VII. Cooperación y coherencia; Capítulo VIII. Recursos, responsabilidad y sanciones; Capítulo IX. Disposiciones relativas a situaciones específicas de tratamiento; Capítulo X. Actos delegados y actos de ejecución; Capítulo XI. Disposiciones finales.

social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros o en virtud de un contrato con un profesional sanitario y sin perjuicio de las condiciones y garantías contempladas en el apartado”²⁰⁸.

- b) De forma más precisa y concreta, el art. 88²⁰⁹ prevé que sean los Estados los que puedan regular a través de normativa específica o en su defecto, a través de los convenios colectivos, una protección específica de la protección de derechos en el tratamiento de los datos personales de los trabajadores en todas las facetas de este ámbito, contratación, ejecución del contrato, organización del trabajo, salud y seguridad, entre otros. En realidad, más que regular y comprender cómo debe realizarse el tratamiento de datos, deja en manos de los Estados para que a través de la negociación colectiva resuelvan este hecho²¹⁰.

²⁰⁸ b) Respecto al ámbito de la prevención de riesgos laborales el tratamiento de datos de salud de los trabajadores no requerirá del consentimiento en los supuestos en los que la propia vigilancia se realice en virtud del cumplimiento en el deber de protección al trabajador que predica la Ley de prevención de riesgos laborales. En concreto, según lo previsto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. Artículo 22. Vigilancia de la salud. 1. El empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo. Esta vigilancia sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento. De este carácter voluntario sólo se exceptuarán, previo informe de los representantes de los trabajadores, los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. En todo caso se deberá optar por la realización de aquellos reconocimientos o pruebas que causen las menores molestias al trabajador y que sean proporcionales al riesgo. 2. Las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud. BOE nº 269, de 10 de noviembre de 1995.

²⁰⁹ Tratamiento en el ámbito laboral 1. Los Estados miembros podrán, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, establecer normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral, en particular a efectos de contratación de personal, ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por el convenio colectivo, gestión, planificación y organización del trabajo, igualdad y diversidad en el lugar de trabajo, salud y seguridad en el trabajo, protección de los bienes de empleados o clientes, así como a efectos del ejercicio y disfrute, individual o colectivo, de los derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la extinción de la relación laboral. 2. Dichas normas incluirán medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana de los interesados así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales, prestando especial atención a la transparencia del tratamiento, a la transferencia de los datos personales dentro de un grupo empresarial o de una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo. 3. Cada Estado miembro notificará a la Comisión las disposiciones legales que adopte de conformidad con el apartado 1 a más tardar el 25 de mayo de 2018 y, sin dilación, cualquier modificación posterior de las mismas.

²¹⁰ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J. R. (2018). “El protagonismo del convenio colectivo en el nuevo reglamento de protección de datos”, *Revista de Información Laboral*, nº 6, p. 4. Por tal motivo es posible preguntarse el por qué no se han incluido unos parámetros mínimos, y es que como sostiene FERNÁNDEZ VILLAZÓN “es evidente que el Derecho del trabajo presenta un alto grado de sensibilidad política y económica que ha impedido adoptar una posición común sobre el particular a

- c) Un aspecto interesante que considerar es la transferencia internacional de datos laborales²¹¹ en referencia con la movilidad de las personas en un puesto de trabajo. Téngase en cuenta que este aspecto constituye en el ámbito de la UE la piedra angular del Espacio Schengen²¹². El primer requisito para una transferencia de datos a un tercer país u organización internacional requiere que tanto el responsable como el encargado del tratamiento cumplan los mandamientos del capítulo V del reglamento. En segundo lugar, podrá realizarse la transferencia de datos personales siempre y cuando ese tercer país u organización internacional garanticen un nivel de protección adecuado por la Comisión Europea²¹³. En defecto de una decisión que garantice el nivel de protección y de garantías, únicamente se podrá realizar si cumple alguna de las excepciones previstas en el art. 49 del Reglamento²¹⁴, dentro de las que señalamos: a) el interesado haya dado

nivel europeo, al menos con carácter vinculante. Por otra parte, como ya se apuntó, es interesante la mención expresa al convenio colectivo, para ello debe tenerse en cuenta las dificultades con las que se encontrarán las partes negociadoras a la hora ejercer esta facultad que se les concede. La negociación colectiva no pasa en Europa por su mejor momento, y pedirle que se interne en terreno tan complejo y delicado puede suponer pedir más de lo razonable”. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A. (2016). “El nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos”. *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, vol. 19, nº. 1, p. 409.

²¹¹ Las transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales se encuentran reguladas en los arts. 44 a 50 del RGPD.

²¹² El acuerdo Schengen se firmó en Luxemburgo en 1985 y entra en vigor en 1995. Actualmente forma parte de este los siguientes países: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, República Eslovaca, Suecia y Suiza.

²¹³ Hoy en día los territorios que han sido declarados como adecuados: Suiza. Decisión 2000/518/CE de la Comisión, de 26 de julio de 2000 Canadá. Decisión 2002/2/CE de la Comisión, de 20 de diciembre de 2001, respecto de las entidades sujetas al ámbito de aplicación de la ley canadiense de protección de datos Argentina. Decisión 2003/490/CE de la Comisión, de 3 de junio de 2003. Guernsey. Decisión 2003/821/CE de la Comisión, de 21 de noviembre de 2003. Isla de Man. Decisión 2004/411/CE de la Comisión, de 28 de abril de 2004 Jersey. Decisión 2008/393/CE de la Comisión, de 8 de mayo 2008 Islas Feroe. Decisión 2010/146/UE de la Comisión, de 5 de marzo de 2010 Andorra. Decisión 2010/625/UE de la Comisión, de 19 de octubre de 2010 Israel. Decisión 2011/61/UE de la Comisión, de 31 de enero de 2011. Uruguay. Decisión 2012/484/UE, de la Comisión de 21 de agosto de 2012. Nueva Zelanda. Decisión 2013/65/UE de la Comisión, de 19 de diciembre de 2012. Estados Unidos. Aplicable a las entidades certificadas en el marco del Escudo de Privacidad UE-EE.UU. Decisión (UE) 2016/1250 de la Comisión, de 12 de julio de 2016. Japón. Decisión de 23 de enero de 2019 y Reino Unido. Decisión de 28 de julio de 2021. Respecto a EEUU, el TJUE en el asunto C-311/18, de 16 de julio de 2020, anuló la Decisión 2016/1250 de la Comisión por la que se fijó el esquema de seguridad para las transferencias internacionales entre la UE y EEUU.

²¹⁴ Excepciones para situaciones específicas 1. En ausencia de una decisión de adecuación de conformidad con el artículo 45, apartado 3, o de garantías adecuadas de conformidad con el artículo 46, incluidas las normas corporativas vinculantes, una transferencia o un conjunto de transferencias de datos personales a un tercer país u organización internacional únicamente se realizará si se cumple alguna de las condiciones siguientes: d) la transferencia sea necesaria por razones importantes de interés público; e) la transferencia sea necesaria para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones; f) la transferencia sea necesaria para proteger los intereses vitales del interesado o de otras personas, cuando el interesado esté

explícitamente su consentimiento a la transferencia propuesta, tras haber sido informado de los posibles riesgos para él de dichas transferencias debido a la ausencia de una decisión de adecuación y de garantías adecuadas; b) la transferencia sea necesaria para la ejecución de un contrato entre el interesado y el responsable del tratamiento o para la ejecución de medidas precontractuales adoptadas a solicitud del interesado; c) la transferencia sea necesaria para la celebración o ejecución de un contrato, en interés del interesado, entre el responsable del tratamiento y otra persona física o jurídica.

2. El marco jurisprudencial sobre protección de datos en Europa.

2.1. La postura del Tribunal Constitucional federal de Alemania.

Con la intención de reflejar la configuración del derecho a la protección de datos personales en la jurisprudencia se ha decidido comenzar por un criterio cronológico con el estudio de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán²¹⁵ de 15 de diciembre de 1983. Esta resolución resolvió un recurso de amparo constitucional contra la Ley del Censo de Población aprobada el 25 de marzo de 1982²¹⁶. Un aspecto bastante significativo que constituye la base del presente recurso es el nerviosismo ciudadano de la época y que se resumían al proceso continuado y creciente de recogida de datos y su posterior tratamiento²¹⁷.

Efectivamente, la cuestionada Ley del Censo en su art. 2 preveía la recogida de datos personales tales como nombre, apellidos, dirección, sexo e incluso la pertenencia legal o no a una asociación religiosa. Por tales motivos se generaría un desconcierto en la población y que se resumirían en el siguiente razonamiento: pese a la adaptación consciente sobre el tratamiento de datos es palpable el desconocimiento ciudadano sobre

física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento; g) la transferencia se realice desde un registro público que, con arreglo al Derecho de la Unión o de los Estados miembros, tenga por objeto facilitar información al público y esté abierto a la consulta del público en general o de cualquier persona que pueda acreditar un interés legítimo, pero sólo en la medida en que se cumplan, en cada caso particular, las condiciones que establece el Derecho de la Unión o de los Estados miembros para la consulta.

²¹⁵ En adelante, TCFA.

²¹⁶ Ley sobre el recuento de la población, de las profesiones, de las viviendas y de los centros de trabajo. *Vid.*, en SANCHEZ CHIARA, J. C. (1987). “La oposición contra el censo 87 en la República Federal Alemana”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 57, pp. 243-251.

²¹⁷ Traducción de DARANAS PELÁEZ, M. (1984). “Jurisprudencia constitucional extranjera. Tribunal Constitucional Alemán. Ley del Censo”, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, nº 33, p. 129.

el ámbito y los objetivos de su utilización ya que esta operación informática puede ocasionar en el ciudadano un “temor a una aprehensión incontrolada de su personalidad²¹⁸”. Concretando el espacio de interpretación de esta sentencia, únicamente se declararon inconstitucionales los apartados 1 a 3 del art. 9 de la Ley del censo. De ellos, se focaliza en el interés en los apartados primero y segundo por su correlación con la materia y fin del presente trabajo, pasando a ser objeto de examen.

En primer lugar, declaró el TCFA que “en las condiciones de elaboración moderna de datos, la protección del individuo contra la recogida, almacenamiento, utilización y difusión ilimitadas de sus datos personales queda englobada en el derecho general de protección de la persona del artículo 2ª, párrafo 1 (1), en relación con el artículo 1º, párrafo 1 (2) de la Ley Fundamental. El derecho constitucional garantiza en esta medida la facultad del individuo de determinar fundamentalmente por sí mismo la divulgación y la utilización de los datos referentes a su persona²¹⁹”.

Conviene precisar previamente que la cuestión principal giraba en torno a la protección del derecho a la personalidad consagrado en el art. 2.1 en relación con el derecho a la dignidad de la persona *ex art.* 1.1 de la Ley Fundamental Alemana. De esta aclaración se constata que en la carta magna germana no se garantizaba constitucionalmente, por aquel entonces, ni un derecho fundamental a la intimidad, ni mucho menos un derecho fundamental a la protección de datos personales. Por lo tanto, la cuestión suscitó un debate acerca de la posible lesión del derecho a la personalidad y dignidad en las personas por la actuación del estado en la recogida de datos personales para el censo.

Por un lado, el TCFA aclaró en su fundamento jurídico C-II, que este derecho ya había sido definido en otras resoluciones con anterioridad como “la facultad del individuo, derivada de la idea de autodeterminación, de decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida²²⁰”. Y por otro lado, manifestó que era necesario llevar a cabo un ejercicio de consciencia sobre la realidad actual de la época respecto a la evolución de las tecnologías en el tratamiento de datos personales. Ello conlleva a declarar la necesidad evidente de

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 127.

²²⁰ DENNINGER, E. (1987). El derecho a la autodeterminación informativa, en PEREZ LUÑO, A. E. (ed.) *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica*, Madrid, Tecnos, p. 271.

construir medidas de protección adecuadas y en equilibrio con los tiempos actuales, puesto que los antiguos registros manuales son superados por la introducción de las tecnologías en el ámbito del trabajo.

Los nuevos métodos de recogida, almacenamiento, utilización como transmisión de datos de una persona puede derivar en la elaboración de un perfil de personalidad y sobre el que el titular no tiene poder de control ni de la exactitud ni de su utilización. El tratamiento de datos personales ha estado influenciado por la evolución de las tecnologías pero no es óbice para determinar que es a partir de este momento de eclosión tecnológico cuando se adoptan medidas de control. HERRÁN ORTIZ resumió de forma elocuente esta preocupación al expresar que “dada la torpeza y lentitud del tratamiento manual de la información personal, aquél no representaba una amenaza tan patente y significativa como puede resultar el tratamiento automatizado²²¹”. Esta argumentación encuentra apoyo en las conclusiones del TCFA, que en un ejercicio de sensatez constó que las oficinas regionales (...) se habían convertido en un auténtico banco omnicompreensivo de datos sobre los habitantes y que dada la naturaleza de la tecnología, la principal consecuencia podría ser la creación de una “imagen total y pormenorizada de la persona (...), incluso de su intimidad, convirtiéndose así el ciudadano en un hombre de cristal²²²”.

Tras lo manifestado anteriormente se corrobora que el derecho a la autodeterminación informativa toma su razón de ser en la intimidad y en su ámbito estricto o reservado a la vida privada. En aras de justificar esta argumentación se pone de manifiesto la tesis de HEREDERO HIGUERAS, para quien el derecho a la intimidad descansa sobre dos conceptos: *the right to privacy* anglosajón y sobre el derecho a la información. Por consiguiente, se mostró tajante al señalar que la información personal puede ser “objeto de comercio y tráfico jurídico, lo cual da lugar a unos riesgos en cuanto a la identidad de las personas²²³”. En pocas palabras, se constata una evidencia clara, un proceso constante, progresivo y continuo en la evolución del término de intimidad adecuándose a los nuevos tiempos, en definitiva, un proceso en el que ha tenido una

²²¹ HERRÁN ORTIZ, A.I. (2002). *El derecho a la intimidad en la nueva Ley orgánica de protección de datos personales*, Madrid, Dykinson, p. 59.

²²² DARANAS PELÁEZ, M. (1984). “Jurisprudencia constitucional extranjera. Tribunal Constitucional Alemán. Ley del Censo”, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional, ob. cit.*, p. 137

²²³ HEREDERO HIGUERAS, M. (1983). “La sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana relativa a la Ley del Censo de Población de 1983”, *Documentación administrativa*, nº 198, p. 153.

implicación directa o protagonismo supremo el uso de la informática como nueva forma de agresión a este espacio reservado.

Una de las principales virtudes de esta sentencia consiste en evaluar el concepto del derecho a la personalidad en un contexto de creciente digitalización poniendo de manifiesto las evidentes vulnerabilidades o agresiones futuras sobre las personas. Este temor estaba constatado sobre la acumulación de datos de una persona a la que se pueda acceder de forma simple e ilimitada puede influir en la conducta. Por lo tanto, se deja patente que estas actitudes propician que, en un orden democrático social y jurídico, la ciudadanía pueda ver coartada el disfrute del denominado derecho a la autodeterminación informativa, y en consecuencia, restringiéndose como se adelantó, *ex art. 1.1 de la Ley Fundamental*, la dignidad de la persona en su libre autodeterminación como persona que interactúa en una sociedad libre²²⁴.

Por otro lado, que la protección de los datos personales se inserta indisolublemente en los principios fundamentales de un Estado de Derecho²²⁵, de tal modo que, se dejaría por fin atrás, la actitud de vigilancia incansable característica de regímenes totalitarios pasados, en semejanza a la realidad descrita por *George Orwell*. Todo ello toma como raíz en el incipiente temor por el desarrollo tecnológico, siendo éste la principal arma o instrumento del Gobierno Alemán para invadir el ámbito de la dignidad y la personalidad. Y que en este caso, justifica su actuación de recogida de datos en el cumplimiento de competencias estatales *ex art. 9 de la Ley del Censo*.

A este respecto y *grosso modo*, el TCFA valoró la estrecha relación que existe entre la dignidad y la personalidad. Y más importante aún, como adenda a ésta última, la autodeterminación informativa, que tras realizar una interpretación extensiva de la proyección de la personalidad permitió elevar la autodeterminación informativa a derecho fundamental y vendría a ser aquel derecho a decidir qué, cómo y cuándo son tratados en todo momento los datos personales. Y juntamente, conllevaba una obligación secundaria, la de prever procedimientos de precaución jurídico procesales por el que las personas puedan verse protegidas y amparadas.

En referencia a la segunda cuestión sobre el fondo del asunto, el TCFA sostuvo que en cuanto a “las limitaciones de este derecho a la autodeterminación informativa sólo

²²⁴ DARANAS PELÁEZ, M. (1984). Jurisprudencia constitucional extranjera. Tribunal Constitucional Alemán. Ley del Censo, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional, ob. cit.*, p. 152.

²²⁵ Art. 28 de la Ley Fundamental de Bonn.

son admisibles en el marco de un interés general superior y necesitan un fundamento legal basado en la Constitución, que debe corresponder al imperativo de claridad normativa inherente al Estado de Derecho. En su regulación debe el legislador observar, además, el principio de la proporcionalidad y tiene que adoptar asimismo precauciones de índole organizativa y de derecho procesal susceptibles de contrarrestar el peligro de vulneración del derecho a la salvaguardia de la personalidad²²⁶”.

De la lectura de esta segunda cuestión sobre el fondo se puede detallar lo siguiente. Por un lado, el TCFA señaló un detalle sumamente importante y es el carácter no absoluto de este derecho a la autodeterminación informativa. De esta manera, los individuos no tienen “soberanía absoluta e irrestringible²²⁷” sobre sus datos. Esta soberanía omnímoda que decae por el hecho de participar en una interacción propia de la comunidad social. Sin embargo, para efectuar dicha injerencia en el derecho a la personalidad consagrado en el art. 2º, párrafo primero, de la Ley Fundamental, es preciso contar con un fundamento legal. Y, en suma, que del fundamento legal se puedan deducir con suficiente claridad y de modo inteligible para el ciudadano los supuestos y el ámbito de las limitaciones. Por lo tanto, los datos recogidos que son referidos a una persona determinada como determinable al mismo tiempo, deben responder a la finalidad determinada en la Ley.

De ahí que el TFCA declarase que el art. 9 párrafo primero y segundo vulneraban el derecho a la autodeterminación informativa por varias razones. Una de ellas porque el art. 9 permitía la recolección de datos para fines distintos, a saber: para fines estadísticos y con fines de corrección de los padrones municipales. A su vez, el párrafo segundo del citado precepto permitía la transmisión lícita de datos a las autoridades federales regionales para el cumplimiento de sus competencias. Dada la ambigüedad de redacción de la norma no se percibía con claridad y transparencia inexcusable las finalidades por los ciudadanos, imposibilitándole conocer qué harán con sus respuestas en la estadística censal. Es decir, el problema no se centraba en la recopilación de datos para la estadística censal, sino que la preocupación estaba orientada en torno a la doble finalidad que ampara la ley del Censo respecto a los datos recabados, la posible cesión de estos entre administraciones, organismos y entidades para el ejercicio de sus competencias y la

²²⁶ DARANAS PELÁEZ, M. (1984). Jurisprudencia constitucional extranjera. Tribunal Constitucional Alemán. Ley del Censo, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional, ob. cit.*, p. 127.

²²⁷ *Ibidem*, p. 159.

evidente ambigüedad normativa sobre las finalidades del tratamiento de datos en esta cesión.

En consecuencia, el Estado debía prever la observación minuciosa de la proporcionalidad como requisito fundamental en un ejercicio de asedio contra derechos que afecten a la propia dignidad como al derecho a la personalidad. Por tal motivo, el TCFA concluyó que al momento de efectuar una injerencia lícita sobre el derecho consagrado en el art. 2 párrafo segundo de la Ley Fundamental era necesario encontrar justificación de la medida coactiva en una Ley. Para efectuar esta acción trajo a colación el denominado principio de proporcionalidad, que constituye un principio de indiscutible rango constitucional e innato al contenido de los derechos fundamentales.

Efectivamente, ante un derecho general del ciudadano frente al Estado, este podría adoptar medidas restrictivas de derechos constitucionales para salvaguardar sus intereses públicos. Pero, dados los riesgos, de forma reiterada una vez más, que puede causar el tratamiento automatizado de datos personales por la intromisión tecnológica en el trabajo son necesarias medidas paliativas. El TFCA apuntilló que esta tarea le correspondía al legislador, quien debía procurar por adoptar “precauciones organizativas y jurídico-procesales²²⁸”, un hecho que llanamente significa la necesidad de articular procedimientos de defensa de derechos fundamentales al que los ciudadanos pudieran acceder para reclamar posibles injerencias arbitrarias o sin fundamento legal por las autoridades públicas.

Por tales motivos y tomando en consideración los argumentos analizados anteriormente, el TCFA concluyó que el programa de recogida de datos prevenido por la Ley del Censo de 1983 no abocaba a un registro y catalogación de la personalidad compatible con la dignidad del hombre ni respondía tampoco a los imperativos de claridad normativa y de proporcionalidad.

Sin duda alguna en esta sentencia predomina como principal protagonista la configuración de un derecho a la autodeterminación informativa. Sin embargo, si se ahonda con amplitud en el contenido de la sentencia se puede comprobar como el TCFA adelantó unas primeras pinceladas a unos principios básicos en el tratamiento de datos, unos principios que actúan de apoyo en su decisión final sobre la situación de equilibrio de los preceptos de la Ley del Censo con los derechos constitucionales señalados. Se constata, por tanto, su función de antesala que marcaría un largo camino en los países

²²⁸ *Ibidem.*

Europeos respecto a la regulación del régimen de protección de datos personales, estableciendo un antes y un después en este ámbito que se encontraba en pleno desarrollo legislativo como jurisprudencial. Por consiguiente, lejos de anticipar cuestiones que serán objeto de análisis a posteriori en el presente trabajo, se concluye este apartado con lo siguiente:

En primer lugar, se ha precisado en ahondar el estudio de un nuevo concepto, el derecho a la autodeterminación informativa, derecho que ancla su virtualidad jurídica como apéndice o ramificación del derecho a la personalidad y a la dignidad de la persona *ex arts. 1 y 2 de la Ley Fundamental Alemana*. No deja de ser patente que este derecho es fruto de una evolución del derecho a la intimidad influenciada por el desarrollo tecnológico, y que dadas las posibilidades de este, se antojaba necesario articular nuevos procedimientos que prevengan posibles injerencias en este derecho fundamental.

En segundo lugar, se ha corroborado la tesis sobre los riesgos que sobrevuelan sobre el tratamiento de datos automatizados por la implementación de nuevas tecnologías. No es que sea una preocupación nueva, sino que en un contexto económico, social y cultural concreto la agrupación desmesurada de información en un banco de datos permitiría configurar un perfil social sobre una persona. De tal modo que, ante la posible permeabilidad del derecho a la autodeterminación informativa ante el interés del Estado en cumplir sus objetivos, deben adoptarse procesos organizativos preventivos. Por un lado, restringir de forma clara, precisa y concreta en un ejercicio de transparencia las finalidades que cumplen los datos personales recabados de forma que el ciudadano lo pueda comprender. Y por otra parte, determinar cauces procesales como medida preventiva al que puedan acceder los ciudadanos para reclamar la protección de sus derechos constitucionales.

Y, en tercer lugar, en cuanto a las características de este derecho fundamental atribuido a las personas de forma constitucional, conviene precisar que sería erróneo calificarlo de absoluto e intangible. De hecho, puede ser objeto de limitaciones o restricciones por la autoridad pública en cuanto pueda justificar *ex art. 9.2 de la Ley Fundamental* un cumplimiento de una ley. A tal fin, el legislador deberá de forma insoslayable observar el juicio de proporcionalidad, como principio congénito a los derechos fundamentales, de tal manera que deberá reflexionar previamente sobre la medida que va a adoptar con la finalidad de evaluar la menos invasiva y equánime, en equilibrio con los derechos fundamentales en cuestión.

2.2.El criterio del TEDH sobre la protección de datos: el derecho a la intimidad personal y familiar en el CEDH.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) comúnmente conocido como Tribunal de Estrasburgo, creado en 1959, ha desempeñado una labor encomiable como órgano institucional de protección de los derechos recogidos en el CEDH. Funciones que se han diversificado en varios momentos temporales distintos²²⁹.

En un primer periodo, la responsabilidad del control sobre el respeto de los derechos por los Estados contratantes estaba asignada a tres instituciones: la Comisión Europea de Derechos Humanos, el Comité de Ministros del Consejo de Europa y el TEDH.

En cuanto a las funciones, se le asignó a la Comisión una labor de tribunal de primera instancia en la que actuaría de filtro sobre la admisibilidad de las demandas y presentar posibilidades de resolución amistosas tanto a los Estados parte como a los particulares. Por otro lado, el Comité de Ministros, órgano político que podía dictaminar sobre el fondo de una demanda remitida por la Comisión sobre una posible violación del convenio, en procesos en los que un Estado reconociera la jurisdicción del TEDH así como en demandas presentadas por los nacionales de dichos Estados. Y por último, el TEDH como órgano apolítico al que se le asignó la tarea de dictar sentencias definitivas y con carácter vinculante exclusivamente cuando los Estados demandados reconozcan su jurisdicción, tanto en los casos que le hubieran sido remitidos por la Comisión como por los Estados parte.

En un segundo periodo, dado el aumento considerable de demandas de protección se aprobó el Protocolo Adicional de 1 de noviembre de 1998. Sobre la base de la lentitud del procedimiento demostrada en la práctica y la ineludible necesidad de reestructurar el mecanismo de control establecido por el Convenio se pretendía, de este modo, mantener y reforzar la eficacia de la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales prevista por este. En consecuencia, se articuló un periodo transitorio hasta el 31 de octubre de 1999, fecha en la que la Comisión dejaría de formar parte del procedimiento y abandona su labor instructora de los procedimientos. Y, de otro, el Comité de Ministros se limitaría a una labor de vigilancia respecto a la ejecución de sentencias dictadas por el TEDH, dando respuesta ahora sí, al derecho de los particulares

²²⁹ Vid. DIEZ DE VELASCO, M. (2013). *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª ed. Madrid, Tecnos, 703-706.

de acceder a una respuesta emitida por un tribunal independiente e imparcial, y superando, por tanto, el obstáculo de épocas pasadas de limitar su acceso únicamente a la Comisión y que su caso fuera resuelto por el Comité de Ministros²³⁰.

Con la entrada en vigor el 1 de junio de 2010 del Protocolo Adicional nº 14 que reescribiría el actual CEDH, se fraguó un tercer periodo en el que se llevó a cabo una reforma en profundidad del TEDH. Entre las competencias del TEDH, establece el art. 33 del CEDH el conocimiento de todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación tanto del CEDH como de sus Protocolos. En suma, *ex art.* 34 del CEDH podrá conocer de cualquier demanda que presente una persona física por ser víctima de una violación por parte de los Estados parte del Convenio en un derecho amparado por este. A este respecto, se ha cercado el objeto de estudio precisamente sobre uno de los derechos señalados en el documento obrante como es el art. 8 dedicado al respeto de la vida privada y familiar que pasa ser examinado.

En su labor interpretativa, el TEDH dado el carácter abierto y amplio del art. 8 del CEDH ha examinado la protección de datos desde diferentes vías. Y es que si se toma en consideración el contenido del art. 8 del CEDH la problemática sobre el respeto a la vida privada y familiar se extiende, además, tanto sobre el domicilio como al secreto de la correspondencia.

De acuerdo con lo anterior y dada la extensa hemeroteca jurídica del TEDH, el objetivo es centrar el foco de análisis sobre la interpretación de la protección de datos personales como concepto amparado en el art. 8.1 de CEDH²³¹. Así, interesa adentrarse en el tratamiento jurisprudencial del TEDH desde la perspectiva del art. 8.2 del CEDH. De este modo, cuando se pretende valorar la posible injerencia sobre este derecho reflejado en el CEDH el tribunal deberá valorar *ex art.* 8.2 CEDH si:

- a) La injerencia está prevista por ley
- b) La medida adoptada contribuye al alcance de un fin legítimo
- c) La injerencia está justificada por ser necesaria en una sociedad democrática²³²

²³⁰ CARRILLO SALCEDO, J. (2003). *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, pp. 407-410.

²³¹ *Vid.*, en profundidad RUIZ MIGUEL, C. (1994). *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas.

²³² Con la finalidad de complementar esta apreciación, tal y como reproduce el art. 8.2 del CEDH, esta actuación se corresponderá con la la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del

En este sentido, el TEDH ha ido construyendo todo un *corpus* jurisprudencial sobre la intimidad informática valorando en cada caso si las posibles injerencias en el derecho fundamental se encontraban justificadas conforme a los requisitos examinados. Por lo que, a continuación, merece la pena detenerse unos momentos y llevar a cabo un recorrido cuyo objetivo no es otro que poner de manifiesto el posicionamiento del TEDH respecto a las injerencias en la intimidad informática que encuentran justificación *ex art.* 8.2 del CEDH.

a) Cuando la injerencia en la vida privada y familiar se encuentra justificada

En primer lugar, asunto *Rotaru versus Rumanía*, sentencia de 4 de mayo de 2000²³³, en este procedimiento, el demandante presentó ante la Comisión Europea de Derechos Humanos demanda por presunta violación del art. 8 del CEDH. Esta petición fue aceptada por la Comisión Europea el 22 de febrero de 1995 y, posteriormente, el 1 de marzo de 1999, emitió un informe por unanimidad de los motivos por los que se había producido la violación del art. 8 del CEDH.

En primer lugar, el TEDH manifestó que los datos que contenía la carta en cuestión “cuando son recogidos y memorizados, de manera sistemática, en un fichero mantenido por agentes del Estado, corresponden a la vida privada, a tenor del artículo 8, párrafo 1,

país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

²³³ En cuanto a los hechos probados, el Sr. Rotaru, fue condenado previamente a una pena privativa de libertad por haber formulado opiniones bastante críticas contra el régimen comunista vigente en 1946. Posteriormente y, como consecuencia del cambio normativo operado en su país, solicita acceder a los derechos que concede el Decreto nº 118 a personas perseguidas por el régimen comunista. Iniciado este procedimiento judicial, el Ministerio del Interior a instancias de la información que recibió del Servicio Rumano de Información presenta una carta escrita por el demandante. Dicho documento, contenía entre otros datos referencias sobre la actividad política que el demandante desempeñaba en el pasado. Ante tal descubrimiento, reclama ante el Servicio Rumano de Información una reclamación la modificación o destrucción del fichero sobre sus datos personales puesto que a su juicio las informaciones eran falsas y constituían una difamación sobre su persona. Y, además, debía ser indemnizado por el perjuicio moral ocasionado así como acceder a los beneficios penitenciarios que correspondan. Pues bien, una vez que se encuentra inserto en este procedimiento de comprobación de la información que consta en los expedientes del Servicio Rumano de Información, tanto el Tribunal de Primera Instancia como el Tribunal de Apelación desestiman su petición. Ambos entes basaron su criterio en que no eran titulares competenciales para ordenar la destrucción o modificación de los informes acerca de la carta en cuestión. Pese a ello, y tras un proceso de comprobación de la información, el Servicio Rumano de Información notificó al Ministerio de Justicia que la vinculación del demandante a un movimiento político contrario al régimen era errónea. Se había comprobado, por tanto, que se le había identificado erróneamente con otra persona que tenía el mismo nombre. Ante este descubrimiento el Tribunal de Apelación revisó la sentencia del Tribunal de Primera Instancia y la anuló por el error cometido por el Servicio Rumano de Información.

del Convenio²³⁴”. En segundo lugar, no puso en duda en ningún momento que tanto la memorización, como su utilización, junto con las reiteradas negativas de acceso a la información pudieran constituir una injerencia en el respeto del art. 8 del CEDH.

El TEDH justificó su posicionamiento a raíz del análisis de la posible injerencia en los derechos que ampara el convenio bajo el estricto cumplimiento contemplada en la ley. Puntualizó en este sentido que, analizando los antecedentes de hecho del caso, el Tribunal de Apelación de Bucarest dio validez a la posesión de los datos por el Servicio Rumano de Información, lo que por sí solo podía fundamentar el argumento sobre la injerencia en base al Derecho interno del estado Rumano. Sin embargo, el TEDH matizó que si bien es cierto que la Ley 14/1992 concedía a las autoridades competentes la posibilidad de realizar injerencias en derechos de las personas a fin de contrarrestar amenazas, tales injerencias no fueron definidas escrupulosamente. Y, en suma, la normativa analizada no preveía ningún procedimiento de control sobre la recogida y posterior archivo de los datos con garantías suficientes. Ni siquiera, se regulaba un procedimiento de control que verificase la idoneidad de la medida de actuación sobre el periodo de vigencia o a posteriori.

En consecuencia, el TEDH estimó que tras haber evaluado el Derecho interno del estado rumano, no se había percibido con “suficiente claridad el ámbito y las modalidades de ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en el campo en cuestión²³⁵”. Por todo ello, se infiere en que la recogida y uso de los datos sobre la vida privada del demandante por el Servicio de Rumano de Información no fue conforme a la ley y, por consiguiente, se había vulnerado el art. 8 del CEDH.

Quiere llamarse la atención sobre el hecho que, en este procedimiento, el TEDH llevó a cabo un análisis exhaustivo sobre los requisitos que establece el art. 8.2 CEDH cuando se invoca. En concreto, dejó bastante claro que cuando se invoca la injerencia sobre un derecho que se encuentra amparada en una norma interna, esta debe estar dotada de “suficiente precisión”²³⁶. Puesto que, como se ha comprobado, la ambigüedad de la norma puede decaer en favor del demandante al no esclarecer razones suficientes motivadas para

²³⁴ Apartado segundo párrafo primero.

²³⁵ Apartado segundo párrafo noveno.

²³⁶ Apartado segundo párrafo séptimo.

llevar a cabo esta actuación como puede ser no fijar los controles que auditen estos procedimientos, entre otros.

b) El equilibrio entre el fin legítimo vs el derecho a la vida privada y familiar

En segundo lugar, asunto *Gaskin contra Reino Unido*, sentencia de 7 de julio de 1989²³⁷. El Sr. Gaskin, viendo incumplidas sus reclamaciones, acudió al TEDH demandando la violación en su derecho al respecto de su vida privada y familiar *ex art. 8* del CEDH tras las insistentes negativas de acceso a todo su expediente por el ayuntamiento de Liverpool. Por una parte, bajo criterio del Gobierno de Reino Unido la información contenida en el expediente del demandante no se correspondía con el ámbito de protección reclamado. En concreto, porque el expediente estaba compuesto por información que habían recabado diferentes entidades y cuya intervención fue necesaria durante su proceso de tutela. Y que, por lo tanto, no se infringió su deber de Estado de garantizar el respeto de los derechos contenidos en el Convenio tal como reclamaba el demandante. Por contraposición, el TEDH consideró que “es indudable que los documentos incorporados al expediente se refieren a la vida privada y familiar del señor Gaskin hasta tal punto que el problema de si puede conocerlos el interesado entra en el terreno del artículo 8²³⁸”. Efectivamente, el contenido del expediente en cuestión se encontraba integrado por informaciones de distintas corporaciones e incluía referencias que afectaban directamente a la identidad del demandante y que “proporcionaban una

²³⁷ Sobre este procedimiento, el demandante fue objeto de tutela por los servicios sociales del ayuntamiento de Liverpool hasta que alcanzó la mayoría de edad. Durante su minoría de edad fue declarado culpable de delitos tales como robo y hurto, entre otros. En un momento posterior y alcanzada la mayoría de edad, sostiene que durante el periodo de tutela fue objeto de maltrato. Para recabar la información que justificaría esta situación y que sustentaría su reclamación de daños y perjuicios, solicitó el acceso a su expediente en el ayuntamiento de Liverpool. Se le estimó el acceso parcial al expediente ya que el ayuntamiento manifestó que un acceso total es contrario al interés público. En concreto, porque el expediente contenía información diversa de distintos colectivos (médicos, profesores, policía, agentes sociales). Y permitir el acceso por terceros a estos datos podía generar un problema en el futuro por la falta de legitimidad de los intervinientes en el proceso de tutela por el acceso a sus declaraciones. Razón que justificó en base a una resolución de su Comisión de Servicios Sociales. De conformidad con esta resolución, el demandante que solicitase acceso a su expediente tendría acceso solo a las informaciones que los informantes dieran su consentimiento. Ante estas circunstancias de entorpecimiento por parte del ayuntamiento de Liverpool, el Sr. Gaskin reclamó el acceso a su expediente en un primer momento en primera instancia y, posteriormente ante el Tribunal de Apelación. Desafortunadamente en ambos procesos obtuvo un resultado desestimatorio, fundamentado bajo el criterio de ambos tribunales en la primacía en este caso del interés público frente al derecho del interesado.

²³⁸ Apartado 37

huella coherente de sus primeros años²³⁹”. No obstante lo cual, en este procedimiento el demandante no centró su queja respecto a la creación de un expediente personal y el correspondiente tratamiento de la información contenida en este, sino que su petición se orientó respecto al acceso parcial que no total de sus datos personales.

Tomando en consideración los antecedentes comentados, el TEDH debía determinar si efectivamente en este caso el Reino Unido tuvo que haber acatado expresamente el contenido del art. 8.1 del CEDH, o por el contrario si la injerencia en el derecho a la vida privada y familiar se llevó a cabo en aras de alcanzar un interés público.

El TEDH en su resolución superó la tesis del carácter reservado de los expedientes supeditado al consentimiento de los informantes conforme a la legislación del Reino Unido. En este punto, determinó que existe una compatibilidad entre el acceso a los expedientes con el interés legítimo del interesado en acceder a sus datos personales. No obstante, precisó que la reiterada negativa de los informantes a mostrar su consentimiento para que los interesados accedieran al contenido de su expediente no debía ser un obstáculo. De tal forma que “sólo estará de acuerdo con el principio de proporcionalidad si cuenta con un órgano independiente que, en el supuesto de que un informante no conteste o no dé su consentimiento, pueda tomar la resolución definitiva sobre la cuestión. Ahora bien, no sucedió así en el caso de autos²⁴⁰”.

En consecuencia, de todo ello, declaró probado que el derecho a la vida privada y familiar del demandante fue vulnerado y no se cumplieron las garantías exigidas al respecto. Como puede apreciarse, constituyó un pronunciamiento bastante relevante en aras de solventar el justo equilibrio entre intereses en liza. Por un lado, un interés público por el sostenimiento del sistema de tutela de menores. Y, por otro lado, el interés del propio demandante que reivindicó su derecho a acceder a un expediente que contenía información sobre su vida privada y familiar.

²³⁹ Apartado 39

²⁴⁰ Apartado 49

c) La injerencia en el derecho a la vida privada y familiar justificada en los objetivos de una sociedad democrática

Y en tercer lugar, respecto a este último apartado sobre las posibles vías de injerencia sobre el derecho a la vida privada y familiar se analiza el asunto *Leander contra Suecia*, sentencia de 26 de marzo de 1987²⁴¹.

El demandante presentó su demanda ante el TEDH sobre la violación del art. 8 del CEDH a raíz del procedimiento de control de personal. De hecho manifestó que la medida adoptada era totalmente desproporcionada en una sociedad democrática de derecho, y mucho menos que “se le inscribiera en el registro de la Policía, se le catalogara como peligroso para la seguridad y, por consiguiente, se le excluyera del empleo en cuestión”²⁴². Y, por último, que la actuación de control de personas a la que no resta protagonismo no puede considerarse como una actuación amparada en una ley.

El TEDH cuando principió a valorar y determinar si se habían cumplido los requisitos que establece el art. 8.2 del CEDH declaró, en primer lugar, que a efectos del art. 8 el sistema de control efectuado estaba en equilibrio con este derecho ya cumplía un fin legítimo, la seguridad nacional. Este interés o fin legítimo actuó de soporte en el discurso sobre si la medida era necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional. De este modo, el TEDH concluyó nada más comenzar que “la noción de necesidad implica una injerencia fundada en una necesidad social imperiosa, y, en particular, proporcionada al fin legítimo perseguido²⁴³”. Por lo tanto, era preciso llevar a cabo una labor de verificación sobre el imperioso interés del Estado de injerir una violación de un derecho del demandante en aras de preservar la seguridad nacional. Y una de las medidas que podía adoptar el Estado sueco para alcanzar este fin legítimo podía

²⁴¹ Respecto a las circunstancias del caso, el Sr. Leander trabajaba como técnico en un museo ubicado en una base naval en Suecia y fue despedido tras no haber superado favorablemente una encuesta sobre control de personal, encuesta que debía haber realizado previamente a su incorporación al puesto de trabajo como exigencia de la normativa de seguridad de las instalaciones donde se ubicó su puesto de trabajo. En primer lugar, es preciso señalar que durante el proceso de su contratación existieron ciertas contradicciones. Por un lado, porque conforme a la normativa de las instalaciones se exigía como requisito previo a la contratación para determinadas categorías la realización de una encuesta por motivos de seguridad. Y, por otro lado, porque la notificación de la vacante había sido notificada de forma incompleta, ya que el Director del Museo quería que el titular del puesto debía contar con libertad de acceso y circulación en la base naval. Tras ser despedido por no cumplir con los requisitos examinados, el Sr. Leander solicitó el acceso a los ficheros y registros que contenían información considerada secreta registrada respecto de su persona. El acceso a esta información fue denegado tanto por el Gobierno como por el Consejo Nacional de la Policía.

²⁴² Apartado 47 apartado cuarto. *Vid.* Sentencia Gillow de 24 de noviembre de 1986.

²⁴³ Apartado 58 párrafo primero.

consistir en la creación de un fichero que recogía y almacenaba información secreta sobre personas, con la posible reutilización de los datos por motivos de seguridad nacional en los supuestos en los que procediese la contratación.

Conectando con lo anterior, el Estado sueco apoyó su argumentación sobre la injerencia en la vida privada y familiar del demandante sobre la baza de 12 garantías que se reproducen literalmente:

- a) La Ordenanza sobre el control de personal revela la posibilidad misma de semejante control.
- b) Los puestos sensibles se clasifican en varias categorías de seguridad.
- c) Únicamente puede recogerse y comunicarse información pertinente.
- d) Toda petición de información debe referirse únicamente a la persona que se pretende nombrar.
- e) El Consejo Nacional de Policía tiene en su seno a parlamentarios.
- f) La información puede comunicarse al interesado.
- g) La decisión de nombrar o no a la persona afectada le corresponde a la autoridad solicitante y no al Consejo.
- h) Puede dar lugar a un recurso ante el Gobierno.
- i) El Ministro de Justicia ejerce el control.
- j) Lo mismo ocurre con el Canciller de Justicia.
- k) Y con el Mediador Parlamentario.
- l) Con la Comisión Parlamentaria de Justicia²⁴⁴.

Mostradas las argumentaciones del Estado sueco, el TEDH destacó a diferencia de lo que se evidenció en el caso *Rotaru*, que en este proceso sí se declaró probado la existencia de un procedimiento de control que cumplía con las garantías previstas en el art. 8.2 del CEDH. Por un lado, porque el procedimiento era bastante minucioso tanto desde la propia Ordenanza sobre control de personal que contiene “disposiciones explícitas y detalladas sobre la naturaleza de la información a comunicar”. Como por la supervisión complementaria llevada a cabo por el Canciller de Justicia, el Mediador Parlamentario y la Comisión Parlamentaria de Justicia en el Consejo Nacional de Seguridad. Así mismo, que pese a no haber sido comunicada la información militar recabada al propio demandante este hecho “no prueba, por sí mismo, que la injerencia no

²⁴⁴ Apartado 61.

era necesaria, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional²⁴⁵”. En efecto, la injerencia que sufrió el demandante en su derecho a la vida privada y familiar no podía ser calificada como desproporcionada²⁴⁶. Definitivamente se demostró de forma pormenorizada tras la evaluación de los argumentos esgrimidos que se cumplía un fin legítimo en una sociedad democrática, la seguridad nacional *ex art. 8.2 del CEDH*.

Como conclusión a este estudio, se ha intentado exponer cual ha sido el tratamiento de la protección de datos personales desde la perspectiva de protección de la vida privada y familiar *ex art. 8 del CEDH*, cuestión que no ha sido sencilla dado el tratamiento extensivo que el TEDH aplica al concepto de vida privada y familiar puesto que lejos de confeccionar o construir un concepto moderno como es la protección de datos se ha limitado a determinar su interpretación en el concepto extensivo de vida privada y familiar.

En consecuencia, se ha considerado de interés poner de relieve el carácter no absoluto de este derecho valorando las circunstancias en las que se puede justificar su injerencia, primando otros intereses *ex art. 8.2 del CEDH*. Máxime porque es justo esta labor de interpretación y de búsqueda del equilibrio entre intereses la que marcará el camino del planteamiento de este trabajo en capítulos siguientes. Así mismo, se antoja deseable puntualizar como cierre a este apartado las siguientes aclaraciones sobre el tratamiento de datos personales cuando se invoca el art. 8.2 del CEDH:

- La primera, respecto a la posible injerencia en la vida privada y familiar en base a su previsión en una ley, el caso *Rotaru* ha dejado de manifiesto que esta debe estar dotada de una prescripción precisa, detallada y concreta, ya que de no ser así la propia ley puede llevar a un equívoco por su parquedad aclaratoria. En consecuencia, no existirían razones suficientes para superar la tesis de la necesidad de la injerencia causada por la autoridad pública al derecho del demandante.
- La segunda, que para invocar un fin legítimo por una autoridad pública que restrinja el derecho a la vida privada y familiar, concretamente en el acceso a datos personales, debe solventarse con carácter previo la ponderación entre la primacía de intereses. En este sentido, se pone de manifiesto, por un lado, que el derecho a

²⁴⁵ Apartado 66 párrafo primero.

²⁴⁶ Apartado 67.

la vida privada y familiar no goza de carácter absoluto como otros derechos que recoge el CEDH. Y, por otro lado, para que prime el interés legítimo que restrinja el derecho a la vida privada y familiar es preciso señalar que los intereses en juego no puedan convivir juntamente. Es decir, satisfacer el interés alegado por la autoridad pública y el derecho a la vida privada y familiar del demandante, sin entrar en juego la interpretación restrictiva del art. 8.2 del CEDH. Esta circunstancia para que haga decaer la balanza a favor de la autoridad pública por alegar un fin legítimo que prima sobre el derecho del demandante, debe probarse este hecho, la imposibilidad de alcanzar ambos intereses.

- En tercer lugar, que efectivamente entre el caso *Leander* y el caso *Rotaru* existe una íntima conexión en cuanto a la existencia de un procedimiento garantista. De este modo, para invocar una injerencia en la vida privada familiar como objetivo de una sociedad democrática se ha constatado que la medida debe ser proporcionada por la legitimidad del fin a alcanzar. A este respecto, y dado el amplio margen con el que pudieran contar los Estados miembros para adoptar esta decisión debe contarse de un procedimiento con sustento normativo. Es decir, que pueda alejar la duda sobre la arbitrariedad de la medida adoptada por los Estados que pretenden priorizar sus intereses frente a los derechos de sus ciudadanos y que encuentran amparo en el CEDH.

2.3.La interpretación de la Carta de Derechos Fundamentales por el TJUE.

El proceso de construcción de los derechos fundamentales por el TJUE ha sido bastante relevante a lo largo de los años de vida de lo que, hoy por hoy es la UE. Si bien es cierto, en un primer momento fue una tarea ardua y complicada incorporar los derechos fundamentales al ordenamiento jurídico comunitario²⁴⁷, dado el carácter estrictamente económico de los tratados constitutivos de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) firmado en París en 1951, continuado en la Comunidad Económica Europea (CEE) así como en la Comunidad Europea de Energía Atómica (CEEa), firmados en roma el 25 de marzo de 1957²⁴⁸.

²⁴⁷ GÓMEZ ÁLVAREZ, F.J. (2017). “La protección de los datos de carácter personal relativos a la salud en la jurisprudencia del tribunal de justicia de la unión europea”, *Revista Derecho y Salud*, vol. 27, p.239.

²⁴⁸ MANGAS MARTÍN, A. El compromiso con los derechos fundamentales, en MANGAS MARTÍN, A. GONZÁLEZ ALONSO, L.N. (2008). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, p. 31 y ss.

Esta tarea ha sido llevada a cabo por un órgano europeo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE). Esta institución se creó por la CECA y fue denominado previamente como Tribunal de Primera Instancia y a la que se le atribuyen competencias de interpretación y aplicación de la normativa de la Unión en el art. 177 de este Tratado. Y entre ellas, le correspondía la resolución del envío de cuestiones prejudiciales planteadas por los Estados miembros²⁴⁹, instrumento jurídico por el cual se puede establecer por parte del TJUE la aplicabilidad uniforme del derecho de la Unión por los Estados miembros ante las distintas legislaciones internas con sus respectivas particularidades.

Los jueces ordinarios de los Estados miembros a través de este mecanismo de descentralización judicial podían solicitar al TJUE una respuesta sobre diferentes materias, entre las que destacan principalmente los derechos fundamentales. El propio TJUE tuvo ocasión de manifestar la envergadura de este proceso en la sentencia de 1 de diciembre de 1965, c-16-65, asunto *Schwarze*, donde declaró que “el órgano jurisdiccional y el Tribunal de Justicia deben cooperar directa y recíprocamente, dentro del ámbito de sus propias competencias, a la elaboración de una resolución con el fin de garantizar la aplicación uniforme del Derecho comunitario en todos los Estados miembros; que decidir en otro sentido equivaldría a permitir que los propios órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre la validez de los actos comunitarios”. Baste por tanto, declarar que, era a través de este procedimiento por el que, principalmente los Estados miembros reclamaban una respuesta directa del TJUE a la situación de incertidumbre sobre el espacio de protección de los derechos fundamentales.

Ante las dificultades señaladas sobre el carácter estrictamente económico e industrial de los inicios de la UE, el TJUE se vio inmerso en un periodo en el que no disponía de un sustento jurídico garantista que le permitiera amparar la protección de los derechos fundamentales. En este sentido, los primeros procedimientos estaban centrados en la posibilidad planteada por los Estados miembros de utilizar sus normas constitucionales para efectuar el proceso de validación de la norma comunitaria²⁵⁰. En

²⁴⁹ A este respecto se publicó en el DOUE el 8 de noviembre de 2019 una serie de “Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales”. Documento en el que se establecen las disposiciones aplicables a todas las peticiones prejudiciales. Recuperado de https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_2019_380_R_0001

²⁵⁰ GÓMEZ ÁLVAREZ, F.J. (2017). La protección de los datos de carácter personal relativos a la salud en la jurisprudencia del tribunal de justicia de la unión europea, *ob. cit.*, p. 241.

esta etapa el TJUE se planteó si de la interpretación de los Tratados se podía vislumbrar alguna solución ya que no contaba por aquel entonces con otros instrumentos jurídicos. Una actuación de retorcimiento y estrujamiento de la norma que se antojaba necesaria por la importancia del papel de los derechos fundamentales en la Unión.

No sería hasta más tarde, en 1992 con el Tratado de Maastricht, cuando se observara la preocupación generada por la incertidumbre de protección de los derechos fundamentales²⁵¹. Aunque, puede constatarse que fue una declaración débil pero indeleble porque constituyó un momento crucial para conseguir colmar este vacío jurídico. Así, se recogió en el art. 6 que “la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario”.

Esta interpretación intentó superar el escollo jurídico por la garantía de adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos firmado en 1950 en Roma y que entraría en vigor el 3 de septiembre de 1953 pero no se completó hasta el 7 de diciembre de 2000, cuando se firmó la Carta de Derechos Fundamentales en la Unión Europea en Niza. Esta Carta constituye un compromiso político con el respeto a los derechos humanos, pero que, pese a las expectativas creadas no tendría validez jurídica de inmediato. Así como se ha constatado en el apartado 1.6 del Capítulo II, el proceso de constitucionalización de los derechos fundamentales²⁵² no tendría lugar hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, lo que conllevó que el TJUE no tuviera a su disposición un instrumento jurídico con el que dar el protagonismo a los derechos fundamentales de los ciudadanos de la UE.

En la evolución de la interpretación de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario se pueden evidenciar varias etapas temporales: la primera, caracterizada por una total desprotección de los derechos fundamentales; la segunda en la que considero como posibilidad la protección de los derechos fundamentales conforme a los principios generales del derecho; la tercera en la que se hizo mención a los principios

²⁵¹ MANGAS MARTÍN, A. LIÑÁN NOGUERAS, D.J. (2012). *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 7ª Edición, Madrid, Tecnos, p. 119.

²⁵² MANGAS MARTÍN, A. “El compromiso con los derechos fundamentales”, p. 54, en MANGAS MARTÍN, A. (coord.) GONZÁLEZ ALONSO, L.N. (coord.). (2008). *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA.

constitucionales en referencia a los Estados miembros; la cuarta por la instrumentalización del CEDH; y la quinta que se caracteriza tras la positivación y validez plena de la CDFUE. Estos pasos han constituido, en definitiva, un proceso con el que la Unión pretendía exigir a los Estados que quisieran adherirse al espacio jurídico europeo un compromiso claro con los derechos fundamentales²⁵³, y en el que el TJUE ha contribuido con una labor jurisprudencial encomiable, eficaz y aquilatada²⁵⁴ que se analiza a continuación.

a) El TJUE garante de los principios generales del derecho comunitario.

En primera etapa jurisprudencial el TJUE no reconoce otros derechos que los que se integran en los Tratados. Este razonamiento encontraba justificación en que entre sus labores no se encontraba garantizar el respeto sobre los derechos fundamentales integrados en las normas internas de cada estado miembro. Una de las primeras sentencias en las que se evaluó este hecho es la Sentencia de 4 de febrero de 1959, asunto C-1/58 *Friedrich Stork & C.*

El recurrente alegó que la Decisión de la Alta Autoridad de 27 de noviembre de 1957 (en estos momentos CECA), no respetaba concretamente los arts. 2 y 12 de la Constitución Alemana, cuyo ámbito de protección es el libre desarrollo de la personalidad y a ejercer la profesión sin trabas. Sin embargo, el TJUE desestimó el recurso porque consideraba que era incompetente para pronunciarse sobre normas de derecho interno. Y respondió a esta cuestión en su apartado cuarto de la siguiente forma “considerando, en efecto que, de conformidad con el artículo 8 del Tratado, la Alta Autoridad únicamente ha de aplicar el Derecho comunitario, que carece de competencia para aplicar el Derecho interno de los Estados miembros; que, de igual manera, y a tenor de lo previsto en el artículo 31 del Tratado, este Tribunal debe garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del Tratado y de los Reglamentos de ejecución; que, por regla general no debe pronunciarse sobre las normas nacionales, que, por consiguiente, no puede entrar en el examen del motivo basado en que, el adoptar su Decisión, la Alta Autoridad ha vulnerado ciertos principios de Derecho constitucional alemán (en concreto, los artículos 2 y 12 de la Ley Fundamental).”

²⁵³ MANGAS MARTÍN, A. LIÑÁN NOGUERAS, D.J. (2012). *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, ob. cit., p.120.

²⁵⁴ CARMONA CONTRERAS, A (2016) El espacio europeo de los derechos fundamentales: de la Carta a las constituciones nacionales, ob., cit., p. 15.

Bajo el axioma de la supremacía del Derecho comunitario respecto de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, el TJUE coartó el ámbito de protección de los derechos fundamentales en el espacio europeo. No obstante, estos derechos fundamentales ya estaban reconocidos a nivel nacional pero, sin embargo, el TJUE desestimó ampliar a un ámbito superior y de mayor alcance²⁵⁵. En consecuencia, en estos momentos, como indicó MARCOUX, se materializó un evidente vacío total en el campo de los derechos fundamentales acrecentando su problemática²⁵⁶.

En un giro de los acontecimientos, el TJUE en la búsqueda de una pauta jurídica que habilitara aplicar los derechos fundamentales en el ámbito de la CEEA sin el obstáculo de acudir previamente a la normativa interna de los Estados miembros, encontró una respuesta. En este caso, se planteó por un juzgado alemán una cuestión prejudicial sobre la interpretación del art. 4 de la Decisión 69/71/CEE de la Comisión, de 12 de febrero de 1969. Esta normativa tenía como finalidad comercializar el excedente de mantequilla en el mercado común a un precio inferior para un colectivo social concreto. El objetivo de la cuestión prejudicial era considerar la compatibilidad entre la autorización a los Estados miembros a determinar un precio reducido de la mantequilla a colectivos sociales con la facilitación a los vendedores de los nombres de los beneficiarios.

Se trata, por tanto, de una respuesta puramente práctica por la que el TJUE dio respuesta en base a los apartados sexto y séptimo “que de ello se infiere que la disposición impugnada debe interpretarse en el sentido de que no impone aunque tampoco prohíbe la identificación nominal de los beneficiario; que por ello la Comisión pudo publicar el 29 de julio de 1969, una Decisión rectificadora en este sentido; que, por lo tanto cada uno de los Estados miembros puede elegir diversos métodos de individualización; que, interpretada de este modo, la disposición controvertida no ha revelado ningún elemento que permita cuestionar los derechos fundamentales de las personas subyacentes en los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia”. De tal forma que declaró en su fallo que la norma en cuestión “debe aplicarse en el sentido de que sólo impone la individualización de los beneficiarios de las medidas

²⁵⁵ ARZOZ SANTISTEBAN, X. (2005). “La relevancia del derecho de la Unión Europea para la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 74, p. 74.

²⁵⁶ MARCOUX, L. (1983). "Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté Economique Européenne", *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 35, nº, 4 p. 708.

en la misma, pero sin imponer o prohibir su identificación nominativa a efectos de control”. Aclarando, en definitiva, que la cuestión prejudicial planteada por el juzgado alemán no generaba ninguna duda acerca de la validez de la norma en cuestión, motivo por el que reconoció la legalidad del sistema de gestión de los bonos con carácter social.

Se materializó, por tanto, una aplicación extensiva del art. 164 del Tratado de Roma que establece que “el Tribunal de Justicia garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado”. Dicho lo anterior, el Tribunal al fundamentar su sentencia marcaría el comienzo de una nueva doctrina al respecto, sobre la base de que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho, principios que están integrados en el ordenamiento jurídico comunitario y el TJUE como garante del respeto de estos principios en su labor interpretativa, también debía garantizar la deferencia de los derechos fundamentales²⁵⁷.

Continuado con este estudio pero desde el punto de vista de la efectividad plena de los derechos fundamentales en el seno de la Unión y su relación con sus garantías nacionales, la sentencia de 17 de diciembre de 1970, asunto 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft MBH*²⁵⁸.

En este caso al igual que en los anteriores, los Estados miembros solicitaron ante el TJUE la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la CECA puesto que en su territorio ya contaba con amparo constitucional. Por un lado, el TJUE analizó la cuestión prejudicial desde el punto de vista de la conexión entre el derecho comunitario y el derecho de los Estados miembros. Así, el órgano judicial alemán estimó que “el régimen de garantías es contrario a determinados principios estructurales del Derecho constitucional nacional, que deberían ser tutelados en el marco del Derecho comunitario, de manera que la primacía del Derecho supranacional debiera ceder ante los principios de la Ley Fundamental alemana”. A este respecto, el TJUE volvió a recordar la

²⁵⁷ AGUDO ZAMORA, M. (2007). La evolución histórica de la protección de los derechos en las comunidades europeas: desde el tratado de roma hasta el Tratado de Maastricht, (en línea), Departamento de Derecho Constitucional - Universidad de Córdoba, p.12, disponible en <http://www.uco.es/investiga/grupos/SEJ372/recursos/constitucion-economica/documents/LAEVOLUCIONHISTORICADELAPROTECCIONDELOSDERECHOSENLASCOMUNIDADESEUROPEAS.pdf>.

²⁵⁸ En este procedimiento el juzgado alemán elevó una cuestión prejudicial al TJUE por la que solicitó respuesta sobre dos dudas razonables respecto a la validez del régimen de certificados de exportación y del régimen de garantías que compañía a estos en su normativa de referencia. Concretamente, respecto al Reglamento n° 120/67/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1967, sobre organización común de mercados en el sector de los cereales, y por el Reglamento n° 473/67/CEE de la Comisión, de 21 de agosto de 1967, relativo a los certificados de importación y de exportación (DO 1967, 204, p. 16).

supremacía de las normas de derecho comunitario respecto a las normas de los Estados miembros, de tal forma que “la alegación de violaciones de los derechos fundamentales, tal como están formulados por la Constitución de un Estado miembro, o de los principios de una estructura constitucional nacional no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado.” Y por otro lado, volviendo a la génesis del asunto, “que, en efecto, la observancia de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto garantiza este Tribunal de Justicia”. Así mismo hizo hincapié sobre “que la salvaguardia de dichos derechos, aunque se inspire en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad”. La principal conclusión de este asunto es que el derecho constitucional comparado actuaría como fuente de inspiración para la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario²⁵⁹.

En definitiva, de acuerdo con las sentencias examinadas anteriormente, el TJUE encontró en los principios generales del Derecho comunitario una solución eficaz de protección de los derechos fundamentales. Máxime si se toma en consideración que en estos momentos los Tratados Constitutivos de la Unión no existían referencias de peso a estos derechos. De esta manera, se confirma la opinión de BOBBIO para quien “un ordenamiento es completo cuando el juez puede encontrar en él una norma para regular cada caso que se le presente, o mejor, no hay caso que no pueda ser regulado con una norma del sistema²⁶⁰”.

Por tanto, el TJUE apoyó de nuevo su interpretación de los principios generales del Derecho comunitario tanto en los preceptos de las constituciones de los Estados miembros como del Convenio Europeo de Derechos Humanos. A este respecto y siguiendo a FUSS, se ha llevado a cabo por el TJUE una interpretación basada en el “método comparativo-axiológico”, modelo que determina las reglas máximas de protección de los derechos fundamentales²⁶¹. Y por otra parte, COPPEL y ONEILL mucho más críticos a este respecto, muestran su preocupación por la utilización del TJUE

²⁵⁹ AGUDO ZAMORA, M. (2007). La evolución histórica de la protección de los derechos en las comunidades europeas: desde el tratado de roma hasta el Tratado de Maastricht, *ob. cit.*, p.16.

²⁶⁰ BOBBIO, N. (1991). *Teoría general del derecho*, Madrid, Editorial Debate, p. 164.

²⁶¹ Citado por Agudo Zamora en AGUDO ZAMORA, M. (2007). La evolución histórica de la protección de los derechos en las comunidades europeas: desde el tratado de roma hasta el Tratado de Maastricht, *ob. cit.*, p. 19.

del término de derechos fundamental. Para ambos, el TJUE optaba por emplear la instrumentalización del concepto de derechos fundamentales desvirtuando o devaluando su impacto como pilar de construcción del derecho comunitario²⁶².

En un momento posterior, se suscitó un planteamiento de la cuestión sobre el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, pero ya desde su incorporación a la normativa comunitaria. Buen ejemplo de ello es la sentencia de 6 de marzo de 2001, asunto C-274/99 *Connolly versus Comisión* versa sobre la reclamación de un funcionario comunitario que pretende impugnar una sanción disciplinaria interpuesta por el consejo de disciplina²⁶³.

El TJUE estimó que el Sr. Connolly había perjudicado gravemente tanto los intereses de las Comunidades como la imagen y reputación de la institución. Por otro lado, el TJUE volvió a poner de relieve que “los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Al efecto, el Tribunal de Justicia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido”. Estos principios del derecho comunitario que fueron tomados en consideración serían posteriormente incorporados en el art. 6 del Tratado de la UE (Maastricht 1992), donde se incluyó que “la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”. En consecuencia, los derechos fundamentales fueron incorporados a las disposiciones jurídicas de los Tratados de la UE gozando de un régimen de protección diferente, mucho más amplio y menos complejo que en épocas anteriores.

²⁶² COPPEL, J., Y O'NEILL, A. (1992). “The European Court of Justice: taking rights seriously?”, *Common Market Law Review*, n° 29, p. 692.

²⁶³ El Sr. Connolly, funcionario de la Comisión, fue sancionado por haber publicado un libro en el que vertía serias opiniones sobre la política monetaria de la Unión. Publicación que posteriormente vería la luz de varios extractos en el periódico *The Times* y, en suma, fue entrevistado acerca de esta publicación cuestionada. Libro que elaboró sin la correspondiente autorización previa que establece su estatuto de personal funcionario y además vertía sus propias opiniones sobre la línea seguida por la Comisión en materia económica y monetaria. Por otro lado, el demandante también hizo alusión a que el régimen de censura previsto en el estatuto del personal funcionario era contrario a la interpretación del TEDH sobre el art. 10 del CEDH.

Concluyendo el análisis de la labor interpretativa del TJUE y compartiendo la opinión de DE MIGUEL SÁNCHEZ, “el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha desarrollado una labor creativa en el ámbito de los derechos fundamentales; ha tenido que inventar estos derechos y lo ha hecho recurriendo a la técnica de los principios generales, de forma que los derechos fundamentales que se reconocen son los derivados de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y de los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos del hombre a los que los Estados se han adherido; teniendo esta técnica la virtualidad de no constituir una ampliación indirecta de las competencias de la Comunidad frente a los Estados²⁶⁴.”

b) El derecho al respeto a la vida privada en la jurisprudencia del TJUE

Tomando en consideración las aclaraciones efectuadas al inicio de este epígrafe en cuanto a los distintos momentos temporales en la jurisprudencia del TJUE, se procede al estudio de la doctrina del alto tribunal comunitario respecto al reconocimiento del derecho a la protección de datos como derecho fundamental²⁶⁵.

Comenzando por la sentencia de 20 de mayo de 2003, c-465/00, caso *Österreichischer Rundfunk* y otros, una cuestión prejudicial por la que se planteó un litigio sobre la interpretación de la Directiva 95/46/CE²⁶⁶.

La Directiva 95/46/CE surgió para cumplir el mandato establecido en el art. 100 A CE, a fin de alcanzar, entre otras, “la libre circulación de los datos personales mediante la armonización de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de estos datos²⁶⁷.” Y, dado que “los sistemas de tratamiento de datos están al servicio del hombre, que deben, cualquiera que sea la nacionalidad o la residencia de las

²⁶⁴ DE MIGUEL SÁNCHEZ, N. (2006). “El derecho a la protección de datos personales en el tratado por el que se instituye una constitución para Europa”, *Revista de administración pública*, nº 169. p. 305.

²⁶⁵ Vid. DE MIGUEL ASENSIO, A. (2004). “La protección de datos personales a la luz de la reciente jurisprudencia del TJCE”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 7, pp. 397-417.

²⁶⁶ En la versión de los hechos probados, la problemática se suscitó entre la Sra. Neukomm y el Sr. Lauermann (empleados) y el organismo público de radiodifusión de Austria, respecto a la obligación de este último de comunicar al Tribunal de Cuentas las retribuciones como el nombre de sus beneficiarios de acuerdo con las disposiciones de la Ley federal constitucional austriaca sobre la limitación de la retribución de funcionarios públicos.

²⁶⁷ Apartado 7

personas físicas, respetar las libertades y derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, la intimidad”.

En este procedimiento, el TJUE se acogió a la doctrina asentada por el TEDH sobre el principio de no injerencia de las autoridades sobre el ejercicio del derecho a la vida privada. Así, se detuvo a justificar el ámbito de protección de este derecho respecto a los datos nominales de los ingresos profesionales recabados. Por tanto, y de acuerdo con la doctrina del TEDH el término “vida privada no debía interpretarse restrictivamente y que ninguna razón de principio permite excluir las actividades profesionales del concepto de vida privada²⁶⁸”. Por tales motivos, la doctrina del TEDH reconoce el amplio campo de protección de la vida privada, en el que también se encuentra incluido el ámbito de las relaciones profesionales.

En segundo lugar, y en un momento posterior en el que la CDFUE goza de peso jurídico, la sentencia de 8 de abril de 2014, c-293/12 y 594/12, caso *Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros*²⁶⁹.

Respecto a la resolución de esta cuestión prejudicial, es preciso señalar previamente que los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público tenían la obligación de conservar los datos enumerados en el art. 5 en cumplimiento del art. 3 de la Directiva. Este hecho suscitó una posible vulneración de la vida privada y a la protección de datos personales *ex* art. 7 y 8 de la CDFUE. De tal forma que, la utilización de estos datos por las autoridades nacionales permitía obtener información concluyente sobre la vida privada de las personas. Entre otras, “los hábitos de la vida cotidiana, los lugares de residencia permanentes o temporales, los desplazamientos diarios u otros, las actividades realizadas, sus relaciones sociales y los medios sociales que frecuentan²⁷⁰.” En cuanto a los argumentos que utilizó el TJUE se señala lo siguiente. En primer lugar, que el acceso de las autoridades nacionales competentes a los datos que fueron

²⁶⁸ Sentencia 27798/95 – *Caso Amann contra Suiza*, de 16 de febrero de 2000.

²⁶⁹ En este caso se plantearon conjuntamente por el Tribunal Superior de Irlanda y el Tribunal Constitucional de Austria varias cuestiones prejudiciales sobre la validez de la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones. Respecto a los hechos, se ponía en duda la legalidad de las medidas legislativas y administrativas concernientes a la conservación de datos sobre comunicaciones electrónicas. Ante las circunstancias señaladas, solicitaron al TJUE si a la luz de los arts. 3, 4 y 6 de la Directiva son conformes al art. 5.4 TUE así como los arts. 7, 8 y 11 de la CDFUE.

²⁷⁰ Apartado 27

conservados por los prestadores de servicios en cumplimiento de una obligación impuesta en la Directiva afectó “de manera directa y específica a la vida privada, y por tanto, a los derechos que garantiza el art. 7 de la CDFUE”²⁷¹. Asimismo, la actividad de conservación de datos constituyó un tratamiento de datos de carácter personal que, por consiguiente, debía observar los parámetros marcados por el art. 8 de la CDFUE²⁷².

Por lo cual, esta situación generó una incertidumbre sobre la validez jurídica de la Directiva 2006/24/CE por no encontrarse en sintonía con las garantías que establece la CDFUE respecto a los derechos fundamentales en cuestión. A este respecto, el TJUE apoyó su interpretación sobre la injerencia en estos derechos sobre la irrelevancia de que la información “de que se trate tenga o no carácter sensible o que los interesados hayan sufrido o no inconvenientes en razón de tal injerencia”²⁷³. De tal manera que, poniendo de relieve el sentido literal de los arts. 3, 5 y 6 de la Directiva respecto al tratamiento y conservación de datos relativos a la vida privada de una persona con sus respectivas comunicaciones, se puede afirmar que “constituye en sí misma una injerencia en los derechos garantizados por el artículo 7 de la Carta”²⁷⁴.

En definitiva, el TJUE llegó a la conclusión de que la Directiva constituía “una injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal garantizado por el artículo 8 de la Carta puesto que establece un tratamiento de datos de carácter personal”²⁷⁵. Recalcó, seguidamente y apoyado en el análisis llevado por el Abogado General en sus conclusiones, que la propia conservación y reutilización de los datos generaba en las personas afectadas un sentimiento de vigilancia constante de su vida privada²⁷⁶. Razón por la cual, se invalidó la Directiva al no adecuarse a los principios

²⁷¹ Apartado 29

²⁷² *Ídem*

²⁷³ Apartado 33

²⁷⁴ Apartado 34

²⁷⁵ Apartado 36

²⁷⁶ Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón, presentadas el 12 de diciembre de 2013, asunto C-293/12, Digital Rights Ireland Ltd. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012CC0293&from=ES> (consulta: junio de 2021).

de la CDFUE²⁷⁷, lo que significó un hecho de gran repercusión en el ordenamiento jurídico comunitario. Un procedimiento en el que se puede constatar, por un lado, la consagración de la validez de la CDFUE y su aplicación en amplitud por el TJUE; y por otro lado, la construcción de una doctrina jurisprudencial sobre la interpretación del derecho fundamental a la vida privada en su conexión con el derecho a la protección de datos personales.

c) Las restricciones de los derechos fundamentales en el derecho comunitario

Avanzando en este proceso de examen jurisprudencial llega el momento de abordar un aspecto trascendental. Los derechos fundamentales que han ido abordándose en los epígrafes anteriores cuentan con un régimen de protección reforzada tanto en la CDFUE como en el CEDH. Aunque, no se debe obviar ni mucho menos su carácter absoluto e intocable, cuestión que centrará el objeto de este apartado. De esta aclaración se constata que en la interpretación de los derechos fundamentales pueden surgir situaciones en la que es precisa una interpretación de los intereses en juego, una situación en la que, los derechos y libertades de las personas primen respecto a otros derechos y libertades de los demás. Así se ha plasmado en la CDFUE en su art. 52 respecto al alcance de los derechos garantizados dispone lo siguiente:

“1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

2. Los derechos reconocidos por la presente Carta que tienen su fundamento en los Tratados comunitarios o en el Tratado de la Unión Europea se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos.”

Por lo tanto, partiendo de este razonamiento, a continuación pretende exponerse la interpretación de la CDFUE por el TJUE en cuanto a la posible limitación de derechos

²⁷⁷ Comunicado de Prensa n° 79/16 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, publicado el 19 de julio de 2016. Disponible en <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-07/cp160079es.pdf> (consulta: junio de 2021).

y libertades porque ceden su primacía respecto a otros, razón por la cual será necesario además la estricta observancia de un principio fundamental en este proceso, el principio de proporcionalidad como límite infranqueable.

Conviene dejar patente que no se trata de realzar el protagonismo de unas sentencias sobre otras puesto que sería un error ya que en cierto modo el TJUE lleva a cabo una labor interpretativa fundamental. Y, además, se estaría devaluando su posición como institución europea que garantiza la aplicación homogénea de la normativa comunitaria en los estados miembros. Pero, sin lugar a duda respecto a la protección de datos personales destaca como pionera la sentencia de 6 de noviembre de 2003, asunto C-101/01 *Lindqvist*²⁷⁸.

El tribunal en estos momentos con la entrada en vigor de la Directiva 95/46/CE abandonó la rigidez interpretativa de los derechos fundamentales ya que el derecho fundamental se encuentra reconocido en una norma europea. Y así lo declaró en su sentencia disponiendo que la Directiva 95/46/CE tenía por objeto, “conforme a su artículo 1, apartado 1, garantizar la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales.” Pero, se pretende destacar que en este caso sobresale uno de los aspectos más problemáticos en la interpretación de derechos fundamentales, la ponderación en busca del equilibrio entre derechos.

El denominado choque entre derechos se produce entre el derecho a la protección de datos personales y el derecho a la libertad de expresión. El TJUE a su juicio, expuso que “debe recordarse que la protección de los datos de carácter personal, que resulta de la obligación expresa establecida en el artículo 8, apartado 1, de la Carta, tiene una importancia especial para el derecho al respeto de la vida privada consagrado en el artículo 7 de ésta”. A este respecto y sobre la posible injerencia manifestada sobre ambos derechos reconocidos en la CDFUE, el TJUE señaló que era necesario aplicar el criterio de proporcionalidad que recoge la Carta en su art. 52.1, de tal modo que para aplicar cualquier tipo de limitación sobre derechos y libertades reconocidos en la CDFUE es indispensable respetar el principio de proporcionalidad. Estas restricciones estarían

²⁷⁸ En este proceso el juzgado sueco planteó siete cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de la Directiva 95/46/CE. Los hechos que suscitaron este procedimiento se corresponden con la actuación de la Sra. Lindqvist, quien publicó en su sitio web varios datos de carácter personal sobre personas que como ella misma colaboraban en una parroquia. Hechos que pudieron ser constitutivos de haber infringido preceptos de la normativa de protección de datos sueca.

legitimadas siempre que se justifique su adopción en aras de alcanzar “objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás²⁷⁹”. Y esta labor de interpretación sobre la proporcionalidad en la ponderación de las circunstancias que justifiquen la adopción de medidas restrictiva de derechos fundamentales le correspondería acometerla a las autoridades nacionales²⁸⁰.

En segundo lugar, continuando este interesante procedimiento de revisión jurisprudencial sobre la limitación de un derecho fundamental tal controvertido como es la protección de datos personales, se examina la sentencia de 5 de octubre de 1994, asunto C-404/92, *caso X*²⁸¹.

El recurrente entre otras cuestiones consideró que se había vulnerado el art. 8 del CEDH, básicamente porque había sido sometido a un reconocimiento médico en el que se realizaron pruebas médicas para las que se había negado a otorgar su consentimiento. De lo que resulta pues que fue sometido a una intervención en contra de su voluntad a “una prueba indirecta²⁸²”. En consecuencia, la cuestión a dirimir sería hacia qué lado se inclinó el TJUE, si a favor del derecho a la vida privada del recurrente o a favor del interés legítimo de la Comisión.

Con motivo de encontrar una luz en cuanto al proceso de equilibrio de derechos e intereses, el TJUE aclaró que el alcance del art. 8 del CEDH en el que se prevé el derecho

²⁷⁹ Apartado 38.

²⁸⁰ RALLO LOMBARTE, A. (2017). “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como juez garante de la privacidad en internet”, *Revista de Teoría y Realidad Constitucional*, n° 39, p.587.

²⁸¹ Este asunto, tanto en lo que se refiere a los hechos como las circunstancias del caso, está dotado de un fuerte contenido de privacidad. Respecto a los hechos probados, el demandante había prestado servicios en distintos periodos temporales en la Comisión. Como previsión a una posible contratación futura de duración 6 meses, la Dirección de Personal y Administración le solicita que se someta a un examen médico en cumplimiento de la normativa de contratación. En un primer momento se le comunicó que se le iba a realizar un examen clínico complementado por pruebas biológicas. Pruebas entre las que se encontraba la prueba de detección de anticuerpos VIH, a las que el demandante se negó. Mientras que, en un momento posterior y tras obtener los resultados, se le comunicó al interesado que no era posible la emisión de un dictamen favorable sobre las pruebas practicadas. Y, aun más, el médico asesor le exigió la comunicación de los datos de su médico de cabecera para comentar las anomalías detectadas. Como consecuencia directa, se le notificó al candidato que no contaba con la aptitud física necesaria para el ejercicio de las funciones, en este caso, de mecanógrafo. El médico de cabecera al recibir los resultados de su paciente detectó un severo error, el médico asesor concluyó por error que sufría “una infección oportunista vinculada a la fase terminal del SIDA”. A raíz de este revuelo profesional, el médico de cabecera denunció la falta de ética profesional al haberse realizado una prueba sin consentimiento del paciente. En el inicio de este transcurso procesal, el demandante presentó ante la Dirección General de Personal una reclamación contra la decisión por la que se desestimó su participación en el proceso de selección como el dictamen del médico asesor. Desestimadas sus pretensiones, continuó su periplo judicial ante el Tribunal de Justicia, obteniendo la desestimación de sus pretensiones por el Tribunal de Primera Instancia.

²⁸² Apartado 12.

al respeto a la vida privada “tiene su origen en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros”, y que a su vez, “constituye uno de los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico”.

El TJUE llegó a la conclusión de que el Tribunal de Primera Instancia no interpretó la negativa del interesado “en toda su extensión²⁸³”, ya que, “aunque el reconocimiento previo a la contratación sirve a un interés legítimo de las Instituciones comunitarias, que deben hallarse en condiciones de realizar su misión, dicho interés no justifica que se proceda a una prueba contra la voluntad del interesado²⁸⁴”. Elevando, en resumen, el derecho a la vida privada respecto al interés legítimo de la Comisión al no haber adoptado previa y correctamente el estudio sobre la proporcionalidad de la medida adoptada.

En definitiva, en este procedimiento jugó un papel importante el consentimiento del recurrente, inobservado en su totalidad al pasar prácticamente desapercibido por el profesional médico actuante en este relato. Como resultado, el TJUE anuló la sentencia del Tribunal de Primera Instancia y así mismo la decisión de la Comisión por la que se denegó la contratación del recurrente.

Por último, sobre el alcance como en la aplicación del derecho a la protección de datos personales se encuentra la sentencia de 9 de noviembre de 2010, asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09, caso *Volker und Markus Schecke y Eifert*²⁸⁵.

Sobre el fondo del asunto, el TJUE comenzó recordando como punto de partida el art. 6.1 TUE en concurrencia con los arts. 7 y 8 de la CDFUE, en referencia a que el derecho a la vida privada conlleva el reconocimiento a toda persona a la protección de sus datos de carácter personal. En suma, el apartado 8.2 de la Carta establece que la actividad de tratamiento deberá observar un criterio leal, un fin concreto o específico y estrictamente sobre la base del consentimiento salvo que exista otro fin legítimo salvaguardado legislativamente. Sin embargo subrayó el TJUE que el derecho a la

²⁸³ Apartado 23

²⁸⁴ Apartado 20

²⁸⁵ El litigio en cuestión surgió a raíz de la obligación impuesta por los Reglamentos nº 1290/2005 y 259/2008 en cuanto a publicar los nombres de los beneficiarios de ayudas del FEAGA y del FEADER. A este respecto, los demandantes manifestaron por un lado que no existía un interés público que justificase la publicación de tales importes. Y por otro lado, mucho menos, en base a la normativa del Fondo Social Europeo, la designación nominal de los beneficiarios. El órgano jurisdiccional alemán que planteó la cuestión prejudicial consideró que la previsión normativa de los reglamentos no constituía una medida proporcional respecto al objetivo perseguido.

protección de datos “no constituye una prerrogativa absoluta sino que debe ser considerado en relación con su función en la sociedad²⁸⁶”. Asimismo, precisó en cuanto a la interpretación de los arts., 7 y 8 de la CDFUE que en relación con el art. 52, tales derechos pueden ser limitados en cuanto a su ejercicio. Del tenor literal del precepto se contempla, por tanto, la tarea lícita de limitar o encorsetar derechos fundamentales como es el derecho a la protección de datos personales, siempre y cuando, como requisitos: a) se lleve a cabo por su estricta previsión en una ley, b) se respete el contenido esencial de los derechos y libertades, c) la medida sea adoptada conforme al principio de proporcionalidad y d) la necesidad de que la decisión adoptada no debe estar en contraposición con los objetivos de interés general reconocidos por el derecho comunitario.

Por lo que, en definitiva, el TJUE ante esta cuestión planteada sobre la posible limitación del derecho a la protección de datos dudó respecto a si primaba el régimen de transparencia sobre los fondos europeos que toma como base a una finalidad legítima. No es una cuestión de asombro para nadie que este tipo de publicaciones en Internet permite visualizar así como facilita a los ciudadanos percibir una actuación transparente de la gestión de los fondos. Sin embargo, el TJUE recordó que para alcanzar dicho objetivo con la publicación de los datos en cuestión, no debía perderse de vista el principio de proporcionalidad como parte integrante de los principios generales del Derecho. De tal manera que, los “los medios empleados por un acto de la Unión permitan alcanzar el objetivo que éste persigue y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzarlo²⁸⁷”.

Así pues, el TJUE consideró, por un lado, que en efecto no parece que las instituciones ponderasen equilibradamente, los objetivos del artículo 44 bis del Reglamento nº 1290/2005 y del Reglamento nº 259/2008 y, por otro, los derechos que los artículos 7 y 8 de la Carta reconocen a las personas físicas puesto que las excepciones a la protección de los datos de carácter personal y las limitaciones de dicha protección deben establecerse sin sobrepasar los límites de lo estrictamente necesario. Y, por otro lado, que podían haberse adoptado otras medidas que pudieran entrañar lesiones de menor gravedad a este derecho fundamental de las personas físicas. Todo ello, “sin dejar de contribuir eficazmente al logro de los objetivos de la normativa de la Unión

²⁸⁶ Apartado 48

²⁸⁷ Apartado 74

controvertida”. Por tal motivo, concluyó que tanto el Consejo como la Comisión no respetaron el principio de proporcionalidad al obligar a publicar los nombres de todas las personas físicas beneficiarias de ayudas del FEAGA y del FEADER y los importes específicos percibidos por ellas²⁸⁸.

En conclusión, esta sentencia constituyó una nueva evidencia jurisprudencial sobre el modo de actuar ante el proceso de limitación de los derechos fundamentales, desestimando la tesis del carácter absoluto de estos. A su vez, se constató la obligación previa de observar necesariamente el principio de proporcionalidad y de necesidad al momento de adoptar una medida que pueda restringir derechos fundamentales a fin de justificar su legitimidad.

Cerrando el análisis interpretativo del TJUE se ha constatado que el momento de la consagración de un catálogo compuesto de derechos fundamentales constituye un antes y un después en el ordenamiento jurídico comunitario. Así en el sistema comunitario, y especialmente a raíz de la vinculación normativa de la CDFUE, el TJUE cuenta con una baza jurídica sobre la interpretación y protección de los derechos fundamentales²⁸⁹. Por esta razón, es por lo que se comparte con LÓPEZ AGUILAR que “el TJUE ha venido estableciendo en estos últimos años una jurisprudencia, en su conjunto, sólida e incisiva (...) interpretando los derechos de los arts. 7 y 8 CDFUE, con una aproximación asertiva y decididamente favorable a la garantía de la privacidad²⁹⁰”, máxime en un contexto en el que a tenor de los desarrollos tecnológicos se plantea mayores incidencias en los derechos fundamentales en cuestión. Y así, como principal consecuencia se abandonó definitivamente un sistema que se caracterizaba por ser “pretoriano, casuístico y abierto”²⁹¹.

²⁸⁸ Apartado 86

²⁸⁹ Sobre esta cuestión se hace eco RODOTÁ cuando interpreta el concepto de protección de datos personales como un “elemento básico de la nueva ciudadanía electrónica” que trae causa en un “proceso inédito hasta ahora desarrollado sólo en la Unión Europea, donde es posible anunciar la creación de un nuevo modelo que, reforzando la esfera privada, refuerza al mismo tiempo el peso de cada uno en la esfera pública”. RODOTÁ, S. (2003). “Democracia y protección de datos”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 19-20, p. 18.

²⁹⁰ LÓPEZ AGUILAR, J.F. (2017). “La protección de datos personales en la más reciente jurisprudencia del TJUE: los derechos de la CDFUE como parámetro de validez del derecho europeo, y su impacto en la relación transatlántica UE-EEUU”, *Revista de Teoría y realidad constitucional*, nº39, p. 561.

²⁹¹ GOSALBO BONO, R. (1997). “Reflexiones en torno al futuro de la protección de los derechos humanos en el marco del derecho comunitario y del derecho de la Unión: insuficiencias y soluciones”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 1, p. 35.

CAPÍTULO III

REGULACIÓN JURÍDICA DE LA PROTECCIÓN DE DATOS EN LOS PAÍSES EUROPEOS Y EN ESPAÑA

1. Aproximación a las primeras leyes de la protección de datos en Europa

Llegados a este punto en el estudio de la privacidad y la protección de datos se pretende constatar cual fue, ha sido y es el papel asumido legislativamente por los estados europeos. Es decir, verificar cual ha sido el grado de compromiso de los países comunitarios con la realidad tecnológica en un contexto temporal determinado y ante las posibilidades crecientes de atentar contra los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Efectivamente, se puede constatar que el desarrollo tecnológico conllevó una explosión informática que tuvo carácter mundial. Ello quiere decir que no afectó única exclusivamente a un territorio sino que tuvo lugar con carácter general en todos los territorios que estaban viviendo un proceso de transformación socio-industrial. De este modo, la progresiva e inmediata incorporación de herramientas tecnológicas a la sociedad despertó un sentimiento de intranquilidad ciudadana sobre su privacidad. Y es que como bien reclamaron airosamente WARREN y BRANDEIS, el uso de este tipo de instrumentos por la prensa generó situaciones contradictorias entre la libertad de la prensa con la protección de un espacio íntimo y reservado que no tenía por qué trascender al espacio público.

Posteriormente, este proceso de discusión se trasladó a una etapa de innovación gubernamental al comienzo de la utilización de las computadoras por el Estado para el cumplimiento de sus funciones, lo que generó, en cierto modo, mayores tensiones por la gestión de las AAPP de bancos de datos. Así, una de las principales consecuencias fue el retorno del miedo de los ciudadanos tan característico de etapas totalitarias anteriores, y que puede identificarse con la teoría metafórica de GEORGE ORWEL sobre el ejercicio del “gran hermano” que todo sabe y conoce ejercitado por el Estado sobre los ciudadanos²⁹².

En suma, este periodo de primera toma de contacto de las nuevas tecnologías con los ciudadanos y dadas las características innatas de crecimiento y readaptación técnicas daría lugar a inventos cada vez más sofisticados. Y, además, unido al nacimiento de

²⁹² HERRÁN ORTIZ, A. I. (2003). *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información*, Bilbao, Universidad de Deusto, p. 16.

internet, daría lugar a una etapa comúnmente conocida como sociedad de la información en el que el flujo de información como de datos personales resulta imparable.

Fue precisamente gracias a la Internet de las cosas, así como al desarrollo de las economías mundiales, lo que permitió un crecimiento económicamente fructífero para las empresas como para los Estados pero potencialmente peligroso para los derechos fundamentales de los ciudadanos por el trasvase de información personal. Por este motivo, se antoja necesario instaurar muros o medidas preventivas para hacer frente a tales peligros puesto que la tecnología supera las barreras del tiempo y lugar. Estas circunstancias afectaron potencialmente a la totalidad de estados y, por ello, precisaba de una actuación común y conjunta a través de una legislación garante con los derechos fundamentales tecnológicamente afectados.

Por este motivo, procede adelantar cual ha sido el tratamiento por los ordenamientos jurídicos de países de nuestro entorno comparado como Alemania, Suecia, Dinamarca, Francia, Reino Unido, Italia, Portugal y, sin duda, España. Puede constatarse, a tal respecto, que la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos y concretamente de la protección de datos personales se fraguó en un proceso discontinuo y que *a priori* no gozó de coordinación conjunta. Tomando en cuenta este criterio, la doctrina científica se ha manifestado en esta línea diferenciando a su vez en diferentes procesos, etapas o periodos a los que han denominado “generaciones de leyes de protección de datos”.

- La primera generación de leyes atendía principalmente a un aspecto concreto, el procesamiento informatizado de los bancos de datos en las AAPP y en las grandes empresas. Por lo tanto, estos primeros pasos estuvieron orientados a atajar la centralización en un registro o banco central de datos personales. Debido principalmente a la incorporación de las computadoras al cumplimiento de fines y tareas propias de la burocracia gubernamental. En este primer periodo de leyes se encuentran la Ley del Estado alemán de Hesse (1970) y La Ley Sueca (1979)²⁹³.
- La segunda generación de leyes se encuentra caracterizada generalmente por el abandono de la preocupación de los denominados “bancos de datos” ganando peso

²⁹³ PÉREZ LUÑO, A. (1989). La Libertad Informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales, en LOSANO, M. PÉREZ LUÑO, A. GUERRERO MATEUS, M. *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, p. 152. MAYER-SCHÖNBERGER, V. (1997) Generational Development of Data Protection in Europe, en AGRE, P. ROTENBERG, M. *Technology and Privacy: The New Landscape*, Cambridge, The MIT Press, p. 221-225. REBOLLO DELGADO, L. (2018). “Protección de datos en Europa: Origen, evolución y regulación”, *ob. cit.*, p. 67-68.

la dispersión informativa globalizada²⁹⁴. El debate se trasladaría a proteger los derechos de los ciudadanos puesto que el tratamiento de datos personales ya no se limitaba exclusivamente a las AAPP. Por consiguiente, las posibilidades de vulneración de los derechos fundamentales se ampliaron considerable fuera de los estamentos institucionales. Esta segunda etapa es fundamental puesto que se determinaron los conceptos de calidad de los datos, requisitos del tratamiento entre los que se encuentra el consentimiento y el derecho/deber de información, así como el cumplimiento estricto de las finalidades del tratamiento. Destacan especialmente en este periodo La Ley Federal Alemana (1977), La Ley Danesa y Francesa (1978)²⁹⁵.

- La tercera generación está marcada por un lado, por la aprobación del Convenio 108 del Consejo de Europa como respuesta a garantizar el equilibrio de los derechos fundamentales, en concreto, el respeto a la vida privada y de la libre circulación de la información. De manera que los Estados parte que firmaran y ratificasen el Convenio deberían adoptar las medidas en su derecho interno una legislación acorde con los principios instaurados en la norma europea. En segundo lugar, por el pronunciamiento judicial de la sentencia del TCA de 1983 que vendría a perfilar por primera vez un derecho fundamental creado jurisdiccionalmente a la luz de los nuevos avances tecnológicos. Es por tanto, como ya se tuvo ocasión de calificar como el punto de partida del nacimiento del derecho a la protección de datos como tal, en cuanto a su carácter autónomo e independiente de la intimidad. Por otro lado, por la aparición de Internet como red de transferencia e interconexión global dando lugar a una nueva dimensión debido al flujo internacional que traspasaría fronteras en tiempos inverosímiles. Además, y debido a la metamorfosis de los grades computadores este hecho permitió la adquisición de los primeros ordenadores de uso personal. En consecuencia, se infiere una permanente interconexión de la sociedad de la información

²⁹⁴ HEREDERO HIGUERAS, M. (1988). *Informática. Leyes de protección de datos (III)*, Documentación Informática, nº4, Madrid, Ministerio de las Administraciones Públicas, p. 19.

²⁹⁵ PÉREZ LUÑO, A. (1989). La Libertad Informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales, en LOSANO, M. PÉREZ LUÑO, A. GUERRERO MATEUS, M. *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, ob. cit., p. 152. MAYER-SCHÖNBERGER, V. (1997). Generational Development of Data Protection in Europe, en AGRE, P. ROTENBERG, M. *Technology and Privacy: The New Landscape*, Cambridge, The MIT Press, p. 226-229. REBOLLO DELGADO, L. (2018). "Protección de datos en Europa: Origen, evolución y regulación", ob. cit., p. 68.

despertando una preocupación extenuada sobre la vida privada que propició una actuación legislativa que afrontase estos cambios sociales y tecnológicos en equilibrio con los derechos fundamentales. Este periodo es el más extenso legislativamente ya que forman parte estados como Reino Unido (1984), Portugal (1991), España (1992) e Italia (1996)²⁹⁶.

- Por último y en un ejercicio de coherencia con el marco legislativo examinado, la doctrina también identifica una cuarta generación de leyes. Este periodo viene marcado por la entrada en vigor primero, de la Directiva 95/46/CE y, a posteriori por el RGPD en 2016, actualmente en vigor. Ambas normas precisaron la readaptación de los ordenamientos jurídicos ante este proceso de maleabilidad legislativa. Actuación propiciada por unas circunstancias tecnológicas que generaban expectativas tan interesantes que permitirían entre otras llevar a cabo de forma más cómoda y sencilla la vida privada y profesional como a la vez genera ciertas preocupaciones para los derechos fundamentales²⁹⁷.

Por lo tanto, a continuación el estudio está focalizado en verificar cronológicamente cómo ha sido el proceso de adaptación legislativa en cada uno de los estados seleccionados concienzudamente por el papel que han desempeñado. A tal efecto, se destacará su estructura y la integración en su articulado de aspectos trascendentales para la aplicación efectiva y práctica de la norma garante de los derechos personales. Para finalmente, otorgar un espacio mucho más amplio a este progreso normativo en nuestro ordenamiento al que se dedicará un análisis mucho más pormenorizado y completo.

²⁹⁶ PÉREZ LUÑO, A. (1989). La Libertad Informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales, en LOSANO, M. PÉREZ LUÑO, A. GUERRERO MATEUS, M. *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, ob. cit., p. 152. MAYER-SCHÖNBERGER, V. (1997). Generational Development of Data Protection in Europe, en AGRE, P. ROTENBERG, M. *Technology and Privacy: The New Landscape*, Cambridge, The MIT Press, p. 229-233. REBOLLO DELGADO, L. (2018). “Protección de datos en Europa: Origen, evolución y regulación”, ob. cit., p. 70.

²⁹⁷ PÉREZ LUÑO, A. (1989). La Libertad Informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales, en LOSANO, M. PÉREZ LUÑO, A. GUERRERO MATEUS, M. *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, ob. cit., p. 152. MAYER-SCHÖNBERGER, V. (1997). Generational Development of Data Protection in Europe, en AGRE, P. ROTENBERG, M. *Technology and Privacy: The New Landscape*, Cambridge, The MIT Press, p. 233-235. REBOLLO DELGADO, L. (2018). “Protección de datos en Europa: Origen, evolución y regulación”, ob. cit., p. 71.

1.1. Alemania.

Evidentemente, el punto de partida sobre el estudio de las generaciones de protección de datos no podría ser otro que el Land alemán de Hesse. La primera ley de protección de datos (Datenschutzgesetz,) se aprobó el 7 de octubre de 1970 y significaría el inicio de un proceso de generaciones de leyes que surgen tras un proceso de preocupación sobre el tratamiento electrónico de datos²⁹⁸.

Conviene llevar a cabo una aproximación legislativa a esta Ley de Hesse para comprobar la influencia que generaría posteriormente en la aprobación de la Ley Federal Alemana. Por consiguiente, la Ley de Hesse era una ley bastante simple ya que contaba únicamente con 13 artículos²⁹⁹. Respecto al ámbito de protección, el art. 1 de esta ley concretó claramente su orientación a los tratamientos automatizados llevados a cabo por la propia AAPP alemana y el resto de las corporaciones e instituciones sujetas a la tutela estatal. Estableció además el principio de seguridad en cuanto a garantizar la imposibilidad de examen, manipulación, acceso o destrucción por quienes no estuvieran autorizados para ello; fijando en este sentido instrucciones personales y técnicas para su cumplimiento.

Ya por entonces previó uno de los aspectos más relevantes en materia de protección de datos, en el art. 4.1 y 4.2 se recogía la posibilidad de ejercer por el interesado los derechos de acceso, limitación, rectificación y oposición. Así mismo, dejó constancia en el art. 4.3 el deber de suministrar la información almacenada, ampliando su campo tanto a personas físicas como a personas jurídicas.

Más importancia si cabe fue la instauración de una figura supervisora en el tratamiento de datos personales; el Comisario de Protección de Datos. De esta forma, se creó una figura bajo la dependencia de la AAPP cuya duración del cargo dependía de la legislatura del gobierno correspondiente, estableciendo además, supuestos tales como la reelección, la renuncia o las situaciones en las que pudiera ser cesado. Dotando así, de acuerdo con el art. 8, una figura de control como de supervisión caracterizada por su independencia funcional que no está sujeta a instrucciones de otro órgano público o

²⁹⁸ Posteriormente, también sería aprobada la Ley Landesdatenschutzgesetz por el Land de Renania-Palatinado de 24 de enero de 1974, siendo la segunda ley de protección de datos que dicta un Land alemán sobre protección de datos.

²⁹⁹ Para este estudio se sigue a HEREDERO HIGUERAS, M. (1988). *Informática. Leyes de protección de datos (III)*, Documentación Informática, nº4, Madrid, Ministerio de las Administraciones Públicas, pp. 209-237.

privado. Entre sus funciones, el art. 10 pretendía velar por la salvaguardia de la licitud en los tratamientos mecanizados de datos en las AAPP, ya que sería en estos momentos en foco principal de posibles vulneraciones. Así mismo, le correspondía analizar situaciones de riesgos del tratamiento mecanizado en el ámbito del trabajo. De este modo, debía adoptar las circulares o recomendaciones correspondientes a fin de paliar estas posibles situaciones con repercusiones negativas.

Fruto de esta primera experiencia legislativa, se aprobaría en un momento posterior la Ley Federal Alemana comúnmente conocida como “Bundesdatenschutzgesetz” de 27 de enero de 1977³⁰⁰. Esta ley agrupó en 47 artículos el tratamiento automatizado de datos, superando así a nivel regional la laguna jurídica imperante hasta el momento. A este respecto, el art. 1 introdujo el principal fin de la norma, la protección de los datos personales de un uso indebido durante los procesos de almacenamiento, transmisión y modificación. Pese a esta preocupación manifiesta por el uso torticero de los datos personales a través de medios informáticos no se incorporó en el texto germano un campo amplio de protección desde personas físicas a personas jurídicas, limitada únicamente al amparo de las primeras³⁰¹.

Entre una de las notas relevantes se puede comprobar en su art. 3 la introducción de un requisito fundamental hoy en día que debe probarse al momento de llevar a cabo un tratamiento de datos, el consentimiento. Efectivamente, fijó como requisito previo a la operación de tratamiento la obtención del consentimiento del interesado por escrito. Y, además, concretó de forma acertada que el consentimiento tiene carácter individual. Ello quiere decir que si se presta el consentimiento para varias actuaciones es imprescindible comunicar esta posibilidad para prestarlo correctamente en cada caso concreto. Ligado al consentimiento se encuentra el deber de información que quedó a continuación en el art. 4 que básicamente recogía lo que hasta entonces se había previsto en el resto de las normativas europeas; la información sobre los datos, la corrección en caso de inexactitud, el bloqueo e indudablemente su posible supresión.

En cuanto a la transferencia internacional de datos la ley germana llevó a cabo un procedimiento diverso. Por un lado en el art. 10 autorizaba la transferencia dentro del

³⁰⁰ Actualmente y fruto de la adaptación al RGPD, se encuentra en vigor la Bundesdatenschutzgesetz vom 30. Juni 2017 (BGBl. I S. 2097). Recuperado de https://www.gesetze-im-internet.de/bdsg_2018/BJNR209710017.html

³⁰¹ RICCARDI, J. (1983). “The German Federal Data Protection Act of 1977: Protecting the Right to Privacy?”, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 6, p. 250.

sector público aunque más que transferencia se estaría ante una cesión de datos personales entre AAPP, siempre y cuando, la cesión de tales datos cumpliera una finalidad legítima y concreta entre cedente y destinatario. Por otro lado, el art. 11 se refiere a la transmisión de datos en el sector privado que para permitir este tipo de operaciones previó la necesidad de observar previamente al igual que en el sector público el cumplimiento de fines legítimos y, siempre y cuando, no afecte los derechos de los interesados.

El art. 13 también recogía uno de los derechos implícitos a la protección de datos y que corresponde indudablemente a su titular, el derecho a solicitar el acceso a la información contenida en un registro, concretamente, ante a la autoridad u organismo que llevase a cabo dicho almacenamiento presentando una solicitud en la que se aclarase el tipo de datos personales a proporcionar.

Como órgano supervisor y de control creó en este sentido la figura del “Comisionado Federal para la protección de datos”. De este modo, el art. 17 se encargó de perfilar su identidad, goza de autonomía propia, dotado de personal y equipo necesario para alcanzar el cumplimiento de sus competencias como de sus funciones. En suma, el art. 19 previó además la posibilidad de que el Comisionado pueda dictar recomendaciones sobre determinados puntos y prestar labores de asesoramiento.

En último lugar, no podía faltar una reseña al régimen infractor y sancionador que se previó en esta norma. El caso de la ley germana fue la tónica habitual en la mayoría de las legislaciones europeas; por un lado, se determinó un régimen de infracciones con penas privativas de libertad; por otro lado, un régimen sancionador con penas de multa que serían establecidas conforme a parámetros exponenciales en función de la acción ilícita cometida. En este sentido, la estructura del régimen sancionador germano fue el siguiente:

- El art. 41.1 para acciones que constituyan transmisión, modificación o sustracción de datos determinó una pena de privativa de libertad de hasta 1 año o excepcionalmente con el pago de una multa.
- El art. 41.2 tipificó aquellas acciones encaminadas a actuar bien por encargo o promesa de cobrar una determinada suma de dinero por otra persona o bien por lucro propio causando un perjuicio a otro tercero, correspondiéndole una pena privativa de libertad de hasta 2 años o excepcionalmente con el pago de una multa.
- El 42.2. completó el régimen administrativo puesto que ante la indeterminación de la cantidad de la multa en los supuestos anteriores fija en la cifra de 50.000 marcos alemanes a abonar en tal caso.

1.2. Suecia.

En el caso de Suecia, se encuentra ubicada temporalmente en el mismo periodo que la Ley del Land Alemán de Hesse. Además, también constituye uno de los Estados parte que firmó el Convenio 108 del Consejo de Europa el 28 de enero de 1981, sin embargo, su ratificación se produjo más tarde, el 29 de septiembre de 1982 y con efectos inmediatos desde el 1 de octubre de 1985.

Entrado a valorar este caso particular, es necesario adelantar previamente que la Constitución sueca fue aprobada en 1973 y ya por entonces reconocía un espacio a la protección del espacio privado de las personas. Concretamente situando el estudio en su Capítulo II dedicado a los derechos y libertades fundamentales, el art. 6 previó expresamente un ámbito de protección contra las invasiones en la privacidad; examen del correo, grabación de conversaciones telefónicas, entre otras. Así mismo con respecto a sus relaciones con las instituciones públicas que pudieran significar una injerencia en su privacidad personal a través de este tipo de acciones manifestadas. Lo que sugiere una preocupación bastante temprana sobre la necesidad de proteger un espacio privado y reservado de los ciudadanos frente a la intromisión externa.

Pese a lo anterior, la Constitución sueca constituye un reflejo de un antecedente legislativo previo a su aprobación, La Ley 289/1973 o comúnmente conocida como *Data Lag*³⁰². Efectivamente, a Suecia se le puede atribuir el reconocimiento de haber sido el primer país en aprobar una ley de protección de datos personales. Tal y como se refleja en la doctrina³⁰³, su finalidad era responder a un problema generalizado tanto en el ámbito público como privado y no podía ser otro que el nerviosismo generado por el tratamiento informatizado de datos personales a través de grandes bancos de datos almacenados en supercomputadoras. De este modo, se llegó incluso a crear una estructuración de los datos personales conforme a la temática (laboral, fiscal, policial) a la que respondiese, creando grosso modo un fichero personal al que no tenían posibilidad de acceso sus titulares legítimos³⁰⁴.

³⁰² Recuperado de https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/datalag-1973289_sfs-1973-289

³⁰³ DRESNER, S. (1994). "Panorama de la legislación europea sobre protección de datos personales", *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, nº 6-7, p. 390.

³⁰⁴ *Ibidem*.

Entrando al estudio de su cuerpo legislativo, es necesario precisar que inicialmente la ley contaba con un cuerpo legislativo ligeramente corto y que luego, sería precisado en un momento posterior por la Ley 446/1982, de 3 de junio³⁰⁵. En su art. 1 se llevó a cabo una aclaración conceptual en la que se haría la distinción entre conceptos como información personal, registro de personas, persona registrada y responsable del registro. De esta clasificación se puede observar que la *Data Lag* estaba orientada exclusivamente a la protección de los datos de personas físicas, que estuviesen almacenados en un archivo o registro. En suma, debía tratarse de un tratamiento automatizado de tal información por el responsable del tratamiento, generando así una relación o identificación entre esta y la persona titular de la información a la que hiciera referencia.

Respecto a la creación de un fichero o registro personal, se determinó la obligación de contar previamente con la licencia o autorización de la autoridad de Inspección de Datos - *Datainspektion*. Por lo tanto, *ex art. 2* de la ley, se adelantó bastante pronto, por un lado la existencia de una autoridad de protección de datos y, por otro lado, una de las potestades con las que cuenta esta. Por otro lado, pese a fijar esta obligación previa para constituir registros o bancos de datos personales, se previeron expresamente varias excepciones como pueden ser: registros creados por el Gobierno, por asociaciones con connotación política o religiosa para sus fines propios, autoridades sanitarias o servicios sociales en el ejercicio de sus funciones necesarias para cumplir con su actividad profesional. Este tipo de entidades podían almacenar datos personales calificados como especialmente sensibles por la capacidad de afectación de la privacidad de los interesados, *ex art. 4*. Ligado estrechamente a este análisis se encuentra en el art. 3 una preocupación positiva respecto a la creación de los registros personales y es la salvaguardia de la integridad de las personas registradas *ex art. 7*. De tal modo que, como *ítem* previo, la autoridad inspectora debía asegurarse en determinar que no existía ningún motivo que pudiera generar una intromisión innecesaria en este derecho.

Concedida la autorización para llevar a cabo la creación de un registro de datos personales, la autoridad inspectora debía proporcionar instrucciones sobre la finalidad del

³⁰⁵ Esta ley sería posteriormente modificada por la *Personal Data Act* 1998:204, 29 april 1998. Actualmente, y como consecuencia de la adaptación al RGPD la ley que se encuentra en vigor es la *Law* (2018: 218) *with supplementary provisions to the EU Data Protection Regulation*. Recuperado de https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-2018218-med-kompletterande-bestammelser_sfs-2018-218

registro con el fin de adoptar las medidas necesarias para garantizar el almacenamiento de información. Los arts. 5 y 6 recogían este tipo de previsiones entre las que se encontraban aspectos como el tipo de información, qué podía recogerse, el soporte técnico en el que se almacenaba, el carácter automatizado del tratamiento, la comunicación a las personas legítimas de su información, o medidas de conservación y seguridad de esta.

Sobre el contenido de la información personal recabada y almacenada en un registro, los arts. 8 y 9 regulaban las particularidades del denominado “derecho de rectificación”. Es decir, sobre las posibilidades de que existiera en el registro personal información que no se correspondiera con la realidad o que adoleciese de un contenido incompleto, que justificaba que fuese rectificada o modificada e incluso suprimida. Así mismo a tenor de lo dispuesto en el art. 10 se previó la posibilidad de que los interesados solicitasen por escrito el contenido de la información personal almacenada en el registro en cuestión, pudiendo fijarse a tal fin, es decir para el acceso a la información, una tasa administrativa.

Uno de los aspectos más relevantes que puede observarse en esta ley es la inclusión en su articulado de los principios que marcan todo tratamiento de datos personales. Así es posible comprobar como en su art. 12 se recogía la figura del concepto de “finalidad del tratamiento”, de forma que tanto la recogida, el tratamiento como su almacenamiento debían respetar este requisito fundamental. Y, por otro lado, también previó la posibilidad de suprimir la información que ya no cumpliera la estricta finalidad del tratamiento.

También se ocupó la Ley sueca en desarrollar pormenorizadamente la labor inspectora a desempeñar por la Autoridad de Inspección de Datos, *Datainspektion*, que en virtud del art. 15 su labor inspectora no debía interceder en la salvaguardia de la integridad personal, en definitiva, que en su actuación no generase mayores molestias o gastos de lo necesario, puesto que el art. 16 le autorizaba a la entrada y registro en locales para verificar la adecuación del tratamiento automatizado de datos con los parámetros de esta norma. Ante esta actuación inspectora el responsable del registro debía facilitar a la *Datainspektion* toda la información que le requiriese respecto al tratamiento automatizado de datos personales excluyendo cualquier tipo de entorpecimiento, *ex art.* 17. Así mismo, también previó en el art. 11 la necesidad de contar previamente con la autorización de la *Datainspektion* para llevar a cabo transferencias internacionales de datos personales a terceros países cuando existieran dudas razonables sobre la afectación del derecho a la intimidad de los interesados.

Por último, la *Data Lag* también tuvo la oportunidad de otorgar un espacio al régimen sancionador como medida coercitiva a su incumplimiento. Por un lado, el art. 20 concretó la condena de multa o pena privativa de libertad de máximo 1 año a quienes infringieran entre otras, la creación o llevanza de un registro sin contar con la autorización previa, infringir las instrucciones recibidas por la Autoridad de Inspección o cediera información falsa revelando datos personales. Y, por otro lado, el art. 21 previó para el acceso, modificación o eliminación de una grabación una pena de multa o pena privativa de libertad de como máximo dos años. E incluso, determinó la posibilidad de acceder a una indemnización a las personas que se hubieran visto afectadas por sufrir un perjuicio relacionado con la información personal contenida en un registro, atribuyéndole la responsabilidad y evidentemente el pago de dicha indemnización al responsable del registro automatizado.

En definitiva, la Ley Sueca constituyó, tras la primera piedra legislativa depositada en Hesse, el germen y la influencia a modo de ejemplo de regulación en experiencias legislativas en otros territorios europeos³⁰⁶. De hecho, forma parte a su vez de un elenco de leyes marcarían una primera generación de leyes de protección de datos por estar aglutinadas en un periodo temporal concreto. Es por lo que a continuación se continúa este reto de marcar un itinerario legislativo temporal al respecto sobre la preocupación del uso de los datos personales en Europa. Y ante esta preocupación, la respuesta que ofrecieron en forma de desarrollo legislativo para fijar un paraguas proteccionista ante la introducción e interacción de los ciudadanos con las tecnologías de la información y comunicación, en definitiva con la informática.

1.3. Dinamarca.

Dinamarca se encuentra entre el conjunto de países que sí ratificaron el Convenio 108 del Consejo de Europa, concretamente, lo ratificó el 23 de octubre de 1989 y entró en vigor el 1 de febrero de 1990. Pese a lo anterior, Dinamarca se adelantó al compromiso europeo adquirido aprobando previamente la Ley de 9 de junio de 1978, núm. 47, la Ley

³⁰⁶ PÉREZ LUÑO, A. (1989). La Libertad Informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales, en LOSANO, M. PÉREZ LUÑO, A. GUERRERO MATEUS, M. *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, p. 146. DRESNER, S. (1994) Panorama de la legislación europea sobre protección de datos personales, *ob., cit.*, p. 391.

de Protección de Datos Personales³⁰⁷. Estaba compuesta por XI Capítulos y 43 artículos que pasan a ser objeto de examen en estas líneas³⁰⁸.

Comenzando por el Capítulo I, la ley danesa de protección de datos en su art.1 dejó entrever un aspecto relevante que pocas leyes de este momento tomaron en consideración; la aplicación del ámbito de protección tanto a personas físicas como jurídicas. A este respecto, solo definió dos términos para identificar un tratamiento de datos personales. Por un lado, por dato personal consideró toda aquella información que directa o indirectamente pudiera asociarse e identificar a una persona, asociación o fundación. De este modo, como se anticipaba, no deja de lado a las personas jurídicas sino que también le ofreció amparo jurídico respecto al tratamiento de datos personales. En segundo lugar, por registro de personas denominó al almacenamiento de datos personales que puedan ser objeto de recuperación para su comprobación.

El Capítulo II estaba dedicado a la autoridad encargada de velar y supervisar el cumplimiento de la normativa, denominada Inspección de Datos. Entre otras funciones se le asignó una labor inspectora, en cuanto a controlar el estado de los registros de tratamientos de datos personales, garantizar el cumplimiento de la presente ley, así como llevar a cabo inspecciones físicas en caso de ser requerida de oficio o a instancia de parte para solucionar posibles irregularidades.

También se reflejó en el Capítulo III, como en la mayoría de las restantes leyes aquí analizadas, la previsión normativa del principio de uso legítimo de los datos personales recabados. Es decir, de acreditar fehacientemente que el tratamiento de datos está justificado por atender a unos fines concretos y específicos. Así mismo, otorgó un especial interés en reforzar la protección de datos notablemente sensibles como pueden ser los relativos a la raza, ideología política, religiosa, salud, vida sexual o situación familiar, entre otras. El Capítulo IV se encontraba íntimamente conectado con este último, puesto que reguló la obligación de solicitar autorización previa para crear registro de personas. Por otro lado, también se mostró interés en la necesidad de preservar la protección a los datos personales ante la creación de por el que fuera posible auxiliarse

³⁰⁷ Posteriormente sería modificada por las leyes: *Law n° 429 of May 31, 2000 on the processing of personal data* and *Law n°. 410 of April 27, 2017*. Se adaptó al RGPD mediante *The Data Protection Act* has been passed by the Folketing on 17 May 2018 and entered into force on 25 May 2018. Recuperado de https://www.ft.dk/ripdf/samling/20171/lovforslag/168/20171_168_som_vedtaget.pdf

³⁰⁸ Partiendo de la obra de HEREDERO HIGUERAS, M. (1988). *Informática. Leyes de protección de datos (III)*, ob., cit., pp. 145-159.

de medios tecnológicos. Por lo tanto, se comprueba una vez más la estrecha preocupación europea por el uso de los bancos informatizados de datos personales. Así mismo, también terminaba este capítulo por reconocer los derechos de los interesados, refiriéndose en concreto a los derechos de acceso, rectificación, cancelación.

La transferencia de datos al extranjero fue objeto de tratamiento en el Capítulo IX³⁰⁹, para ello se debía contar como requisito previo con la autorización del Rey, al contrario de lo que sucede normalmente en la mayoría de los países europeos donde se atribuye esta tarea a la Autoridad o Agencia Nacional de Protección.

También otorgó un espacio concreto a las sanciones penales e indemnizaciones por daños y perjuicios causados a los ciudadanos. El Capítulo X detallaba de forma pormenorizada el régimen de sanciones e indemnizaciones, castigando con pena de multa o de prisión como máximo de un año. Respecto a las penas, podían ser independientes o acumuladas para quienes bien dolosa o negligentemente no observasen estipulaciones como la autorización previa del registro de datos, de la transferencia internacional, uso ilícito de datos o falta de respuesta en el ejercicio de los derechos por los ciudadanos. Singularmente, previó un régimen específico en caso de que la transgresión de tales obligaciones cuando se cometiesen por personas en nombre y beneficio de intereses empresariales. En este tipo de situaciones, correspondía atribuir la pena de multa a la empresa y, en caso de divulgar información falsa sobre una persona que pudiera afectarle directamente, indemnizarla por los perjuicios causados.

1.4. Francia.

En la misma línea temporal, Francia aprobó la *Loi n° 78-17 du 6 Janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*³¹⁰. Esta ley se encuadra

³⁰⁹ Los capítulos que se señalan a continuación no son examinados porque versan sobre ámbitos específicos que no se corresponden con el objetivo de este estudio. Capítulo V “De la actividad de información sobre la solvencia y de información sobre personas”, Capítulo VI “De las empresas de servicios informáticos”, Capítulo VII “De las actividades de reparto de documentos y tráfico de direcciones”, Capítulo VIII “De las encuestas de opinión y prospecciones de mercado”.

³¹⁰ DE MIGUEL CASTAÑO constata que previamente a la aprobación de esta ley ya existía una preocupación legislativa y jurisdiccional sobre la protección de la vida privada. De hecho, pone de manifiesto que se aprobó el 17 de julio de 1971 una ley que prevenía una protección jurídica en el ámbito civil y penal francés a la vida privada. En concreto la adopción de medidas preventivas o interlocutorias como medida paliativa a las injerencias en la vida privada, en referencia al ámbito civil. Y, por otro lado, respecto al ámbito penal la previsión de multas para aquellos que se aventurasen a ofender de manera voluntaria la vida privada ajena. Eso sí, esta norma olvidaba por completo la utilización de la informática como medio de agresión a la vida privada, cuestión que sí sería resuelta por fin con la aprobación de la ley que es objeto de examen en el texto principal. DE MIGUEL CASTAÑO, A. (1983). “Derecho a la intimidad frente al derecho a la información. El ordenador y las leyes de protección de datos. Estudio de derecho

temporalmente en el conjunto de leyes que previeron necesario dar respuesta y anticiparse a los riesgos que planteaba el uso de la informática respecto al tratamiento de datos personales.

Téngase en cuenta que en el caso de Francia el Convenio 108 del Consejo de Europa se firmó el 28 de enero de 1981, ratificándolo el 24 de marzo de 1983; por tanto, el país galo se encuentra entre el conjunto de países europeos que se anticiparon legislativamente a este acuerdo. Por lo que, en cierto modo, además de dar cumplimiento a una laguna jurídica acontecida en su ordenamiento jurídico otorgó respuesta a una incertidumbre legal sobre la materia. Sobre el texto, fue el presidente de la República VALÉRY GISCARD quien inició este procedimiento por decreto de 8 de noviembre de 1974³¹¹. Se encomendó en este sentido a una Comisión formada por 12 miembros la proposición de una serie de medidas paliativas a la vida privada, las libertades individuales y públicas frente al uso de la informática³¹². De tal modo que, el informe presentado por la Comisión fructificaría en la presentación de un proyecto de ley presentado en 1976³¹³. Desde entonces, se siguió el itinerario legislativo constitucionalmente habitual de votación, superación de desacuerdos políticos en sede parlamentaria hasta su aprobación y posterior publicación en el *Journal Officiel* el 7 de enero de 1978.

La *Loi n° 78-17 du Janvier 1978*, no se caracterizaba por ser una norma sumamente extensa³¹⁴ sino que, estaba compuesta en un conjunto de 48 artículos repartidos en 7 Capítulos. En su Capítulo I articuló los principios y definiciones, destaca su art. 1, que suponía una auténtica declaración de intenciones de la propia norma, cuando precisaba el sometimiento de la tecnología al servicio de todos los ciudadanos. De modo que debía alcanzarse el equilibrio entre el uso de la tecnología y el respeto de la dignidad

comparado", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n° 4, p. 371. En el caso de Francia, no se optó por aprobar una nueva Ley de Protección de Datos sino que se decidió reformar los preceptos de la *Loi n° 78-17* a los parámetros del RGPD. Recuperado de <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000886460/>

³¹¹ LIONS, M. (1994). "La ley francesa no. 78-17 de 6 de enero de 1978, relativa a la informática, los ficheros, y las libertades", *Legislación y jurisprudencia. Gaceta informativa, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM*, Vol. 8, n° 27, p. 441.

³¹² *Ibidem*.

³¹³ *Ibidem*.

³¹⁴ Como base a este desarrollo, HEREDERO HIGUERAS, M. (1988). *Informática. Leyes de protección de datos (III)*, *ob., cit.*, pp. 189-206

humana, los derechos humanos, la privacidad o las libertades individuales o públicas. Entre otros objetivos, para evitar tal y como se recogía en el art. 2, evitar que el tratamiento de información personal permitiera perfilar la personalidad de una persona concreta. En consonancia con lo anterior, la protección se limitó exclusivamente a personas físicas, excluyendo por lo tanto, a las personas jurídicas. En cuanto a las operaciones de tratamiento de datos, a razón del art. 5, englobaba el conjunto de operaciones llevadas a cabo para recopilar, registrar, modificar, almacenar y destruir información personal. Y, así mismo, se instauró en el art. 4 el derecho de acceso a los datos que son sometidos a un tratamiento informatizado con el fin de verificar su autenticidad como oponerse en sí a dicha operación.

En el Capítulo II se integró la autoridad o institución a la que se le encomendó garantizar la protección y respeto de la dignidad, los derechos humanos, privacidad y libertades en las operaciones de tratamiento de datos. En consecuencia, se creó la *Commission nationale de l'informatique et des libertés*, institución responsable de velar por el cumplimiento de esta normativa encomendándole una labor pedagógica importante respecto a su labor divulgativa e informadora a los ciudadanos, que debía estar compuesta por 17 miembros, entre personalidades políticas como diputados, senadores, miembros del Consejo Económico y Social hasta miembros del orden jurisdiccional.

Respecto a las formalidades a cumplir previamente a la operación de tratamiento de datos personales, los arts. 14 y 24 a desarrollaron tales estipulaciones. Se supeditó al tratamiento de datos llevado a cabo tanto por entidades públicas como privadas la emisión de un dictamen favorable de la Comisión Nacional de Informática, de tal modo que, todo tratamiento de datos salvo los autorizados por ley, requerían una notificación previa a la máxima autoridad garante en este sentido de la protección de datos personales. Por tanto, y así se reflejaba en el art. 19, para tratamientos de datos que no involucrasen los derechos y libertades de los ciudadanos, era necesario presentar una solicitud en la que se especificase entre otras cuestiones: la identidad de quien va a realizar dicho tratamiento, la finalidad, la información recogida, las personas que van a tener acceso a esta información o si se prevé su transferencia internacional. Operación, esta última, que estaba sujeta a un dictamen de la Comisión tal de conformidad con el art. 24, que de ser favorable permitiría el trasvase de datos entre el territorio francés y el extranjero.

De forma concisa y perfectamente estructurada se desarrollaron los preceptos que implican la recopilación, registro y conservación de la información personal en el Capítulo IV. Como principal advertencia el art. 25 era bastante claro al determinar la

imposibilidad de llevar a cabo un tratamiento de datos por medios fraudulentos o ilícitos. Asimismo, se prevé el derecho de acceso, oposición y el deber de información completa al interesado sobre las peculiaridades del tratamiento de datos. El art. 28 limitó temporalmente la duración de la conservación de los datos al plazo fijado en el dictamen de la Comisión. Y, a continuación, el art. 29 instauró la adopción necesaria de medidas de seguridad para preservar el uso malicioso e ilegal de los datos que podría ocasionar un perjuicio grave a sus titulares. Ligado a estos últimos se encontraba la prohibición expresa de conservar en un medio informático datos personales con carácter sensible; origen racial, orientación política, filosófica, religiosa o afiliación sindical. Con la salvedad, de que el registro de esta clase de información se llevara a cabo por entidades para el cumplimiento de sus propias finalidades; partidos políticos, iglesias, sindicatos.

El derecho de acceso a la información por los interesados ha sido citado a lo largo de toda esta exposición, y es que, toma una posición relevante en el articulado de la norma francesa. Prueba de ello es que el Capítulo V estaba dedicado íntegramente al desarrollo de este derecho. Conforme a su contenido, se podía comprobar a partir de los arts. 34 y 35, *grosso modo*, lo siguiente: a) la obligación de acreditar la identidad de quien pretende acceder a una información que le concierne personalmente, b) el derecho del titular a obtener comunicación de la información almacenada, c) abonar previamente la tarifa fijada para acceder a la información. En suma y ligado al ejercicio del derecho de acceso el art. 36 integró el derecho de rectificación de la información en caso de ser inexacta, incompleta o desactualizada, obteniendo, esta vez sí, el interesado una copia gratuita de la modificación efectuada.

Por último, el Capítulo VI, y como era la tónica habitual, configuró un régimen sancionador para las posibles vulneraciones de los preceptos normativos que deben observarse en las operaciones de tratamientos de datos. Tanto el régimen de infracciones como de sanciones instaurado diferenciaba una responsabilidad progresiva en función de la gravedad de los hechos cometidos. Así puede diferenciarse entre:

- Infracciones leves a tenor de lo dispuesto en el art. 43: pena privativa de libertad entre 2 y 6 meses, y una pena de multa en su grado mínimo de 2.000 y máxima de 20.000 francos.
- Infracciones graves en virtud del art. 41: pena mínima de 6 meses y máxima de 3 años y una multa en su grado mínimo de 2.000 y máxima de 200.000 francos.

- Infracciones muy graves conforme a lo previsto en el art. 42: pena privativa de libertad entre 1 y 5 años, mientras que la sanción administrativa oscilaba entre 20.000 y 2.000.000 de francos.

1.5. Reino Unido.

Como pudo anticiparse en epígrafes anteriores, la discusión sobre el derecho a la intimidad o *privacy* es atribuida indudablemente al espacio jurídico americano y recibida en Europa en el sistema anglosajón propiamente dicho. De este modo, tomando en consideración el planteamiento llevado a cabo por WARREN y BRANDEIS en 1890 en territorio norteamericano, este es trasladado posteriormente a Gran Bretaña. Las razones fueron básicamente idénticas, la preocupación por el desarrollo de medios tecnológicos que, aplicados en estos momentos principalmente por la prensa, podían causar una intromisión ilegítima en un ámbito reservado de las personas³¹⁵.

El gobierno británico consiguió aprobar la *Data Protection Act* en 1984 tras una prolongación extenuada de su debate en sede parlamentaria³¹⁶. Entre medias encontró el

³¹⁵ Conviene subrayar que la superación de este proceso de discusión en torno a la *privacy* no fue un camino libre de obstáculos. Concretamente, en un primer periodo se pueden distinguir hasta cinco los proyectos de ley desestimados que no consiguieron ver la luz. Desde que la aventura legislativa comenzara en 1961 con el proyecto *Mancroft*, el proyecto *Lyon* en 1967, el proyecto *Walden* y el proyecto *Baker* en 1969 y finalizase en 1971 con el proyecto *Huckfield*. La nota común sobre la que giró la discusión entre todos los proyectos la constituye la preocupación generada por la incipiente intromisión de la prensa en la vida privada. Constituyendo el principal escollo a superar la ponderación entre los derechos que suscitan tal controversia, el derecho a la libertad de información y el derecho a la vida privada. ¿Cuándo es prioritario para el público en general el conocimiento a través de la prensa de ciertos hechos y cuando no? Posteriormente, en un segundo periodo, como documentos preparatorios y que ultimarían la presentación de una ley de protección de datos inglesa, se presentaron el *Younger Report* en 1972, el *White Paper* y el *Lindop Report* en 1975. Si bien es cierto que la prematura preocupación del primer periodo fue generada por el uso de medios tecnológicos por la prensa, en este segundo periodo la preocupación es la constitución de bancos de datos. Efectivamente, el desarrollo de las primeras computadoras y su incorporación, principalmente a las entidades públicas, generaba aún más sombras e incertidumbres sobre los riesgos potenciales que la informática podría ocasionar a los ciudadanos. De ahí que se pretendiese dar forma y perfilar una norma que amparase las injerencias causadas en la vida privada de los individuos. LOSANO, M. (1989). Los orígenes del “Data protection act” inglesa de 1984, en LOSANO, M. PÉREZ LUÑO, A. GUERRERO MATEUS, M. *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 17-60.

³¹⁶ Recuperado de https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/35/pdfs/ukpga_19840035_en.pdf Para dar cumplimiento a las directrices del RGPD aprobó *The Data Protection Act of 2018*. Recuperado de https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/pdfs/ukpga_20180012_en.pdf. Tras culminarse el *Brexit* el 31 de enero de 2020, el RGPD dejaría de ser efectivo en Reino Unido. Por este motivo el Parlamento Europeo dictó la Resolución, de 21 de mayo de 2021, sobre la protección adecuada de los datos personales por parte del Reino Unido, para salvaguardar los intereses comerciales de las empresas europeas, permitiendo las transferencias internacionales de datos y ofreciendo un marco jurídico claro y sólido al respecto de cara al futuro. Recuperado de https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0262_ES.html

Convenio 108 del Consejo de Europa, siendo firmado por el gobierno inglés el 14 de mayo de 1981 y ratificado en un momento ulterior, el 26 de agosto de 1987. Como plasmación de este compromiso jurídico europeo, esta ley se distribuía en 43 artículos y estructurada en 5 Partes y cuatro disposiciones anexas que recogen ampliamente las directrices marcadas por el Consejo de Europa³¹⁷.

En la I Parte recogía como acción de previsión operativa, los conceptos que van a determinar su correcta aplicabilidad de la norma³¹⁸. La *Data Protection Act* distinguía en su art. 1 entre diferentes conceptos de datos. Por un lado, definió por dato como aquella información que puede ser procesada de forma automática. Por otro lado, como dato personal encuadra la información que se refiera a la vida privada de las personas, inclusive las opiniones individualizadas sobre esta. También integró bajo el concepto de *data subject* la vinculación de los individuos como sujetos titulares de sus datos personales. Y, por último, como *data user* como aquella persona que manejaba o procesaba datos personales.

Conviene examinar en estos momentos dada la evidente conexión con las aclaraciones realizadas los principios que van a encauzar un tratamiento legítimo de los datos personales. Para ello es necesario remitirse a los Anexos I y II de la ley, en donde se llevó a cabo una declaración clara y concisa sobre los principios a respetar. En este sentido, el Anexo I clarificó los siguientes principios: de obtención lícita, de legitimidad del tratamiento basado en un fin concreto y específico, de exactitud y de minimización en la recogida, así como en el almacenamiento o custodia por el tiempo imprescindible. De lo anterior, se puede evidenciar un claro compromiso en la salvaguardia del derecho a la protección de datos supeditando el cumplimiento de estos principios como base de un tratamiento legítimo de datos. Por su parte el Anexo II además de desarrollar de forma más pormenorizada los principios examinados, incorporó adicionalmente como refuerzo inmediato el principio de acceso, rectificación y cancelación de los datos. Al mismo tiempo conjugaba, por último, la necesidad de determinar protocolos, medidas y acciones de respeto en cuanto al acceso a los datos personales como plasmación directa del principio de seguridad.

³¹⁷ MURILLO DE LA CUEVA, P. (1990). *El derecho a la autodeterminación informativa: la protección de los datos personales frente al uso de la informática*, ob. cit., p. 137.

³¹⁸ Una vez más tomando de referencia a HEREDERO HIGUERAS, M. (1988). *Informática. Leyes de protección de datos (III)*, Documentación Informática, nº4, Madrid, Ministerio de las Administraciones Públicas, pp. 305-363.

Retomando la estructura articulada de la ley, regulaba de forma temprana en su art. 3 dos figuras de control, *The Data Protection Registrar* y *The Data Protection Tribunal*. El primero, se constituyó como un órgano unipersonal que ostentaba funciones propias ligadas a su génesis como son la llevanza del registro de datos personales como la supervisión y control de la norma. El procedimiento de solicitud de inscripción estaba regulado en los arts. 6, 7 y 8, y su iniciación era a instancia de parte por los interesados concretando aspectos como el fin del tratamiento, el tipo de datos, el medio de recogida y la posible cesión o transmisión de estos. Por tales motivos, es por lo que el Registrador recibía las solicitudes y emitía las notificaciones sobre la admisión como la inadmisión de las inscripciones en el registro, que por lo general, de acuerdo con el art. 9, se priorizaba la gratuidad del servicio de acceso a los datos del registro, pero sin embargo, también previó la posibilidad de fijar una tasa para la expedición de copias del contenido del registro.

En segundo lugar, el Tribunal actuaba como órgano de apelación de las decisiones adoptadas por el Registrador en materia de inscripción en el registro de datos, en este sentido, el art. 13 y el Anexo III de la ley instauraron el procedimiento de apelación de tales resoluciones ante las cuales los interesados podían reclamar una revisión. En el caso de haber obtenido la estimación de la solicitud, tal y como reflejaba el art. 14, el Registrador debía adoptar los parámetros acordados en la resolución de apelación³¹⁹.

Los derechos asignados a los titulares de los datos personales, *rights of data subjects*, estaban anclados en la III Parte de la ley. El art. 21 introdujo el comúnmente denominado derecho de acceso, derecho a ser informado o tener conocimiento de los datos individuales contenidos en un registro como el derecho a obtener copia de estos. Así mismo y como derivación de la conexión entre acceso y verificación al registro, el art. 22 reconocía una posible indemnización a los individuos por los daños causados ante la inexactitud de estos datos, máxime, en situaciones como el almacenamiento en medios informáticos que podían derivar en pérdida o divulgación *ex art. 23*. Como alternativa a este tipo de circunstancias, podría otorgarse la rectificación o eliminación de datos del usuario en el caso de que fuesen inexactos y dieran lugar a un equívoco, como reconocimiento del el art. 24 de los principios de rectificación y eliminación.

³¹⁹ ASPAS ASPAS, J. (1996). “Registrador de protección de datos británico y el Comisario de protección de datos irlandés”, *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de derecho informático*, nº 12-15, pp. 1266-1270.

Una de las particularidades de esta *Data Protection Act* es que no era lo suficientemente clarificadora en lo que se refiere al régimen sancionador a diferencia de como sí hacen prácticamente la totalidad del resto de países examinados. De hecho de la lectura del art. 19 se puede llegar a la siguiente conclusión:

- 1.- Con carácter general, una pena de multa *ex art. 19.2 a*).
- 2.- Pena de multa que no exceda del máximo legal *ex art. 19.2 b*) en relación con la escala estándar fijada en la sección 74ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1982.
3. Pena de multa que no exceda del quinto nivel en la escala estándar que determina la escala estándar fijada en la sección 75ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1982.

De donde se infiere que, a diferencia de otros regímenes jurídicos europeos, no se establecía una clasificación directa que arrojase una identidad trasparente sobre las distintas infracciones ordenadas conforme a una ponderación de su gravedad. Por lo que, la *Data Protection Act* se limitaba a remitirse expresamente a una ley secundaria y complementaria, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1982, encargada de determinar el régimen sancionador operante.

1.6. Portugal.

Portugal es uno de los pocos países que ha integrado en su carta magna un reconocimiento expreso constitucional a la protección de datos. De hecho, fue el primer Estado europeo que integró en la Constitución de 1976 una previsión concretada y específica del derecho a la protección de datos. En este sentido, la preocupación por el uso de la informática se integró en el texto constitucional, en concreto, en el art. 35 declarado lo siguiente:

“1. Todos los ciudadanos tienen derecho a conocer lo que constare acerca de los mismos en registros mecanográficos, así como el fin a que se destinan las informaciones, pudiendo la rectificación de los datos y su actualización.

2. La informática no puede ser usada para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, excepto cuando se tratase del proceso de datos no identificables para fines estadísticos.

3. Queda prohibida la atribución de un número nacional único a los ciudadanos”.

De la lectura de este precepto se constatan muchos de los principios que han recogido las leyes de protección de datos estudiadas con anterioridad. Por ejemplo, en el

primer apartado se hace referencia a los derechos del interesado, en concreto, el acceso, rectificación y actualización de la información recogida en un registro mecanográfico. Por otro lado, concreta la prohibición expresa de categorías de datos especialmente protegidos tales como la ideología política, la pensamiento religioso o información referente a la vida privada de los interesados. Posteriormente, este art. 35 sería corregido parcialmente ampliando su contenido puesto que sufrió la modificación del término “registros mecanográficos” por el concepto de “registros informáticos”; lo que constituye una actualización de la simple mecanografía a la amplitud del tratamiento informático llevado a cabo por diferentes dispositivos electrónicos. Introduce una obligación legislativa en términos similares a nuestro ordenamiento jurídico en el art. 18.4 CE, respecto a la determinación por ley de las condiciones y requisitos que debe cumplir el tratamiento automatizado de datos.

A partir de esta previsión constitucional, se aprobó la primera ley portuguesa de protección de datos, Ley nº 10/91 *Lei da Protecção de Dados Pessoais face à Informática*³²⁰. De su lectura se puede comprobar que es una ley que consiguió articular, en un primer momento, los cimientos sobre los que versaría el tratamiento de datos personales. Prueba de ello es que su art. 1 fijaba la obligación de respeto de la vida privada, familiar y los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos ante el inevitable uso de las tecnologías de la información. En este primer capítulo de la Ley 10/91 se acoge el ámbito, los principios generales y una aproximación a los términos informáticos implicados en los procesos de tratamientos automatizados.

En su Capítulo II dedicaba su articulado a la descripción pormenorizada del funcionamiento de la autoridad independiente encargada de verificar el respeto de los derechos y libertades garantizados tanto en la ley como en la constitución portuguesa, la Comisión Nacional de Protección de Datos Personales Informatizados, siguiendo de este modo, la senda europea.

El capítulo III estaba dedicado íntegramente a los principios que debía cumplir todo procesamiento automatizado de datos. Entre ellos los requisitos asimilables al tratamiento de datos, el tratamiento de las categorías especiales de datos y los requisitos de recogida. La regulación de estos principios estaba estrechamente vinculada al desarrollo del Capítulo V en el que se especificó el itinerario legal a seguirse al momento de la recopilación, interconexión de datos personales y la obligación de suprimir los datos

³²⁰ Recuperado de <https://data.dre.pt/eli/lei/10/1991/04/29/p/dre/pt/html>

una vez que se cumplan los plazos de conservación estimados. Así mismo, se reconocieron los derechos atribuidos a los titulares de los datos personales, especificando el derecho a la información, al acceso y a la actualización de estos que volvería a desarrollar más tarde en el Capítulo VI.

Mientras que el Capítulo IV se llevó a cabo una clasificación de los datos diferenciando entre registros públicos y privados, con la estricta obligación previa de comunicar en ambos casos su creación a la Comisión Nacional. La comunicación es realizada con el fin de crear un registro a efectos de control de cumplimiento de la normativa. A esta inscripción debe acompañarse una información suministrada por el responsable del tratamiento de datos; nombre y dirección, características del tratamiento y la finalidad, forma de recopilación, medidas de seguridad adoptadas, tiempo de conservación, procedimiento establecido para el ejercicio de derechos de los ciudadanos, entre otros aspectos.

También tuvo la oportunidad el legislador portugués de otorgar un espacio al flujo transfronterizo de datos personales en el Capítulo VII. Concretamente, determinó necesario el cumplimiento de dos obligaciones; primero, en cualquier caso contar previamente a la transferencia internacional con la autorización expresa de la Comisión Nacional; en segundo lugar, que la transferencia se llevase a cabo a un país que cumpliera con unas garantías mínimas en sintonía con la propia ley estudiada.

Por último lugar, el Capítulo VIII integró el régimen de infracciones y sanciones, que asombrosamente, asigna a un régimen penal que no administrativo. De este modo, tipificaba infracciones tales como la utilización ilegal de los datos, la obstrucción en el acceso a la información contenida en los ficheros, la interconexión digital, la proporcionar información falsa al registro de la Comisión Nacional, así como el acceso, manipulación o destrucción de datos entre otras, calificando estas infracciones con penas de prisión que oscilan entre 120 días hasta 2 años, penas de multa hasta 240 días, con penas accesorias de publicación de las penas.

En estos momentos, Portugal no había ratificado el Convenio 108 del Consejo de Europa, no sería hasta el 2 de septiembre de 1993 cuando tendría lugar este hecho. A este respecto y cumpliendo el compromiso adquirido, aprobó la Ley 28/94 de 29 de agosto de

1994³²¹. Esta ley complementaría la Ley 10/91 y ampliaría los mecanismos de protección de datos personales que ya se han mencionado con anterioridad a fin de ajustarse a los parámetros garantistas fijados por el Convenio 108 del Consejo de Europa.

1.7. Italia.

Trasladando ahora el estudio a Italia, país que se encuentra entre el aquellos que no ha integrado una protección constitucional del derecho a la protección de datos. En su caso, si bien es cierto que firmó el Convenio 108 el 2 de febrero de 1983 la implantación del compromiso legislativo no tuvo lugar de forma temprana. Concretamente, se llevó a cabo de forma combinada aprobándose:

- La Ley nº 675 de 31 de diciembre de 1996, sobre tutela de las personas y de otros sujetos respecto al tratamiento de los datos personales³²².
- La Ley nº 676 de 31 de diciembre de 1996, de delegación al gobierno en materia de tutela de las personas y de otros sujetos respecto al tratamiento de datos personales³²³.

Ambas legislaciones sobre la materia fueron publicadas en el Diario Oficial el 8 de enero de 1997 y no entrarían en vigor hasta el 8 de mayo de 1997³²⁴, año en el que precisamente se acometió la ratificación del Convenio 108 del Consejo de Europa. Se caracteriza por ser una ley que contaba con estructura sucinta y precisa, constituida por un total de 45 artículos ordenados en 10 capítulos.

En el primer capítulo comenzaba concretando en el art. 1 la finalidad principal de la norma que no es otro que el respeto de los derechos, las libertades fundamentales, así como la dignidad de las personas, con especial referencia a la confidencialidad e identidad personal. Siendo lo que más relevancia adquiere inicialmente es que amplía su campo de protección no solo a personas físicas sino también a personas jurídicas en la misma línea

³²¹ Recuperado de <https://dre.tretas.org/pdfs/1994/08/29/plain-61329.pdf>. Portugal se adaptó al RGPD mediante la aprobación de la Lei nº 58/2019 de 8 de agosto de 2019, Recuperado de <https://data.dre.pt/eli/lei/58/2019/08/08/p/dre/pt/html>

³²² Recuperado de <https://www.parlamento.it/parlam/leggi/966751.htm>

³²³ Recuperado de <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1997/01/08/097G0005/sg>

³²⁴ LOSANO, M. (1997). “La ley italiana sobre protección de datos personales”, *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, p. 147.

que la norma danesa. Prosigue con la introducción pedagógica de conceptos técnicos, característica propia de las leyes de este periodo temporal, como pueden ser: banco de datos, tratamiento, datos personales, interesado, responsable, difusión, dato anónimo, entre otros. Así mismo, a continuación determinaba el ámbito de aplicación de la norma, precisiones sobre tratamientos específicos en el ámbito público y el tratamiento de datos sin intermediación de medios electrónicos.

Mientras que el Capítulo II estaba dedicado íntegramente a detallar las obligaciones atribuidas al responsable del interesado, obligaciones que se correspondían con la notificación previa a la autoridad garante de protección de datos con la información correspondiente. Habría que decir también que el art. 8 creó un estatuto jurídico sobre la persona del responsable. Por un lado, enumeraba como requisitos a observar en su nombramiento la experiencia, capacidad y fiabilidad. Y por otro lado, respecto a sus funciones debía acatar las tareas que asumiera bajo las instrucciones del titular. Así mismo, también se concretó la figura del encargado del tratamiento como partícipe en el tratamiento de datos prestando servicios al responsable.

El capítulo III desarrollaba los principios o requisitos relativos al momento de la recogida del tratamiento de datos, tales como el de finalidad, legitimidad, exactitud y minimización de datos. Igualmente, otorgó un espacio al deber de información previa al interesado sobre el tipo de operación de tratamiento de datos, las cesiones de sus datos, los derechos que puede ejercitar y la identificación concisa del responsable que llevará a cabo el tratamiento.

Los criterios sobre operaciones de tratamiento de datos personales singulares fueron especificados en el Capítulo IV, es decir, aquellos datos personales que pudieran revelar el origen racial y étnico, creencias religiosas, opiniones políticas como la afiliación a partidos, sindicatos o asociaciones u organizaciones de tal carácter así como datos relativos al estado de salud y vida sexual. No obstante y pese a lo anterior, para este tipo de tratamiento de datos sensibles que pudieran reflejar un perfil sobre contenido potencialmente sensible limitaba esta posibilidad a la acreditación fehaciente del consentimiento del interesado y la aprobación por la autoridad garante de protección de datos.

Por otro lado, respecto al trasvase internacional de datos concretado en el Capítulo V se requería también la autorización previa de la autoridad de protección de datos siempre y cuando, el país de destino no contase con un nivel adecuado de tutela y protección de la información personal objeto de transferencia.

La tutela administrativa de los derechos que podían ser ejercitados por los interesados se acogían en el art. 29 único precepto que integra el Capítulo VI. Esta tutela se podía ejercer indistintamente bien ante la autoridad administrativa, la agencia de protección de datos italiana, como ante la jurisdicción civil en el caso de reclamar una indemnización por daños. Los capítulos VI y VII se encontraban interconectados ya que regulaban tanto el procedimiento como la institución que velaría por el cumplimiento de la presente norma, denominada *Garante per la Protezione dei Dati Personali*. El art. 30 configuró, una institución u órgano especializado en materia de protección de datos que actuaría con total autonomía e independencia, limitando su composición a solamente 4 miembros, dos elegidos por cada Cámara eligiendo entre ellos a un presidente que pilotará la corporación.

Ya por último, la ley italiana sobre protección de datos personales también contaba con un régimen sancionador en el Capítulo VIII, distinguiendo, en primer lugar, un régimen administrativo, que implicaba el pago de una sanción pecuniaria y subsidiariamente la publicación de esta. Y, por otro lado, un régimen penal que conllevaba la aplicación de penas privativas de libertad que oscilan entre 1 mes a 3 años.

En definitiva, el caso de Italia es un ejemplo de una actuación tardía que viene entre otras causas motivada por un debate parlamentario que se prolongó en el tiempo. Téngase en cuenta que de la lectura de la Ley nº 675 se puede comprobar que su articulado no era acorde con las directrices marcadas por la Directiva 95/46/CE. Es por lo que, conforme al contexto temporal y, pese a ser la ley nacional posterior a la norma comunitaria, la primera únicamente cumplió un doble fin; tanto superar la laguna jurídica existente por entonces en este aspecto como cumplir el compromiso adquirido por la firma y ratificación del Convenio 108. Por ello, el legislador italiano podría haber acometido dos acciones de forma conjunta: un instrumento propio en su ámbito territorial que regulase el tratamiento de datos personales y, además, cumplir con el mandato europeo establecido por la Directiva 95/46/CE.

A modo de cierre de cierre de este epígrafe en el que se ha llevado a cabo un recorrido histórico por las primeras leyes de protección de datos en el marco europeo, procede reflexionar sobre las principales similitudes que existen entre estas normativas.

En primer lugar, La Ley de Hesse de 1970 fue pionera en el sentido de que marcó el camino que posteriormente siguieron los países europeos en la regulación de aspectos cruciales en el ámbito de la protección de datos personales. Por tanto, destacó por aspectos tales como, por ejemplo, la aplicación de la norma al tratamiento automatizado de datos

personales (tanto a personas físicas como jurídicas), el principio de seguridad del tratamiento de datos personales, los derechos del interesado, el deber de información y la creación de una entidad supervisora.

Sin embargo, posteriormente la *Data Lag* de 1973 recogió el testigo de la Ley de Hesse de 1970 ampliando considerablemente los parámetros que acontecen un tratamiento de datos personales. Por un lado, introdujo definiciones técnicas sobre aspectos relativos al tratamiento de datos personales a fin de superar las dificultades técnicas de este proceso. Por otro lado, amplió las facultades de la *Datainspektion* atribuyéndole la capacidad de autorizar la creación del registro de datos personales y, además, en el caso de transferencias internacionales de datos personales cuando la intimidad de los interesados podía verse afectada. Así mismo, asignó para una categoría concreta y específica de datos personales el carácter de especialmente sensibles como pueden ser los datos relativos a la salud, a la vida sexual, datos que pudieran revelar opiniones políticas, religiosas o información relativa al sistema financiero o de asistencia social del interesado, con la correlativa obligación de adoptar las medidas de seguridad oportunas. Y, por último, la configuración de un régimen infractor y sancionador como medida de represión de aquellas conductas que incumplieran los parámetros establecidos por la normativa de protección de datos personales.

Como ha podido comprobarse, cada una de estas previsiones que fueron adelantadas en un primer momento por la Ley de Hesse de 1970 y, posteriormente, desarrolladas y ampliadas en la *Data Lag* de 1973, constituyeron la piedra angular del marco normativo de protección de datos. De hecho, fueron el espejo legislativo en el que se fijaron el resto de los países europeos examinados, Alemania en 1977, Dinamarca y Francia en 1978, Reino Unido en 1984, Portugal en 1991 e Italia en 1996. Y todos ellos compartían la misma preocupación en un momento temporal concreto, dar una respuesta legislativa al vacío jurídico que por entonces existía respecto al tratamiento de datos personales ante el incremento extenuado del uso de las tecnologías tanto en el ámbito personal como en el ámbito profesional. Pero, también, cumplir con el compromiso que habían adquirido al firmar el Convenio 108 de 1981 del Consejo de Europa que precisamente instaba a los Estados firmantes a aprobar una legislación jurídica específica sobre este ámbito, la protección de datos personales como medida de salvaguarda de los derechos fundamentales frente al uso de la informática.

2. El marco jurídico español en protección de datos: análisis legislativo.

Tras el análisis comparativo de las legislaciones de los países europeos sobre protección de datos, llega el turno de nuestro ordenamiento jurídico. Como ha podido comprobarse en los párrafos precedentes, los primeros esbozos sobre la regulación jurídica de la protección de datos ante el nerviosismo legislativo sobre el uso de la informática fueron bien tempranos. Sin embargo, en el caso de España este debate parlamentario no llegaría hasta el momento de la tramitación de nuestra carta magna.

Efectivamente, si algo puede caracterizar a la actual redacción del art. 18.4 CE es que no siempre gozó del total acuerdo de los parlamentarios y así quedó patente en el debate de las ponencias. Inicialmente, el art. 18.4 en el anteproyecto estaba redactado de la siguiente manera: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la, intimidad personal y familiar de los ciudadanos³²⁵.” Por tanto, se quedó fuera de la redacción primaria la última parte “y el pleno ejercicio de sus derechos”, lo que durante su debate generó posturas bien enfrentadas sobre su innecesaria inclusión definitiva.

El anteproyecto de la CE pasó a ser debatido en las Cortes Generales a fin de ser sometido a enmiendas para proponer propuestas de modificación. Respecto al tema que ocupa este espacio, una de las posturas que desvirtuó la relevancia del art. 18.4 CE actual, fue SANCHO ROF del grupo UCD. En su enmienda nº 779 justificaba que si bien es cierto que aprobar una Constitución debe tener un sentido, un sentido duradero, este criterio puede verse amenazado por el simple hecho de limitar el campo de protección a un medio concreto, la informática, cuando en el futuro pudieran aparecer nuevos medios de amenaza para la intimidad. En este sentido, bajo su criterio el apartado cuarto es irrelevante por cuanto a tenor del art. 18.1 se determina que las leyes de desarrollo de la carta magna establecerán la garantía de protección de estos derechos, tanto para paliar el uso desmesurado de la informática como de cualquier otra técnica o conducta que atente contra estos derechos fundamentales³²⁶.

Por otro lado, quienes se mostraron partidarios de mantener la referencia a la informática en el precepto constitucional se encuentra la enmienda nº 470 defendida por GASTÁN SANZ que representaba al Grupo Mixto. Desde su punto de vista, la tutela de amparo por el uso de la informática debía ampliarse a todos los derechos, es decir, en su

³²⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Legislatura Constituyente, Proyectos de Ley, número 44, de 5 de enero de 1978.

³²⁶ *Ibidem*.

opinión era necesario mantener la mención constitucional al uso de la informática, pero no limitarla exclusivamente al honor y a la intimidad³²⁷. Por esta razón, su propuesta de redacción era la siguiente: “a ley regulará el acopio, uso y difusión de los datos personales contenidos en los archivos o registros, susceptibles de acceso automático, con objeto de garantizar las libertades públicas y el ordenamiento constitucional”. Así, se aporta una explicación más clarificadora del alcance que puede tener la informática en relación con los derechos fundamentales.

Quienes se llevarían la gloria por haber aportado la que sería hoy la redacción final del art. 18.4 CE fue la enmienda nº 117 presentada por Minoría Catalana, defendida por ROCA JUNYENT. En su intervención argumentó las evidencias manifiestas en otros países sobre la injerencia de la informática en la libertad del ciudadano. Por un lado, hizo referencia expresa al caso de Norteamérica y no por casualidad probablemente, ya que por aquel entonces, el proceso de discusión sobre el uso de la informática en este país no solo giraba en torno a la intimidad sino también de otros derechos y libertades³²⁸. Quizás por ello, ROCA JUNYENT declarase que limitar la protección del daño de la informática sobre el honor y la intimidad personal y familiar sería una solución parcial del problema y, por ende, insuficiente puesto que lo verdaderamente grave es cuando la información pueda interferir o impedir el ejercicio de derechos por los ciudadanos, siendo más oportuna la regulación conjunta de ambas cuestiones³²⁹.

El planteamiento de ROCA JUNYENT fue respaldado a su vez por dos agrupaciones políticas. En primer lugar, por el Grupo Socialistas de Cataluña capitaneado por MARTÍN TOVAL que en su intervención se preocupó por señalar a la informática ya no solo como una técnica de intromisión sino más aún como técnica de limitación del honor y de la intimidad personal y familiar de los ciudadanos, generado así una consecuencia negativa para sus intereses, el ejercicio pleno de sus derechos constitucionales. Así mismo, trajo a colación de su intervención la propuesta del programa “Safari” que pretendió implementar el gobierno galo; un control personal de los ciudadanos que aglutinaba datos personales, familiares, de estudios, vida profesional,

³²⁷ PÉREZ LUÑO, E. (1981). “Informática y Libertad. Comentario al art. 18.4 de la Constitución Española”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 24, p. 43.

³²⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Legislatura Constituyente, Proyectos de Ley, número 70, de 19 de mayo de 1978, p. 2527.

³²⁹ *Ibidem*.

multas, e incluso afiliación política y sindical. Lo que quería señalar MARTÍN TOVAL eran las incuestionables posibilidades de generar bancos de datos gracias a la informática, que permiten adentrarse en la esfera de privacidad de las personas interfiriendo, en suma, en la libertad del ciudadano. De ahí que, defendiera que sin estar en contra del uso de la tecnología, era necesario articular cláusulas que ofrezcan garantías constitucionales por el uso desmesurado de esta, inclusive, por el Estado.

También se subió al tren jurídico de defensa de la actual redacción del art. 18.4 CE, el parlamentario SOLE TURA del Grupo Comunista que se adhirió a la propuesta de Minoría Catalana y sobre el terreno parlamentario manifestó el carácter futurista de la carta magna a efectos de hacer frente a los cambios técnicos que incidan en el ejercicio de las libertades. Pese a que por entonces la informática se encontraba en pleno desarrollo expansivo justificó que esta es la razón principal para no desaprovechar la oportunidad de limitar la protección en exclusiva del honor y la intimidad. Y, además, abogaba por garantizar con plenitud el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales; consolidando así “garantías de control de los controladores³³⁰”.

Como cierre a este recorrido histórico de la tramitación de nuestra carta magna, se puede compartir que, razón no le faltaba a SANCHO ROF sobre la necesidad de prever que el desarrollo exponencial de las tecnologías podría causar una injerencia en los derechos cuestionados. Pero, en detrimento de su tesis, el término informática tal como prevé la RAE engloba aquel “conjunto de conocimientos científicos y técnicas que hacen posible el tratamiento automatizado de información por medios de computadoras³³¹”, ya que por estos momentos, la introducción de las computadoras coincidía con el desarrollo de la sociedad de la información y generó principalmente el auge del tratamiento de datos por este tipo de medios. No obstante, debería entenderse informática en su sentido amplio, ya que su referencia actual no debe ser asimilada exclusivamente a las computadoras puesto que fruto de su crecimiento desorbitado, la informática, ha desarrollado otro tipo de medios o técnicas a los que SANCHO ROF hizo referencia.

Por tanto, como se ha trasladado la redacción final del precepto, art. 18.4 CE, tomaría forma tal y como ROCA JUNYENT defendió en sede parlamentaria. Una definición mucho más completa, comedida y extensiva a fin de amparar los maliciosos

³³⁰ *Ibidem*.

³³¹ Real Academia Española. (s.f.). Informática. En *Diccionario de la lengua española*. Consultado el 20 de julio de 2021, de <https://dle.rae.es/informático>

usos de la informática en los derechos fundamentales que permitan articular medios de protección a los ciudadanos sin ver limitados el pleno ejercicio de sus derechos.

No faltaron críticos en la doctrina sobre esta decisión final tomada por el legislador sobre la redacción del art. 18.4 CE. Entre ellos, PÉREZ LUÑO para quien desde su perspectiva, el legislador cometió un error al minimizar la preocupación generada por la informática en un reducto del art. 18CE ya que, como en realidad se ha trasladado por el poder constituyente, si se deseaba garantizar la protección frente a los abusos informáticos “hubiera sido preferible dedicar por entero un artículo de la Constitución³³²”. En este punto, PÉREZ LUÑO realizó a este respecto el modelo adoptado por la Constitución Portuguesa, en la que el art. 35 dedica una regulación extensa y pormenorizada a este nerviosismo digital, todo ello sin abandonar la referencia a una ley de desarrollo extensiva que integre los conceptos más singulares en esta materia³³³.

No obstante, en el pistoletazo jurídico de salida para llevar a cabo un desarrollo legislativo no lo tomaría el art. 18.4 CE sino el art. 18.1 CE. En efecto, se aprobó Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante, LO 1/1982)³³⁴. Pese a la opinión de los más escépticos sobre esta decisión, como por ejemplo, GARRIDO FALLA que en una obra en la que se comenta con rigor los diferentes preceptos de la Constitución, deja de manifiesto que los derechos y libertades consagrados en el art. 18 CE no requerían de desarrollo legislativo. Desde su punto de vista, adolecen de carácter programático, puesto que en cierto modo, posibilitan el acceso directo ante la jurisdicción para reclamar su protección dada su ubicación en la carta magna³³⁵.

Por contraposición, desde la perspectiva de VIDAL MARTÍNEZ, manifestó que si bien el art. 18.4 CE se remite expresamente a la ley para regular el uso de la informática a fin de proteger el honor y la intimidad personal y familiar, no sucede lo mismo respecto al art. 18.1 CE³³⁶. Es por ello por lo que, este hecho no disipa las dudas generadas sobre

³³² PÉREZ LUÑO, E. (1981). “Informática y Libertad. Comentario al art. 18.4 de la Constitución Española”, *ob. cit.*, p. 44.

³³³ *Ibidem*.

³³⁴ BOE nº 115, de 14 de mayo de 1982.

³³⁵ GARRIDO FALLA, F. (1980). *Comentarios a la Constitución*, 1ª ed., Madrid, Civitas, p. 582.

³³⁶ VIDAL MARTÍNEZ, J. (1984). *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Madrid, Editorial Montecorvo, p. 15.

la necesidad de un desarrollo legislativo de este último³³⁷. Precisamente, en la exposición de motivos de esta ley se podía descifrar la preocupación de necesidad de articular fórmulas legislativas para paliar las intromisiones e injerencias en la vida privada *ex art.* 7 LO 1/1982, actuando así del mismo modo que otros países que contaban con un desarrollo social como tecnológico en sintonía al español, llevando a término este propósito.

Pero, conviene señalar que, el legislador español precavido y consciente de regular las intromisiones de la tecnología en los derechos fundamentales comentados dispuso un régimen transitorio. En efecto, la disposición transitoria primera, acogería en amparo de forma provisional en tanto no se apruebe una ley al efecto de dar cumplimiento a la obligación impuesto al legislador en el art. 18.4 CE. de este modo, la LO 1/1982 protegerá civilmente la interferencia de la tecnología en el honor y a la intimidad personal y familiar en pleno ejercicio de sus derechos.

Y el remedio legislativo paliativo a esta situación no fue por falta de propuestas, pero ninguna de ellas tuvo un apoyo suficiente³³⁸. Desde el ámbito doctrinal se presentaron:

- Las Bases para una Ley de Protección de la Intimidad frente a las Técnicas Informáticas, a propuesta de JIMÉNEZ ESCOBAR.
- Las bases para un Proyecto de Ley Orgánica sobre Informática y Derechos Fundamentales, a propuesta de PÉREZ LUÑO.
- La propuesta de texto articulado sobre la Ley para la Protección de los Derechos y Libertades en relación con el uso de la Informática y de las Telecomunicaciones de la Asociación Pro-Derechos (APDH), defendida por MARTÍN PALLÍN y LÓPEZ GARRIDO.

Asimismo, se sumaron otras propuestas cuyo objetivo era superar las lagunas jurídicas sobre el tratamiento del flujo de datos personales. Se plantearon a saber, las siguientes:

³³⁷ *Ibidem*.

³³⁸ Las propuestas doctrinales y políticas expuestas en aras de alcanzar un texto legislativo que regulase la protección de datos personales han sido recogidas a partir de la obra de PÉREZ LUÑO, E. (1989). *Iniciativas y proyectos de ley Españoles sobre informática y Libertades*, en LOSANO, M. PÉREZ LUÑO, E. GUERRERO MATEUS, M^o, *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Centro de estudios constitucionales, pp. 197-212.

- Anteproyecto de Ley Orgánica de Regulación del uso de la informática para la Protección de los Datos Personales.
- Proposición de Ley de Protección al honor y a la intimidad de las personas frente a la utilización de las bases de datos, presentada por Coalición Popular.
- Proposición de Ley Orgánica de Protección de Derechos y Libertades en relación con el uso de la informática y las telecomunicaciones, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto-Agrupación Izquierda Unida-Esquerra Catalana.

Todas ellas descartadas por considerarlas negativas para los intereses de la sociedad en general, quedando por consiguiente, en el tintero legislativo. En este sentido, existió una preocupación e incertidumbre sobre la inexistencia de una norma que regulase el uso de la informática. Tómese en cuenta que en este contexto político y económico en España, abocaba al legislador a apresurarse en promulgar la legislación permitente.

Dejando a un lado las actitudes pesimistas, PÉREZ LUÑO vaticinó que estas circunstancias lejos de causar un “retraso providencial y revelarse como una hegeliana astucia de la razón (...) puede “beneficiarnos de las experiencias previas y evitar sufrir sus errores³³⁹”. Por consiguiente, el legislador español debía ser astuto y plantear una norma satisfactoria a las realidades económicas, sociales y culturales como antaño presentaron países analizados previamente. Lo que significa que si el legislador ajustándose a una realidad concreta supera la experiencia vivida en otros países, podría dar lugar a una norma que “resida en el diseño de un adecuado Derecho de la informática³⁴⁰”.

2.1. La Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal.

Siguiendo con el análisis de las generaciones de leyes de protección de datos personales, es turno de la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (en adelante, LORTAD)³⁴¹.

³³⁹ *Ibidem*.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 213.

³⁴¹ BOE nº 262, de 31 de octubre de 1992. Aunque no entraría en vigor hasta mucho más tarde, de acuerdo con la Disposición Final Cuarta, a los tres meses de su publicación en el BOE. *Vid.*, un estudio completo sobre esta ley en MURILLO DE LA CUEVA, P. (1993). *Informática y protección de datos personales.: (estudio sobre la ley orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. HEREDERO HIGUERAS, M. (1998). *La Ley*

Por un lado, con la aprobación de la LORTAD, se cumplió el mandato fijado en la CE, concretamente, en su art. 18.4. Como pudo afirmarse, en este precepto se emplazaba al legislador a limitar el uso de la informática como medida de amparo al honor y a la intimidad personal y familiar de los ciudadanos³⁴². Y, por otro lado, España cumplió estrictamente con en el art. 4 del Convenio de protección de datos personales de 1981 en cuanto a la obligación de los Estados firmantes de incorporar a su derecho interno disposiciones que garanticen el respeto de tales derechos respecto al tratamiento de sus datos personales. De este modo, y tras la ratificación por España del citado convenio en 1985, se coronaría como la primera ley de protección de datos en nuestro ordenamiento jurídico.

La LORTAD aprobada en 1992, pone en evidencia un retraso considerable respecto a sus homólogos europeos³⁴³ para dar respuestas a las inquietudes y peligrosidades que generaba la sociedad informática por entonces a los derechos en cuestión³⁴⁴. Téngase en cuenta además, que se aprobó prácticamente 14 años después de la ratificación y entrada en vigor de nuestra carta magna en 1978. Y que, en suma, situando a España junto con Portugal, fueron de los primeros estados en reconocer jurídica y constitucionalmente un derecho de protección frente a la informática³⁴⁵. La LORTAD concluyó así con un periodo de incertidumbre y desprotección jurídica sobre los posibles riesgos generados por la introducción de las tecnologías en la sociedad.

Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, Madrid, Tecnos, pp. 86-104.

³⁴² SANTAMARÍA IBEAS se muestra perplejo respecto a la actitud del legislador. Desde su punto de vista, es palpable en el legislador una predisposición negativa respecto al progreso informático, ya que lo más oportuno hubiese sido hablar de “regular” y no de “limitar” el uso de la informática. SANTAMARÍA IBEAS, J. (1994). “La LORTAD: breve análisis de sus antecedentes”, *Informática y Derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, nº 4, p. 262.

³⁴³ Alemania por partida doble en 1970 y 1977, Suecia en 1973, Reino Unido en 1984, Francia en 1978, Portugal en 1991.

³⁴⁴ PÉREZ LUÑO, E. (1993). “La Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento de los Datos de Carácter Personal (LORTAD) y los derechos fundamentales”, *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, nº 1, p. 405.

³⁴⁵ CARRASCOSA LÓPEZ, V. (1992). “Derecho a la intimidad e informática”, *Informática y Derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, nº 1, p. 20. TRÍAS SAGNIER, J. (1992). “Informática y privacidad. ¿Se pueden poner puertas al campo?”, *Cuenta y razón*, p. 98. PÉREZ LUÑO, E. (1994). “La protección de datos personales en España: presente y futuro”, *Informática y Derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, nº 4, p. 235.

Uno de los aspectos más significativos de la LORTAD se encontraba en su exposición de motivos y es que referenciaba en sus líneas la evidente preocupación social ante una potencial amenaza: el desarrollo y explosión de la informática. Estos nuevos progresos técnicos permiten recoger, almacenar y acceder a información que expone la privacidad de los individuos. En efecto, se utilizó el término privacidad y no de intimidad, es decir, transportó a nuestro ordenamiento jurídico el tratamiento de la *privacy* anglosajona dándole un estatus superior, por tanto, a la privacidad.

Para justificar la adopción del término privacidad llevó a cabo una distinción con la intimidad, identificando a la primera como “un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado”. Mientras que, a la segunda, como aquella que “protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona -el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos”.

Todo ello no es sino manifestación de la amplitud de la esfera de protección de la vida privada respecto a la conjunción de la intimidad como espacio más íntimo y limitado. Y para ello acometió una importante tarea y es que si bien el legislador fue bastante claro al afirmar que la intimidad ya disfrutaba de suficiente protección jurídica en el art. 18 CE como por las leyes que la desarrollan, sin embargo, ante esta situación nueva, la sociedad de la informática o sociedad tecnológicamente dependiente no sucedía lo mismo con la privacidad quien no disfrutaba con las mismas garantías que la intimidad.

Desde luego, las preocupaciones del legislador por el posible uso de la tecnología estaban influenciadas por el crecimiento exponencial de la sociedad de la información en la década de los 90³⁴⁶. Recuérdese, que estas preocupaciones ya se manifestaron en Norteamérica mucho antes con las aportaciones doctrinales de WARREN Y BRANDEIS en 1890, MILLER en 1970 y GRAHAM en 1980 como se ha podido analizar en el Capítulo I. Por lo tanto, el legislador español se encontraba influenciado por una necesidad notoria, la gestión del tratamiento de datos personales, tarea que entrañaría una dificultad añadida por la intensificación de las operaciones que requerían tratar datos ya no solo físicamente sino por el uso de Internet. Siendo así, el legislador era consciente de

³⁴⁶ Sobre el desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación *Vid.* PÉREZ LUÑO, A. (2011). “Internet y los derechos humanos”, *Anuario de derechos humanos*, nº 12, p. 103.

que la privacidad se encontraba en una encrucijada que podía saldarse negativamente para los ciudadanos y cuya explicación pudiera atender a la capacidad que tienen las tecnologías para difuminar las fronteras de los espacios y tiempos respecto al uso de datos personales, generado así un riesgo de transparencia informativa para los ciudadanos corrompiendo su espacio privado.

Superando esta reflexión introductoria sobre el terremoto mediático y legislativo que generó la LORTAD en su momento, quedó distribuida en 48 artículos de la siguiente manera:

Título I – Disposiciones generales (art. 1 a 3)
Título II – Principios de protección de datos (arts. 4 a 11)
Título III – Derechos de las personas (arts. 12 a 17)
Título IV – Disposiciones sectoriales (arts. 18 a 31)
Título V – Movimiento internacional de datos (arts. 32 y 33)
Título VI – Agencia de Protección de datos (arts. 34 a 41)
Título VII – Infracciones y sanciones (arts. 42 a 48)
Título I – Disposiciones generales (art. 1 a 3)

Llevando a cabo un repaso de su análisis se pueden destacar muchas aportaciones que inicialmente constituirían la piedra angular en normas posteriores de protección de datos. Respecto a su alcance, y como se ha reiterado continuamente, la principal finalidad de la LORTAD era acotar el espacio de la informática para frenar las posibles injerencias que se constatan en la vida privada de las personas, y específicamente, sobre la acumulación de datos personales en un banco de datos denominado fichero, tanto en su vertiente pública como privada³⁴⁷. A tal efecto, la ley introdujo una serie de aclaraciones en modo de definiciones a fin de aclarar conceptos clave en la aplicación de esta normativa. Así, interpretó los términos de datos de carácter personal, fichero automatizado, tratamiento de datos, responsable del fichero, afectado o procedimiento disociación³⁴⁸.

³⁴⁷ La LORTAD en su disposición final primera habilita al Gobierno para dictar las disposiciones necesarias para la aplicación y desarrollo. En un momento posterior, y a este respecto, se dicta una norma complementaria sobre las medidas de seguridad a adoptar por el responsable del tratamiento de datos automatizados. Esta norma es el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal. BOE nº 151, de 25 de junio de 1999.

³⁴⁸ Del mismo modo sucede con el desarrollo procedimental de los derechos de acceso, rectificación y cancelación, a la forma de reclamar ante la Agencia de Protección de Datos por actuaciones contrarias a la Ley, a la notificación e inscripción de los ficheros automatizados de datos y al procedimiento para la

Por otro lado, recogió acertadamente una serie de principios que actuarían como mecanismos de prevención ante los posibles y eventuales riesgos en el tratamiento de datos personales actuando como medida de protección frente a los titulares de los datos. A este respecto, en toda operación de recogida de datos operan el principio de calidad de los datos, el derecho de información y el consentimiento de los afectados. Asimismo, también se contemplaron los deberes para los responsables de gestionar estas operaciones de datos, reflejo de ello es el principio de seguridad de los datos, el deber de secreto o la cesión de datos personales para el cumplimiento de fines legítimos³⁴⁹.

En suma, se maximizó la protección de las personas configurando un conjunto de derechos que son consecuencia directa de la propia titularidad de los datos³⁵⁰. Debe entenderse, en primer lugar el derecho a la información, es decir, a conocer la existencia de un fichero, quién lo gestiona y la legitimidad que cuenta para llevar a cabo dicho tratamiento. En segundo lugar, el derecho de acceso en cuanto a solicitar y obtener información de datos incluidos en ficheros automatizados. Y en tercer lugar, el derecho de rectificación y cancelación respecto a la posibilidad de rectificar o cancelar aquellos datos o información que no se corresponda con la realidad, siempre y cuando no existiera obligación legal de conservarlos.

En adicción de lo anterior realizó una distinción en cuanto a la titularidad de los ficheros automatizados. La LORTAD diferenciaba entre un fichero de titularidad pública, obligando en este sentido en cuanto a su creación, modificación o supresión a la publicación en el BOE o en el diario correspondiente de una disposición general que justifique este hecho. Integró, a su vez, en este proceso de tratamiento automatizado la posibilidad de cesión de datos entre administraciones siempre que sea en ejercicio y cumplimiento de las mismas competencias como además, de la sujeción a la presente ley y a la observancia de las obligaciones impuestas por los ficheros creados por las Fuerzas

determinación de las infracciones y la imposición de las sanciones. Se dictó a este fin el Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrolla determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. BOE nº 147, de 21 de junio de 1994.

³⁴⁹ Vid., un estudio detallado sobre la aplicación de la LORTAD al ámbito de las relaciones laborales en DE VICENTE PACHÉS, F. (1999). “El derecho a la intimidad y a la informática en el ámbito laboral, *Informática y Derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, nº 30-31, p. 277-331.

³⁵⁰ Vid. su análisis en OROZCO PARDO, G. (1994). “Los derechos de las personas en la LORTAD”, *Informática y Derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, nº 6-7, p. 151-202

y Cuerpos de Seguridad del Estado³⁵¹. Por contra, para los ficheros de utilidad privada instauró como requisito previo a la recogida y acumulación de datos en un fichero la notificación a la Agencia de Protección de Datos.

Más escueto fue el legislador respecto al procedimiento de los movimientos internacionales de datos, aunque se celebra que fuera consiente del desarrollo tecnológico permite realizar transacciones en cualquier momento y en cualquier lugar³⁵², fruto asimismo, del proceso de expansión de las relaciones comerciales que permitían conectar territorios totalmente desubicados en el mapa a raíz de la conexión a internet. Pese a todo, sobre el posible movimiento internacional de datos personales determinó la estricta observancia de que los países receptores proporcionen un nivel de protección equiparable al proporcionado por la propia LORTAD, a menos de contar con el respaldo de la autorización previa del Director de la Agencia de protección de Datos.

La LORTAD se reservaría una de sus medidas estrella con la creación de un ente público, dotado de personalidad jurídica propia e independencia absoluta, creó de este modo, a la Agencia de Protección de Datos (en adelante, AEPD) como un órgano especializado y facultado en la investigación, atención de las reclamaciones de los afectados, la resolución de conflictos, así como ejercer la potestad inspectora y sancionadora, entre otras, en protección de datos personales³⁵³. Al frente, un director que contaba con asesoramiento de un Consejo Consultivo integrado por diferentes personalidades representativas de las Administraciones Públicas³⁵⁴ e integrada por el

³⁵¹ Ya durante el debate parlamentario fue objeto de debate la posible inconstitucionalidad de este precepto, el art. 20.3, por la recogida de datos sensibles sin consentimiento de los afectados. La cuestión principal radicaba en que fuera necesario recabar una autorización judicial previa para este tipo de tratamientos de datos sensibles (ideología, religión y creencias, origen racial, salud, vida sexual). NAVARRO RUIZ, J. (1992). “Algunas consideraciones sobre la tramitación parlamentaria de la LORTAD”, *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 1, p. 103.

³⁵² CAMPUZANO ESPAÑA, A. (1994). “Derecho a la intimidad y publicidad de datos personales de carácter patrimonial”, *Informática y Derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, nº 4, p. 92.

³⁵³ CASTILLO JIMÉNEZ, C. (1994). “Estatuto de la agencia de protección de datos”, *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, nº 6-7, p. 361.

³⁵⁴ En la doctrina se plantean serias dudas respecto a la independencia de la Agencia y en concreto sobre la figura del director. Ya que en cierto modo es nombrado por miembros del Consejo Consultivos del que forman parten representantes de las AAPP. En suma, el cese está atribuido al propio Gobierno. A diferencia de lo que ocurre en derecho comparado, atribuyendo al parlamento su nombramiento. Vid. en PÉREZ LUÑO, A. (1994). “La L.O.R.T.A.D. entre las luces y las sombras”, *Informática y Derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, nº 6-7, p. 83. CARRASCOSA LÓPEZ, V. (1994). “La L.O.R.T.A.D: una necesidad en el panorama legislativo español”, *Informática y Derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, nº 6-7, p. 62. CASTELLS ARTECHE, J. (1994) “Derecho a la

Registro General de Protección de Datos al que se hizo alusión respecto a la notificación de los ficheros de titularidad pública y privada.

Por último, la LORTAD configuró un régimen de infracciones por el que graduaba en función de la gravedad en leves, graves y muy graves. Infracciones a las que podían agregarse una sanción pecuniaria también graduadas progresivamente tal y como recogía el art. 44.5 conforme a "la naturaleza de los derechos personales afectados, al volumen de los tratamientos efectuados, a los beneficios obtenidos, al grado de intencionalidad y a la reincidencia". Un dato bastante revelador era la exoneración a las AAPP del abono de las sanciones, porque tal y como aseveró HEREDERO HIGUERAS se desvirtuó el carácter disuasorio de la norma con la imposición de una sanción a un organismo público³⁵⁵, que, al fin y al cabo, simplemente se estaría llevando a cabo una movilidad del crédito presupuestario entre las entidades. De ahí que, la LORTAD, instaurase la adopción de medidas correctoras a las AAPP cuya finalidad era precisamente reconducir y cesar en las infracciones cometidas, pero, todo ello sin perjuicio de la posibilidad de iniciar un procedimiento disciplinario al personal de las AAPP.

Cerrando su análisis, la LORTAD tuvo luces y sombras, y es que pese a que fue la primera ley que allanó el camino a un nuevo derecho que aterrizaba en nuestro ordenamiento jurídico, no parece posible considerar que estuviera a la altura tal y como lo manifiesta reiteradamente la doctrina³⁵⁶. En este sentido, fue una norma sobre la que siempre se generó un estruendo debate sobre sus limitaciones, sobre todo en lo que se refiere a la defensa de los derechos de los ciudadanos³⁵⁷. Sin embargo, lejos de alcanzar las aspiraciones auspiciadas por constituirse como una ley moderna que diera respuesta a

privacidad y procesos informáticos análisis de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre (LORTAD)", *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, nº 39, p. 276.

³⁵⁵ HEREDERO HIGUERAS, M. (1993). "La Ley Orgánica 5/1992, de 29 de Octubre, de Regulación Del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal", *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, nº 1669, p. 104.

³⁵⁶ PÉREZ LUÑO, A. (1994). "La L.O.R.T.A.D. entre las luces y las sombras", *ob. cit.*, p. 83. CARRASCOSA LÓPEZ, V. (1994). "La L.O.R.T.A.D: una necesidad en el panorama legislativo español", *Informática y Derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, nº 6-7, p. 16. CASTELLS ARTECHE, J. (1994). "Derecho a la privacidad y procesos informáticos análisis de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre (LORTAD)", *ob. cit.*, p. 254.

³⁵⁷ GAYO SANTA CECILIA, M^o. (1994). "Garantías del ciudadano ante la LORTAD: posibles vías de defensa y protección de sus derechos fundamentales", *Informática y Derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, nº 4, p. 2016.

las injerencias informáticas suscitadas a la sociedad³⁵⁸, sus aspiraciones se vieron desvanecidas por completo tras un corto periodo de vigencia. En definitiva, lejos de haber alcanzado el objetivo propuesto, se limitó a ser una ley a fin de dar cumplimiento a una obligación constitucional y comunitaria como se justificó en las primeras líneas de este apartado. De esta manera, había sido dotada desde los inicios de un carácter controvertido con repercusiones negativas³⁵⁹ para los intereses que pretendía proteger.

2.2. La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Pocos años más tarde y tras un desafortunado periplo jurídico de la LORTAD el ordenamiento jurídico español se preparaba de nuevo para afrontar una remodelación legislativa sobre protección de datos. Como se anticipó en *supra* 1.7 del Capítulo II, con la aprobación de la Directiva 95/46/CE en 1995, se constata que el avance de las tecnologías de la información en los diferentes sectores de la actividad económica supone un riesgo para el tratamiento y la circulación de datos personales. Por ello, uno de sus fines era establecer un mismo nivel de protección de los derechos y libertades de las personas en todos los Estados miembros, facilitando el flujo transfronterizo de estos. A tal respecto, la presente directiva fijaba una obligación a los Estados miembros en los arts. 32.1 y 32.2 para adoptar las disposiciones legales necesarias en un plazo máximo de tres años. Teniendo en cuenta que la Directiva 95/46/CE fue aprobada el 24 de octubre

³⁵⁸ A este respecto ACHA ITURMENDI se manifiesta respecto al carácter insuficiente de la LORTAD. Consecuencia directa en buena parte a que el legislador parece haber hecho caso omiso al uso común de la informática. Por esto último, se ha perdido la oportunidad de constituir una ley rigurosa en cuanto al equilibrio de los principios informáticos con los derechos a salvaguardar. ACHA ITURMENDI, J. (1996). Situación actual de la informática y los datos personales. Algunas reflexiones sobre la situación real de la “LORTAD”, *Informática y Derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, nº 12-15, p. 1235. Igualmente LÓPEZ-IBOR puede considerarse un crítico más de la LORTAD, y sin tapujos llega a afirmar que “el legislador español ha dañado el contenido constitucional de la LORTAD. Pero no en la regulación positiva que de los citados derechos se efectúa; sino a través de las restricciones al ejercicio de los mismos que en el propio texto legal se establecen. Aunque si bien es cierto, también reconoce que ninguna ley ni ninguna tecnología en sí misma constituyen “la panacea”. Y, de hecho, la LORTAD, no constituye una excepción a esta reflexión como cauce a resolver los conflictos suscitados en la sociedad de la información. LÓPEZ-IBOR MAYOR, V. (1993). “Los límites al derecho fundamental a la autodeterminación informativa en la Ley Española de Protección de Datos (LORTAD)”, *Actualidad informática Aranzadi*, nº 8, p. 3-4.

³⁵⁹ DE JULIOS CAMPUZANO afirma que tras una lectura crítica del contenido de la LORTAD cualquiera puede darse cuenta de que esta norma es muestra de una incongruencia entre exposición de motivos y el desarrollo de sus preceptos. La causa principal la identifica con un distanciamiento entre los conceptos a regular, la intimidad y la informática, ambos insatisfactoriamente integrados en la LORTAD. DE JULIOS CAMPUZANO, A. (1994). “Letra y espíritu de la LORTAD: ¿un problema de coherencia interna?”, *Informática y Derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, nº 6-7, p. 88.

de 1995, el plazo finalizaba el 24 de octubre de 1998, y sin embargo, España tardaría aún un poco más del plazo predeterminado³⁶⁰.

En efecto, el proceso de adaptación de la Directiva 95/46/CE al ordenamiento jurídico español fue un proceso largo, tendido y arduo iniciándose en 1998³⁶¹ y no viendo la luz hasta un año más tarde cuando se aprobó la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPRODA)³⁶². Fue publicada en el BOE el 14 de diciembre de 1999, pese a ello, la disposición final tercera de la norma determinaría la entrada en vigor en el plazo de un mes a contar desde dicha publicación. Por lo tanto, no sería hasta el 14 de enero de 2000, cuando el legislador acataría la obligación de trasponer la Directiva 95/46/CE para adaptar el marco normativo español a los parámetros marcados por la UE.

La LOPRODA quedó configurada en un conjunto de 49 artículos, integrados en 7 títulos, 6 disposiciones adicionales, 3 disposiciones transitorias, 1 disposición derogatoria y 3 disposiciones finales. Uno de los aspectos que más llama la atención es la ausencia total de exposición de motivos. Si se retoma la lectura de la LORTAD, esta norma se caracterizaba por realzar el derecho a la vida privada y el cumplimiento al mandato del legislador previsto en el art. 18.4 CE. Sin embargo, la LOPRODA que sí incorporaba en el texto del proyecto inicial una exposición de motivos breve en la que introducían los por qué de la necesidad de adaptar la normativa de protección de datos³⁶³, en el texto final desaparece por completo. El motivo, opina PÉREZ LUÑO, fue evitar “la incongruencia entre la generosidad de propósitos garantistas proclamados en la Exposición de Motivos de la LORTAD al consagrar la libertad informática y la cicatería con la que ese derecho

³⁶⁰ ÁLVAREZ-CIENFUEGO SUÁREZ, J. (2001). “Notas a la nueva regulación de la protección de datos de carácter personal”, *La Ley Digital*, nº 10966, pp. 1-3.

³⁶¹ El Proyecto de Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal 121/000135, fue presentado el 30 de julio de 1998. La iniciativa se publica el 31 de agosto en el BOCG y desde este momento comienza el desarrollo legislativo hasta su culminación en 1999. Vid. en Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, número 135-17, de 7 de marzo de 2000.

³⁶² Término acuñado por PÉREZ LUÑO y escrupulosamente necesario para diferenciar cada una de las leyes. PÉREZ LUÑO, A. (1984). *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, ob. cit., p. 365.

³⁶³ Vid. en Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, número 135-1, de 31 de agosto de 1998. Para FERNÁNDEZ LÓPEZ este hecho es consecuencia, que no la única, de un proceso de tramitación parlamentaria “azarosa” dadas las deficiencias técnicas y continuas omisiones de aspectos prácticos que finalmente fueron superadas. FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. (2000). “La nueva Ley de Protección de Datos de carácter personal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 34, p.2.

se veía limitado en sus artículos³⁶⁴.” Por tanto, el legislador consiente de este embrollo y lejos de generar una nueva discusión terrenal, descartó la exposición de motivos en la LOPRODA, llevando a cabo una actuación de desnudez legislativa que rompe con las tradiciones más comunes respecto a la configuración y estructura de una norma³⁶⁵.

Se estima oportuno considerar las principales aportaciones de la LOPRODA para acomodarse a la Directiva 95/46/CE y superar ahora sí, la infortuna de la LORTAD.

En primer lugar, respecto a su objeto, si bien es cierto que la LORTAD hacía referencia expresa y continua al art. 18.4 CE, la LOPRODA, sin embargo no era tan específica en este sentido. De su redacción se puede observar que viene a trasladar tal y como lo hizo la Directiva 95/46/CE la garantía y respeto de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, pero insistiendo rotundamente sobre los derechos al honor, la intimidad personal y familiar.

La LOPRODA amplió su campo de actuación respecto a la LORTAD puesto que era aplicable tanto para el tratamiento de datos automatizados como no automatizados. Concretamente, en la Disposición adicional primera se establecía un plazo de adecuación a los preceptos de la LOPRODA: 3 años para los ficheros y tratamientos automatizados y 12 años a contar desde el 24 de octubre de 1995 coincidiendo desde la aprobación de la Directiva 95/46/CE.

Así mismo hace lo suyo respecto a la ampliación de conceptos que recogió en un primer momento la LORTAD. Uno de los más controvertidos era el concepto de datos de carácter personal ya que no varió significativamente la redacción manteniéndose en única y exclusiva referencia a la información relativa a las personas físicas³⁶⁶. Por consiguiente,

³⁶⁴ PÉREZ LUÑO, E. (2001). Sobre el arte legislativo de birlibirloque. La LOPRODA y la tutela de la libertad informática en España, *Anuario de Filosofía del derecho*, nº 18, p. 327. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ-SAMANIEGO, J (2000). “España: La Nueva Ley de Protección de Datos de Carácter Personal Española (Ley Orgánica 15/199, del 13 de Diciembre)”, *Revista Electrónica de Derecho Informático*, nº 24, p.2. SÁNCHEZ BRAVO, A. (2001). “La Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal: Diez consideraciones en torno a su contenido”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 111, p. 205.

³⁶⁵ PÉREZ LUÑO, E. (2001). “Sobre el arte legislativo de birlibirloque. La LOPRODA y la tutela de la libertad informática en España”, *ob. cit.*, p. 328.

³⁶⁶ Entiéndase como dato personal a la dirección de correo electrónico (Informe Jurídico de la AEPD. Ref. de entrada 1999-9910. Recuperado en <https://www.aepd.es/es/documento/1999-9910.pdf>), la dirección IP (Informe Jurídico de la AEPD. Ref. de entrada 327-2003. Recuperado en <https://www.aepd.es/es/documento/2003-0327.pdf>), el número de teléfono (Informe Jurídico de la AEPD. Ref. de entrada 285-2006. Recuperado en <https://www.aepd.es/es/documento/2006-0285.pdf>), la matrícula de un vehículo (Informe Jurídico de la AEPD. Ref. de entrada 184-2006. Recuperado en <https://www.aepd.es/es/documento/2006-0184.pdf>), la voz (Informe Jurídico de la AEPD. Ref. de entrada 1999-9905. Recuperado en <https://www.aepd.es/es/documento/1999-9905.pdf>), la imagen (Informe Jurídico de la AEPD. Ref. de entrada 2001-9908. Recuperado en [162](https://www.aepd.es/es/documento/2001-</p></div><div data-bbox=)

no logró superar la inquietud manifestada por las personas que ejercían su actividad económica bien como trabajadores autónomos o como empresario individual³⁶⁷. Situaciones en la que se generaba un choque interpretativo, diferenciando entre un ámbito personal y un ámbito profesional siendo únicamente amparado por la LOPRODA el primero. Por otro lado, identificó al encargado del tratamiento como figura adicional a la del responsable del tratamiento, figura, la del encargado del tratamiento, desconocida jurídicamente hasta el momento.

De acuerdo con lo anterior, la LOPRODA sí previó la posibilidad de que el responsable del tratamiento pudiera delegar sus funciones de tratamiento de datos en otra persona física, jurídica o autoridad pública u organismo. Y de mayor peso aún, la LOPRODA sí introdujo una definición clarificadora del consentimiento que otorga mayor seguridad jurídica, quedando configurado así como toda “voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen”. Lo que se traduce en un imperioso deber al momento de recabar datos personales el cumplimiento del consentimiento tal y como se ha reflejado en la LOPRODA.

Respecto a los principios de protección de datos recogidos en el Título II de la LOPRODA, previó una breve pero considerable variación sobre la recogida y posterior utilización de los datos personales. Y es que si en la LORTAD se pronunciaba sobre la imposibilidad de usar datos personales para finalidades distintas para las que fueron recogidos, la LOPRODA en cambio, su criterio estaba orientado en cuanto al uso para finalidades incompatibles. Por tanto, reforzó el principio de finalidad en consonancia con el art. 6.1. b) de la Directiva 95/46/CE debía ampararse en un fin determinado, explícito y legítimo.

Otro aspecto singular era la complementación del derecho de información proporcionado al interesado cuando los datos han sido recabados por terceros y que la LORTAD no incorporó en su articulado. De este modo, la LOPRODA incorporó una obligación de comunicación al interesado de un contenido informativo sensato y transparente sobre la gestión de sus datos personales tal y como consignaba el art. 11 de

9908.pdf) huella digital (Informe Jurídico de la AEPD. Ref. de entrada 1999-9903Recuperado en <https://www.aepd.es/es/documento/1999-9903.pdf>).

³⁶⁷ Informe Jurídico de la AEPD. Ref. de entrada 2001-9901. Recuperado en <https://www.aepd.es/es/documento/2001-9901.pdf>

la Directiva 95/46/CE³⁶⁸. La obligación de la comunicación debía llevarse a cabo en un plazo de 3 meses, informando acerca de: la propia existencia de un fichero o tratamiento de datos, la finalidad y los destinatarios de estos, la posibilidad de ejercitar sus derechos ARCO, así como identificar y ubicar espacialmente al responsable del tratamiento de datos³⁶⁹.

Seguidamente, amplió el contenido de los denominados datos especialmente protegidos. En un primer momento, según lo establecido en la LORTAD, sólo podrían ser tratados con el consentimiento expreso y por escrito datos que pudieran revelar ideología, religión y creencias, origen racial, salud y vida sexual. La LOPRODA lo amplió además a los datos de afiliación sindical paralelamente recogido en el art. 8 de la Directiva 95/46/CE. Sin embargo, exceptuó dicha constricción para el caso de que el tratamiento de datos personales fuese llevado a cabo por partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades. Eso sí, siempre y cuando la finalidad se atribuyera escrupulosamente a un fin político, filosófico, religioso o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros.

En cuanto a los derechos del interesado como titular de sus datos personales, la LORTAD se limitó a incluir el derecho de acceso así como rectificación y cancelación³⁷⁰. Sin embargo, la LOPRODA añadió el derecho de oposición del titular de los datos por el que puede ejercitar su deseo de no llevarse a cabo el tratamiento o que se cese en este.

³⁶⁸ Constituye este derecho de información, según ÁLVAREZ-CIENFUEGOS un “*prius* imprescindible”, para el ejercicio de cualquier otro derecho. Como, por ejemplo, el de rectificación o cancelación. ÁLVAREZ-CIENFUEGO SUÁREZ, J. (2001). “Notas a la nueva regulación de la protección de datos de carácter personal”, *ob. cit.*, p.5.

³⁶⁹ Sostiene LÓPEZ- MUÑIZ que la LOPRODA no logra superar una cuestión concreta respecto al derecho de información al interesado. Se refiere, en resumen, a que este derecho de información únicamente concede al interesado saber qué ficheros existen. En suma, desconoce los ficheros en los que se encuentra inscrito como la información almacenada en ellos. Lo que en definitiva viene a ocasionar que esta redacción dada al derecho de información no cumpla con la finalidad que verdaderamente le corresponda. Generando por ende una confusión a los interesados entre el derecho de información con el ejercicio del derecho. LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M. (1994). “La Ley de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal”, *Informática y derecho: Revista Iberoamericana de derecho informático*, n° 6-7, pp. 107-108.

³⁷⁰ Para SÁNCHEZ BRAVO al respecto del ejercicio del derecho de acceso, limitado a un periodo anual, es totalmente desorbitado dado que la tecnología innova con rapidez. Limitar a este plazo el ejercicio de este derecho de los ciudadanos los constriñe a convivir con resultados lesivos para sus intereses. Del mismo modo, el plazo establecido para ejercitar la rectificación o cancelación en diez días eterniza ver cumplidos los propósitos de los interesados. SÁNCHEZ BRAVO, A. (2001). “La Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter, Personal: Diez consideraciones en torno a su contenido”, *ob. cit.*, p. 211.

Continuando en este análisis, la LORTAD ya autorizaba la posibilidad de llevar a cabo un tratamiento con fines de publicidad y prospección comercial. De tal modo que las empresas, normalmente de marketing, para cumplir sus finalidades de prospección comercial y publicidad podían tratar datos automatizados que contemplaban los nombres y apellidos. La LORTAD permitía esta posibilidad siempre y cuando los datos estuviesen alojados en documentos accesibles al público, hubieran sido facilitados por los propios afectados u obtenidos con su consentimiento expreso. El grueso de esta explicación radica en que la Ley del Comercio Minorista de 1996 habilitaba a las empresas de publicidad y marketing a obtener los nombres, apellidos y domicilio de los ciudadanos contemplados en el censo electoral³⁷¹. Sin embargo, el criterio de la Agencia de Protección de Datos era sancionar a las empresas que utilizasen este método comercial.

En consecuencia con lo anterior, la LOPRODA pretendía salvaguardar los intereses de este sector empresarial habilitándoles a solicitar al Instituto Nacional de Estadística los datos que constan en el censo electoral. Cuestión controvertida que vendría a suponer una “comercialización del censo electoral³⁷²”, corrompiendo un modelo garantista de gestión de datos personales³⁷³.

Con todo, sobre la LOPRODA seguían sobrevolando las críticas respecto a su contenido insuficiente y mermado lejos de alcanzar la finalidad soñada por el legislador de ser una norma informáticamente moderna. En suma, ante el silencio legislativo ejercido a consciencia al decidir no incluir una exposición de motivos, se vio reducida a una mera trasposición mecánica de la Directiva europea. El legislador, por tanto, desaprovechó una oportunidad sumamente importante de haber dotado el ordenamiento

³⁷¹ CONDE ORTIZ, C. (2005). *La protección de los datos personales. Un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*, Cádiz, Dykinson, p. 85.

³⁷² *Ibidem*, p. 86.

³⁷³ PÉREZ LUÑO se muestra exaltante sobre este hecho puesto que considera grotesco que en una sociedad tecnológicamente avanzada puedan ser injeridos el respeto a la dignidad, la libertad personal o de conciencia como el secreto de las comunicaciones. Siendo un grave error limitarlo únicamente a los ciudadanos que lo solicitaren. Por este entonces surgen los denominados ficheros Robinson como medida paliativa al que podrían acceder los ciudadanos que pretendiesen evitar el mercadeo de su vida privada frente a los intereses consumistas. Equívocamente referenciados para PÉREZ LUÑO para quien este tipo de ficheros no se corresponde con su auténtico significado. Por eso, manifiesta que sería más oportuno calificarlos de “ficheros pecera”, instrumento creado para que los ciudadanos puedan superar la “psicosis o síndrome de la pecera” ante este nuevo sistema de transparencia de la vida privada ciudadana. PÉREZ LUÑO, A. (1984). *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, *ob. cit.*, p. 383.

jurídico de una norma sólida y de garantías³⁷⁴ para responder contundentemente a los retos y graves riesgos que generaba y genera de forma continua y exponencialmente el uso de la tecnología. A pesar de todo, con luces y sombras, nadie auguraba con seguridad el largo periodo de vida del que ha disfrutado, perviviendo en el ordenamiento jurídico prácticamente 18 años.

2.3. Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

La LOPRODA como se ha señalado, nació señalada por ser una norma enfundada bajo una errónea modernidad legislativa. Y ello pese haber evitado, con un desnudo total de su exposición de motivos, las expectativas inalcanzables de las que adoleció la LORTAD. Al mismo tiempo, a lo largo de todo el texto se llevaban a cabo continuas referencias a “posibles desarrollos legislativos” para paliar la ambigüedad de redacción como de inconclusión de algunos preceptos. En suma a estas circunstancias, como destaca DAVARA RODRÍGUEZ, el desarrollo de la sociedad de la información caracterizada por un mayor tratamiento de información personal rompe con las barreras tradicionales de espacio y tiempo³⁷⁵, causando, en este sentido, una injerencia en un ámbito vital del individuo como es la vida privada.

Teniendo en cuenta estas circunstancias, el debate sobre el carácter insuficiente e ineficaz de la LOPRODA se acrecentó considerablemente, por lo que, para atajar los desafíos tecnológicos de la época y reforzar el planteamiento de la LOPRODA se dictó el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento de desarrollo de la LOPRODA³⁷⁶ (en adelante, RDLOPD).

El RDLOPD nació, por tanto, para hacer frente a una necesidad jurídicamente obvia, la protección de los derechos fundamentales por la revolución informática del siglo

³⁷⁴ SÁNCHEZ BRAVO, A. (2001). “La Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal: Diez consideraciones en torno a su contenido”, *ob. cit.*, p. 214.

³⁷⁵ DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. (1992). “Las telecomunicaciones y las tecnologías de la información en la empresa: implicaciones socio-jurídicas”, *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, nº 1, p. 36.

³⁷⁶ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, BOE nº 17, de 19/01/2008.

XXI. Así mismo, contrarrestar y apaciguar las opiniones de los más inflexibles respecto al contenido de la LOPRODA. De esta forma, el RDLOPD llevó a cabo su compromiso de completar su régimen jurídico tomando como referencia la Directiva 95/46/CE como clarificando conceptos informáticos importantes en el tratamiento de datos. Lo que en definitiva supuso otorgar mayor seguridad jurídica en cuanto a la protección de derechos fundamentales. Téngase en cuenta que hasta la aprobación del RDLOPD, la normativa a manejar a este respecto se integraba por la propia LOPRODA así como de normas reglamentarias complementarias, por tal motivo, se presentó el RDLOPD como instrumento de solución; primero, por la evidente disparidad normativa; segundo, por una necesidad de coherencia jurídica; y tercero, para hacer frente a los riesgos ocasionados en la vida privada.

El RDLOPD se configura un total de 158 artículos, 1 disposición adicional única y una 1 disposición final única. Su estructura queda de la siguiente manera:

Título I – Disposiciones Generales.
Título II – Principios de protección de datos.
Título III – Derechos de acceso, rectificación y cancelación.
Título IV – Disposiciones aplicables a determinados ficheros de titularidad privada.
Título V – Obligaciones previas al tratamiento de los datos.
Título VI – Transferencias internacionales de datos.
Título VII – Códigos tipo.
Título VIII – De las medidas de seguridad en el tratamiento de datos de carácter personal.

El RDLOPD hizo hincapié en aspectos primordiales en el tratamiento de datos personales como el ámbito de aplicación puesto que puntualizó contundentemente su inaplicabilidad a los datos referidos a personas jurídicas. Efectivamente, con el RDLOPD se superó la incertidumbre generada en su momento sobre si los preceptos de la LOPRODA debían ser aplicados respecto al tratamiento de datos personales de personas jurídicas y empresarios individuales³⁷⁷. Es por ello por lo que incorporó la tesis sentada por la AEPD sobre este tema, zanjando así la problemática e inseguridad generada. De igual modo que la LOPRODA, se caracterizó por ser una norma técnica que aglutinaba

³⁷⁷ Informe Jurídico de la AEPD. Ref. de entrada 2001-9901. Recuperado en <https://www.aepd.es/es/documento/2001-9901.pdf>

un buen conjunto de definiciones informáticas lo que respondía a un gran ejercicio didáctico sobre principios comunes en la aplicación de la norma.

Sin duda, uno de los apartados que mayor protagonismo tuvo por su precisión como por la complementariedad del RDLOPD a la LOPRODA fue el consentimiento. Como punto de partida, puede ponerse de manifiesto que para llevar a cabo un tratamiento de datos lícito y legítimo era necesario contar como base con el consentimiento del interesado, salvo en las excepciones previstas para ello. Es por ello por lo que, el consentimiento no era una cuestión baladí puesto se constituyó, entre otras, como la piedra angular en los procesos de tratamientos de datos, especialmente en la sociedad de la información en la que la introducción de las tecnologías ha irrumpido con fuerza en prácticamente la totalidad de los hogares. A este respecto, el RDLOPD previó frente a este riesgo informático configurar el consentimiento de los menores de edad; fijando una barrera en los 14 años³⁷⁸. De este modo, el tratamiento de datos personales podría ser totalmente válido cuando los menores de edad pero mayores de 14 años manifestasen su consentimiento. Por el contrario, los menores de 14 debían contar con el respaldo de sus padres o tutores³⁷⁹.

Al haber integrado en la norma un “público sensible” al que va dirigido una política legislativa proteccionista, el legislador sabedor de esta circunstancia actuó en consecuencia. Y es que, hubiese sido un absoluto error no haber previsto este tipo de relaciones entre los menores y la prestación de servicios que ofrece la tecnología. Por ello, se facilitó una convivencia entre ambos intereses tutelados, siendo así, se determinó un valor extra al consentimiento de los menores, previendo un deber de información basado en un lenguaje fácilmente comprensivo, en definitiva, descartando dudas y erróneos

³⁷⁸ Esta cuestión suscitó un clamor en la doctrina jurídica por dos motivos principalmente. En primer lugar, por el carácter reglamentario de esta norma ya que lo más oportuno hubiese sido en formato de ley. Pese a que la Ley Orgánica 1/9996, de 15 de enero sobre Protección Jurídica del Menor, *ex art.* 4, ya hace lo suyo al amparar la intimidad personal y familiar. En segundo lugar, al determinar la edad mínima en 14 años se torna la problemática sobre las verdaderas condiciones de madurez del menor para tomar decisiones sobre el tratamiento automatizado de sus datos. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (2008). “El real decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. aspectos clave”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 16, pp. 274-275.

³⁷⁹ La AEPD ya se pronunció sobre esta problemática generada en establecer límites de edad. En cuanto a los menores de 14 años no es partidaria de prohibir totalmente su consentimiento, lo que choca frontalmente con la regulación de la LOPRODA. Su justificación se encuentra en el art. 162 del CC, según el cual se exceptúa a los padres que ostenten la patria potestad de menores no emancipados sobre actos relativos a los derechos de la personalidad del menor. Que en caso de contar con suficiente madurez podrá decidir por sí mismo. *Vid* en Informe Jurídico de la AEPD. Ref. de entrada 2000-9905. Recuperado en <https://www.aepd.es/es/documento/2000-9905.pdf>

entendimientos. La justificación no era otra que la dificultad técnica innata de la norma y que asignaba al responsable del tratamiento esta obligación a efectos de demostrar la autenticidad del consentimiento en menores de edad.

Otro aspecto de suma relevancia recogido en el RDLOPD se refiere a la tipificación de la estrecha relación de servicios entre el responsable y encargado del tratamiento de datos personales. El RDLOPD puntualizó respecto a la relación entre ambas figuras una obligación adicional que pesaba sobre el responsable del tratamiento; la verificación de que el encargado del tratamiento reúne las garantías suficientes en su gestión de servicios, quedando, de este modo, bajo la aprobación del responsable la posible subcontratación de servicios como las labores de conservación o destrucción que éste determinase una vez cumplida la relación contractual. Atribuyendo, así mismo, al encargado del tratamiento el régimen de responsabilidades y sanciones asignadas impuestas al responsable para aquellos casos en los que incumpla las finalidades que le corresponden.

Hay que mencionar, además, que la regulación de los derechos de los interesados, denominados comúnmente como derechos ARCO³⁸⁰ se beneficiaron de una claridad normativa puesto que se articuló todo el procedimiento que debía observar el interesado para ejercitar correctamente sus derechos. Respecto al procedimiento, primaba una característica común entre todos, la condición personalísima de su ejercicio como la independencia de cada uno de ellos, de donde se infiere que, el ejercicio de uno no es óbice para el ejercicio de otro. En definitiva, una concreción pedagógica y transparente que beneficia a las partes, responsables e interesados, sobre el modus operandi sobre el que debe versar el procedimiento de ejercicio de derechos.

El análisis del RDLOPD, no podía concluirse sin una referencia a la adopción de las medidas de seguridad, y para llevarlas a cabo, introdujo la implementación obligatoria en las organizaciones del documento de seguridad elaborado por el responsable del tratamiento previendo en él las medidas técnicas y organizativas oportunas para dar cumplimiento a la normativa, entre otras, las reglas o estándares de seguridad, las funciones y obligaciones asignadas al personal, el procedimiento de gestión de incidencias o de gestión de copias de seguridad.

Por otro lado estas medidas de seguridad podían ser objeto de una subdivisión en diferentes niveles: básico, medio y alto; respecto, además de las mencionadas

³⁸⁰ Abreviatura que se ha utilizado para hacer referencia conjunta a los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

anteriormente, al control de accesos, gestión de soportes y documentos como la imperiosa revisión o auditoría interna o externa. Este tipo de medidas respondían en la práctica a un ejercicio de concienciación como de sensibilización con esta materia, la protección de datos personales, por la complejidad y envergadura de esta³⁸¹. Máxime, como salvaguarda de la ética y las buenas prácticas corporativas que repercuten en una imagen fiel y contratada de las empresas frente al mercado económico.

En conclusión, la aparición del RDLOPD en el ordenamiento jurídico español tuvo lugar a consecuencia de varias causas. Por un lado, superar los retos que planteaba la incorporación de la Directiva 95/46/CE ante la intención de mantener a salvo los derechos fundamentales de los nuevos procesos tecnológicos. Y, de otro lado, desbancar las críticas lanzadas al legislador; tanto por desaprovechar una oportunidad vital aprobando una norma lo suficientemente comprometida con la sociedad de la información, como por su inconsciente noción de los riesgos que la realidad informática genera en su interacción con los derechos fundamentales.

Ciertamente, su carácter necesario quedaba sobradamente despejando, de este modo, las sombras que pesaban sobre la estabilidad del sistema de protección de datos personales, pero sin embargo, ello no quiere dar a entender que la norma fuese perfecta y no adoleciera de alguna rotura legislativa ante los retos que debía afrontar. Además, las medidas adoptadas respondían en buena parte a una labor incuestionable de la AEPD como órgano que ha desempeñado una labor jurídico-administrativa solventando las deficiencias planteadas, y por esta razón es por la que se ha optado, a continuación, por reservar a un espacio y reconocer las distintas labores que ejerce: entre otras, divulgación de contenidos prácticos, funciones pedagógicas, recibimiento y resolución de solicitudes de las solicitudes presentadas por los interesados, como inspectoras y sancionadoras en cualquier caso.

2.4. El papel desempeñado por la Agencia Española de Protección de Datos.

La trayectoria de la AEPD data, como se anticipó, de una primera previsión en la LORTAD, que la creó y configuró estructuralmente pero que solo fue el primer paso para establecer un órgano independiente que actuara como figura de vigilancia y control del

³⁸¹ VILASAU SOLANA, M. (2008). “El fin de la situación de transitoriedad: la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal ya tiene desarrollo reglamentario”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 7, p. 20.

cumplimiento de la legislación vigente³⁸². Pero, impregnada en su origen de un contrastado descontento doctrinal por la incertidumbre generada respecto a su independencia debido a la participación parlamentaria en su seno, concretamente sobre el nombramiento del Director de la agencia, como voz cantante que dirige la actividad de la Agencia y que era elegido entre los integrantes de un ente, el Consejo Consultivo, conformado por una proliferación políticamente extensa.

En un intento de disipar las dudas generadas por este ente, se aprobó su primer estatuto a través del Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, consolidando así el papel que debería asumir un ente de derecho público, independiente, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública como privada tal como establecen sus disposiciones generales. Su estructura orgánica quedaría a partir de entonces, además del Director y el Consejo Consultivo; por el Registro General de Protección de Datos, la Inspección de Datos y la Secretaría General. Manteniendo las relaciones con el Gobierno a través del Ministerio de Justicia.

La LORTAD a su vez previó en su Título VI una gran posibilidad en su momento, la creación de una Agencia estatal de protección de datos permitiendo a su vez, la creación de un órgano homólogo en las CCAA. Esto fue debido al reparto competencial habilitado en nuestra carta magna, ya que si bien es cierto que el art. 149.1 CE atribuye en exclusiva al Estado la “regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”, ello no implica que las CCAA puedan dictar una legislación complementaria.

Teniendo en cuenta que la protección de datos no se encuentra entre las materias asignadas de forma exclusiva al Estado ni a las CCAA, se devienen posibles atribuciones para estas últimas³⁸³, siendo posible en este sentido, como función que corresponde a todos los poderes públicos *ex art. 9.2 CE*, asumir “las funciones de ejecución

³⁸² Entiéndase por independencia respecto del control directo y mediato del Gobierno y por neutralidad en cuanto a la falta de injerencia política en su gestión. De tal modo que para poder calificar a un ente público de independencia debe gozar de falta de control jerárquico. Téngase en cuenta que entonces la AEPD solo estará sujeta al control de legalidad por los órganos jurisdiccionales. DE LA SERNA BILBAO, M^a. (1997). “La Agencia de Protección de Datos Española: con especial referencia a su característica de independiente”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 22, pp. 12-13.

³⁸³ PUYOL MONTERO, J. (2018). Las agencias autonómicas de protección de datos, la autoridad catalana de protección de datos, *Confilegal*, disponible en <https://confilegal.com/20150715-la-autoridad-catalana-de-proteccion-de-datos/>

administrativa, de inspección, de sanción y de inscripción de los ficheros (..) ³⁸⁴. Eso sí, siempre y cuando no interceda en las competencias estatales ocasionando una deferencia en cuanto a los derechos básicos, la igualdad en el ejercicio de este derecho fundamental y las obligaciones reconocidos por la legislación principal ³⁸⁵.

Una de las primeras CCAA en crear una Agencia fue la CCAA de Madrid en 1995 ³⁸⁶, pero sería posteriormente suprimida fruto de un proceso de reestructuración administrativa ³⁸⁷. Actualmente se encuentran vivas y con un desenvolvimiento práctico contrastado; la Agencia Catalana de Protección de Datos ³⁸⁸ y la Agencia Vasca de Protección de Datos ³⁸⁹. Este modelo de trabajo de la Agencia se mantiene con la consiguiente entrada en vigor de la LOPRODA para dar cumplimiento a la adaptación normativa española en la línea de lo dispuesto por la Directiva 95/46/CE, sin mayores novedades.

En un momento posterior y como culminación a los procesos de adaptación normativa de protección de datos a los nuevos avances legislativos, nuevamente este ente jurídico es objeto de una purificación jurídica al respecto, principalmente para atender los cambios introducidos por el RGPD como norma de revisión de las bases legales y los principios de aplicación sobre protección de datos.

El RGPD constituye una fortificación del papel tradicional desempeñado por la AEPD, y así se recoge en el considerando 117 RPD el cual dispone que “el establecimiento en los Estados miembros de autoridades de control capacitadas para desempeñar sus funciones y ejercer sus competencias con plena independencia constituye

³⁸⁴ TRONCOSO REIGADA, A. (2005). “Las Comunidades Autónomas y la protección de datos personales marco constitucional y posibilidades para el futuro”, *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 12, pp. 131-132.

³⁸⁵ *Ibidem*.

³⁸⁶ Ley 13/1995, de 21 de abril, de Regulación del Uso de la Informática en el Tratamiento de Datos Personales por la Comunidad de Madrid. BOE nº 170, de 18 de julio de 1995.

³⁸⁷ Art. 61 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas. BOCM nº 310, de 29 de diciembre de 2012. BOE nº 61, de 12 de marzo de 2013.

³⁸⁸ En su caso asumida la competencia en el art. 156 del Estatuto de Autonomía. Regulada inicialmente en Ley 5/2002, de 19 de abril, de la Agencia Catalana de Protección de Datos. Actualmente se encuentra regulada en Ley 32/2010, de 1 de octubre, de la Autoridad Catalana de Protección de Datos. DOGC nº 5731, de 8 de octubre de 2010. BOE nº 257, de 23 de octubre de 2010.

³⁸⁹ Fue creada mediante el Decreto 309/2005, de 18 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Vasca de Protección de Datos.

un elemento esencial de la protección de las personas físicas con respecto al tratamiento de datos de carácter personal. Los Estados miembros deben tener la posibilidad de establecer más de una autoridad de control, a fin de reflejar su estructura constitucional, organizativa y administrativa.” De su interpretación se constata además la posibilidad y necesidad de convivencia estatal de la AEPD con los órganos desplegados en los territorios de las CCAA, que también se autodenominan como “agencia” respectivamente.

Por otro lado, puede estarse de acuerdo en que el RGPD configura un nuevo estatuto en aspectos como el papel asumido por las autoridades de control *ex art. 51*, su carácter independiente *ex art. 52*, las condiciones generales aplicables a los miembros que la integren *ex art. 53*, normas relativas a su establecimiento *ex art. 54*, sus competencias *ex art. 55*, funciones *ex art. 57*, poderes *ex art. 58* e informe de funciones *ex art. 59*, entre las más destacadas. En consecuencia con esta previsión, se aprobó el Real Decreto 389/2021, de 1 de junio, por el que se creó el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos³⁹⁰ para adaptarse al mandato impuesto por el RGPD como por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPD) objeto de estudio en el siguiente epígrafe.

El nuevo Estatuto de la AEPD, por lo tanto, viene a confirmar un nuevo modelo de gestión que precisamente debe ajustarse a una nueva forma de gestionar los riesgos planteados. Por consiguiente, articulando los instrumentos y medios necesarios para hacer frente a desarrollo exponencial de la tecnología por la preocupante injerencia en la vida privada y, en suma, de los derechos fundamentales.

En el proceso de reestructuración de la AEPD una de las primeras medidas sopesadas es la supresión del cargo de director, el registro general de protección de datos y la inspección de datos. Y, por otro lado, se reitera, una vez más, su carácter administrativo, la independencia respecto de los poderes públicos y privados, como su personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada. Su nueva estructura orgánica se torna a partir de: una presidencia, una adjuntía a la presidencia, el Consejo Consultivo, la subdirección general de inspección, de promoción y autorizaciones, la secretaría general de la AEPD y, cuenta además con una división de relaciones internacionales y de innovación tecnológica, por lo que se puede comprobar la diversificación de órganos en vistas a una mayor efectividad organizativa y productiva.

³⁹⁰ BOE nº 131, de 2 de junio de 2021.

Igualmente, se le consigna en virtud del RGPD como de la LOPD, abarcar e implementar todas y cada de las finalidades competenciales consolidadas en ambos textos³⁹¹.

Es así que, sin lugar a duda, la AEPD ha venido a contribuir un papel activo, participativo, y clarificador en la interpretación de los preceptos de la norma en el tiempo y espacio que causasen incertidumbre en la práctica, lo que conlleva en definitiva, a reconocer su labor de garantía y tutela del derecho fundamental a la protección de datos de los ciudadanos en el marco digital³⁹².

La labor de la AEPD se respalda por una actuación comprometida con este derecho fundamental no sólo pedagógicamente hablando por la innumerable cantidad de circulares e informes que publica sino, además, por su labor de concienciación ciudadana. Una ardua tarea de mantener la cercanía con los ciudadanos desvaneciendo los posibles obstáculos que puede generar una norma técnicamente incomprensible para buena parte del público e incluso, para aquellos que la manejan diaria y continuamente, porque muchas veces, la aplicación de la normativa a la diversidad de situaciones que se suscitan en la práctica pueden entrañar situaciones de contrariedad de criterios. Y, además, destaca sobre todo en este apasionado e intensificado trabajo, la publicación de guías y formularios fruto de su labor investigadora., como, por supuesto, la redacción de informes y resoluciones como respuesta a los procedimientos de resolución de conflictos en ejercicio de su poder correctivo y sancionador.

Concluyendo, en una mirada al pasado legislativo, este nuevo estatuto supone la consolidación de un ente jurídico que se refuerza competencial y orgánicamente, teniendo en cuenta las funciones que le han sido asignadas posicionándose, ahora sí, como una institución de rigor y notoriedad al haber alcanzado un respaldo conjunto en la sociedad que antaño no disfrutaba.

3. La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

En este momento, por último, se alcanza el periplo legislativo por el que se ha venido revisado concienzudamente la adaptación normativa como medio para combatir los continuos y venideros avances de la informática. Es preciso recordar en este punto

³⁹¹ MARTÍN LÓPEZ, PAZ. (2017). “La Agencia Española de Protección de Datos frente al nuevo Reglamento UE”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 931.

³⁹² FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, C. (2018). “25 años de la Agencia Española de Protección de Datos: los hitos”, *Diario La Ley Ciberderecho*, nº 23, p. 7.

que el RGPD fue aprobado el 25 mayo de 2016, pero su art. 99 dispone un periodo de *vacatio legis* de dos años (25 de mayo de 2018). Este periodo de adaptación se debía fundamentalmente a los grandes cambios normativos a los que se enfrentaban los países europeos por la derogación de la antigua Directiva 95/46/CE. En definitiva, se fijó este plazo para que tanto las instituciones europeas como los propios países integrantes de la unión europea adaptaran la normativa a las directrices marcadas por el nuevo RGPD. Pero, sin embargo, como se comprobará cronológicamente, no se llegó a cumplir los plazos legales para integrar en el ordenamiento español una norma que cumpliera los estándares europeos.

Como se ha puesto de manifiesto, con el objetivo de adaptar el RGPD al ordenamiento jurídico español así como de la posibilidad de introducir mejoras significativas adaptadas al entorno digital, se dicta la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPD). El proceso de consolidación del texto que daría luz a la nueva LOPD estuvo caracterizado por un debate parlamentario lento que se demoró en el tiempo y sometido a numerosas enmiendas parlamentarias por los diferentes partidos políticos. Rememorando, fue el 21 de noviembre de 2017 cuando la Mesa del Congreso de los Diputados encomendó un Dictamen a la Comisión de Justicia. Viendo la luz, ahora sí, el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal³⁹³. Desde entonces fue objeto de enmiendas hasta el 4 de abril de 2018, para que seguidamente continuase el procedimiento: el informe de la Ponencia, el Dictamen de la Comisión y remisión para su debate tanto al Congreso de los Diputados como al Senado³⁹⁴.

Superados los escollos burocráticos propios de un procedimiento de tramitación legislativa-parlamentaria, la LOPD se publicó en el BOE el día 6 de diciembre de 2018, con el objetivo de adaptar el reglamento al ordenamiento jurídico español y con el fin de introducir mejoras significativas adaptadas al entorno digital y con su publicación, se culminó un proceso que se había prolongado en el tiempo. En cuanto a la estructura de la

³⁹³ Vid. en Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, número 13-1, de 24 de noviembre de 2017. https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-13-1.PDF#page=1

³⁹⁴ Puede seguirse el itinerario parlamentario sobre el proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los derechos Digitales (121/000013) con más detalle cronológicamente en Congreso de los Diputados. Proyectos de Ley. Recuperado de https://www.congreso.es/proyectos-de-ley?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&iniciativas_mode=mostarDetalle&iniciativas_legislatura=XII&iniciativas_id=121%2F000013

ley, está conformada por 10 títulos, 97 artículos, 6 disposiciones transitorias, 22 disposiciones adicionales, 1 disposición derogatoria y 16 disposiciones finales.

En su exposición de motivos se hace eco de una singularidad propia que se ha constatado en apartados anteriores. Y no es otra que la consagración de la protección de datos como derecho fundamental protegido y amparado en el art. 18.4 CE conforme a los criterios asentados por el TC en su doctrina. Ante este hecho, los constituyentes de nuestra carta magna dotaron esta previsión constitucional intuyendo quizás la repercusión del desarrollo tecnológico respecto a los derechos fundamentales. Y que ante las reticencias de una reforma constitucional para dotarla de un contenido mucho más moderno y acorde con la digitalización se ha optado por otro camino. Configurando así, por tanto, un derecho que requería ser adaptado al marco de una sociedad más digitalizada fruto de la propia globalización y que venía siendo perfilado por la doctrina jurisprudencial ordinaria, constitucional y europea.

El desarrollo tecnológico ha propiciado una sociedad interconectada que permite tratar y comunicar datos desde cualquier punto del mundo. En este sentido, se identifican claramente los beneficios que la tecnología ha podido significar para el crecimiento de la actividad profesional, económica como personal, aunque si actualmente se reflexiona sobre esta teoría no es contradictorio afirmar que el impacto que ha ocasionado Internet en la sociedad no solo propicia beneficios. De hecho, el uso malicioso de tales dispositivos comenzó a generar desde hace bastante tiempo una grave repercusión en los derechos fundamentales, lo que propició y aceleró la necesidad de dotar un régimen jurídico más reforzado y proteccionista alineado con la transformación tecnológica de las sociedades presentes como las futuras.

Por lo que concierne a los aspectos más significativos introducidos en esta nueva ley se han seleccionado los apartados que *a priori* van a ocupar un papel significativo a lo largo de esta tesis y que se estima conveniente introducir en este momento. Así se detallan a continuación los siguientes:

3.1. Ámbito de aplicación.

Respecto al ámbito de aplicación, ha de destacarse que la aplicabilidad de la ley será al tratamiento automatizado total o parcial de datos personales que hayan sido

contenidos o destinados a un fichero, limitando su aplicación a los Títulos I al IX³⁹⁵ y de los artículos 89 a 94³⁹⁶. Por su parte, hace una remisión al RGPD de forma que habrá que acudir a lo dispuesto en el art. 2.2. dedicado al ámbito de aplicación material para aquéllos supuestos en los que no será de aplicación la ley orgánica de protección de datos.

En segundo lugar, y con el fin de ampliar el contenido en cuanto a la aplicabilidad respecto al ámbito territorial, el RPGD dispone que dependerá de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión Europea, con independencia de que el tratamiento tenga lugar o no en la Unión Europea³⁹⁷. Por lo tanto, se está poniendo el foco en la persona física o jurídica que lleva a cabo un tratamiento de datos, con independencia del lugar físico o material donde lleve a cabo el mismo y, también será aplicable las disposiciones del RGPD para aquéllos supuestos en los que el tratamiento de datos personales de interesados que residan en la Unión sea realizado por un responsable o encargado no establecido en la Unión Europea pero las actividades de tratamiento estén relacionadas con:

- a) la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión, independientemente de si a estos se les requiere su pago,
- b) el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión.

Esta nueva previsión normativa pretende otorgar a los interesados mayor seguridad en el tratamiento transnacional de sus datos personales, evitando la posible “impunidad” sancionadora en los supuestos en los que el responsable del tratamiento se encontraba fuera de la aplicabilidad de la normativa del territorio de la Unión Europea.

³⁹⁵ Título I. Disposiciones generales. Título II. Principios de Protección de datos. Título III. Derechos de las personas. Título IV. Disposiciones aplicables a tratamientos concretos. Título V. Responsable y encargado del tratamiento. Título VI. Transferencias internacionales de datos. Título VII. Autoridades de protección de datos. Título VIII. Procedimientos en caso de posible vulneración de la normativa de protección de datos. Título IX. Régimen sancionador.

³⁹⁶ Artículo 89. Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo. Artículo 90. Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral. Artículo 91. Derechos digitales en la negociación colectiva. Artículo 92. Protección de datos de los menores en Internet. Artículo 93. Derecho al olvido en búsquedas de Internet. Artículo 94. Derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes.

³⁹⁷ 2. El presente Reglamento no se aplica al tratamiento de datos personales: a) en el ejercicio de una actividad no comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión; b) por parte de los Estados miembros cuando lleven a cabo actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del capítulo 2 del título V del TUE; c) efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas; d) por parte de las autoridades competentes con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales, o de ejecución de sanciones penales, incluida la de protección frente a amenazas a la seguridad pública y su prevención.

3.2. El deber de información.

Uno de los aspectos más relevantes de la nueva Ley es la inclusión del concepto de información previa en la recogida de datos personales de los interesados. Siendo cierto que ya se encontraba recogido en la antigua Ley 15/999, más concretamente en su art. 5 como derecho de información previa que deberá llevarse a cabo de modo expreso, preciso e inequívoco, pero no habría sido completado ofreciendo el acceso transparente y en cualquier momento al interesado. De esta forma, cuando se obtengan datos personales de un interesado, el responsable deberá facilitar una información básica e indicándole una dirección electrónica u otro medio que permita acceder de forma sencilla e inmediata a la restante información³⁹⁸. Entre la información básica deberá constar la identidad del responsable del tratamiento y de su representante, en su caso, la finalidad del tratamiento y la posibilidad de ejercer por el afectado sus derechos (acceso, rectificación, supresión, oposición, limitación del tratamiento y portabilidad), y a que el tratamiento de sus datos no suponga la elaboración de perfiles.

Se pretende otorgar al interesado una información por capas, es decir, una primera información de contenido básico al que establece el Reglamento Europeo, pero proporcionando al interesado una dirección electrónica o el medio al que pueda acceder a consultar la información restante que establecen los arts. 13 y 14 de la norma europea. Sin embargo, esta medida no alcanza a mi modo de entender el objetivo que pretende alcanzar el RGPD, que es la otorgar una información completa y pormenorizada del tratamiento de datos personales.

3.3. Del Registro de la AEPD al registro de actividades de tratamiento.

Esta es una de las novedades de la nueva ley por la que se suprime este procedimiento administrativo que suponía la obligación de comunicar a la AEPD³⁹⁹ la creación de un fichero que contenga datos personales.

³⁹⁸ Art. 11 LOPD

³⁹⁹ Artículo 26. Notificación e inscripción registral. 1. Toda persona o entidad que proceda a la creación de ficheros de datos de carácter personal lo notificará previamente a la Agencia de Protección de Datos. 2. Por vía reglamentaria se procederá a la regulación detallada de los distintos extremos que debe contener la notificación, entre los cuales figurarán necesariamente el responsable del fichero, la finalidad del mismo, su ubicación, el tipo de datos de carácter personal que contiene, las medidas de seguridad, con indicación del nivel básico, medio o alto exigible y las cesiones de datos de carácter personal que se prevean realizar y, en su caso, las transferencias de datos que se prevean a países terceros. 3. Deberán comunicarse a la Agencia de Protección de Datos los cambios que se produzcan en la finalidad del fichero automatizado, en su responsable y en la dirección de su ubicación. 4. El Registro General de Protección de Datos inscribirá el fichero si la notificación se ajusta a los requisitos exigibles. En caso contrario podrá pedir que se completen los datos que falten o se proceda a su subsanación. 5. Transcurrido un mes desde la presentación

Efectivamente, tanto la LORTAD *ex art. 24* como la LOPRODA *ex arts. 25 y 26*, previeron la obligatoriedad de notificar previamente a la AEPD la creación de ficheros automatizados de titularidad privada para albergar datos de carácter personal. Entre otras cuestiones, debía aportarse a la AEPD la identidad del responsable del fichero, la finalidad de este, su ubicación, el tipo de datos personales, las medidas de seguridad adoptadas e incluso las posibles cesiones de datos en su caso, así como los cambios que pudieran sufrir *ex art. 24.2 y 3* de la LORTAD. Una vez que se revisaba toda la documentación presentada y en caso de que no fuera necesaria la aportación o subsanación de defectos, la AEPD procedía a la inscripción del fichero automatizado.

La LORTAD fijó un criterio distinto para los ficheros de titularidad pública, para los que se requería en caso de creación, modificación o supresión la publicación en el BOE o diario oficial correspondiente, *ex art. 18.1 y art. 20.1* de la LOPRODA. Esta fue la única diferencia al respecto ya que mantuvieron las mismas obligaciones en cuanto a la información que debía aportarse respecto al tratamiento de datos personales.

Previendo la entrada en vigor del RGPD el 25 de mayo de 2018, la AEPD publicó un comunicado por el que aclaró que a partir del 14 de mayo de 2018 dejaban de estar operativos los sistemas de notificación de ficheros que se realizaba por el sistema habilitado en la página web de la AEPD⁴⁰⁰.

Por tanto, la inscripción de ficheros en el Registro General de la AEPD ha sido sustituida por la exigencia de la creación de un registro de actividades de tratamiento⁴⁰¹, el cual deberá contener la información que recoge el art. 31 de la LOPD. Aunque, esta medida, está prevista solo para aquellas:

- a) Empresas u organizaciones que cuenten con 250 o más personas trabajadoras.

de la solicitud de inscripción sin que la Agencia de Protección de Datos hubiera resuelto sobre la misma, se entenderá inscrito el fichero automatizado a todos los efectos.

⁴⁰⁰*Vid.*, <https://www.aepd.es/es/inscripcion-de-ficheros>. Consultado el 20 de enero 2022.

⁴⁰¹ Artículo 31. Registro de las actividades de tratamiento. 1. Los responsables y encargados del tratamiento o, en su caso, sus representantes deberán mantener el registro de actividades de tratamiento al que se refiere el artículo 30 del Reglamento (UE) 2016/679, salvo que sea de aplicación la excepción prevista en su apartado 5. El registro, que podrá organizarse en torno a conjuntos estructurados de datos, deberá especificar, según sus finalidades, las actividades de tratamiento llevadas a cabo y las demás circunstancias establecidas en el citado reglamento. Cuando el responsable o el encargado del tratamiento hubieran designado un delegado de protección de datos deberán comunicarle cualquier adición, modificación o exclusión en el contenido del registro. 2. Los sujetos enumerados en el artículo 77.1 de esta ley orgánica harán público un inventario de sus actividades de tratamiento accesible por medios electrónicos en el que constará la información establecida en el artículo 30 del Reglamento (UE) 2016/679 y su base legal.

b) Empresas u organizaciones con menos de 250 personas trabajadoras pero realice tratamiento que pueda entrañar un riesgo para los derechos y libertades de los interesados, y no sea ocasional, o incluya categorías especiales de datos personales.

c) Empresas u organizaciones con menos de 250 personas trabajadoras, pero incluya datos personales relativos a condenas e infracciones penales.

3.4. El consentimiento del afectado.

Para que el tratamiento sea lícito deberá contar con el consentimiento del interesado. Es por ello por lo que el responsable del tratamiento, mediante la denominada responsabilidad proactiva que propugna el RGPD, deberá demostrar que cuenta con el consentimiento del interesado. De forma que, de constar el consentimiento por escrito, en el que se refiera a una pluralidad de fines, deberá distinguir de forma clara y concisa, utilizando un lenguaje claro y sencillo para cuáles consiente el tratamiento de datos. Por lo tanto, se destaca en este nuevo concepto de consentimiento, el carácter voluntario, libre, informado e inequívoco de consentir⁴⁰².

El consentimiento, como establece el art. 7 del RGPD, será tan fácil retirarlo como darlo, en cualquier momento y la retirada de este no afectará a la licitud del tratamiento basado en el consentimiento previo.

Como novedad y atendiendo a los cambios sociales en el que los menores cada vez más utilizan la conexión a internet y medios electrónicos estando expuestos a posibles vulneraciones de sus derechos, se introduce las condiciones del consentimiento de los menores de edad en el art. 7 de la ley. En este punto debe señalarse que el RGPD en su art. 8 establece como mínimo 16 años para consentir en una oferta directa de servicios de la sociedad de la información, pero en su segundo párrafo, deja en manos de los Estados

⁴⁰² En este sentido, compartiendo la opinión de SERRANO PÉREZ, “el derecho fundamental a la protección de datos se sustenta sobre dos pilares fundamentales así reconocidos por el Tribunal Constitucional: el consentimiento, por una parte, y los derechos de los interesados por otra. El consentimiento para el tratamiento de datos es una facultad de libertad del individuo para decidir acerca de sus datos. Constituye la capacidad de autodeterminación del individuo. En un mundo en el que el tratamiento de la información de carácter personal constituye una parte básica de las relaciones de la persona con el exterior, los ordenamientos reconocen la posibilidad del individuo de consentir y autorizar, de controlar, en definitiva, la recogida y la utilización de la información personal. Consentir equivale, en el universo de las comunicaciones, a extender la capacidad de decisión de la persona con el fin de proteger su libertad y sus derechos en el mundo tecnológico. Se trata de proteger la esfera individual de agresiones no consentidas o no autorizadas y que pueden lesionar los derechos del individuo, es la materialización del control y dominio de los datos personales de que habla el Tribunal Constitucional”. *Vid.*, REBOLLO DELGADO, L y SERRANO PÉREZ, M.^a. (2017). *Manual de Protección de Datos*, Madrid, Ed. Dykinson, pág. 117.

miembros establecer por ley una edad no inferior a 13 años. Así, la LOPD ha determinado que el consentimiento será totalmente válido para mayores de 14 años, y en el caso de los menores de esta edad, para ser lícito deberá contar con el consentimiento del titular de la patria potestad o tutela.

3.5. Derechos de las personas en lo que respecta a la protección de datos.

Los derechos de las personas en lo relativo a la protección de datos de carácter personal han sido ampliados por el RGPD y recogidos en la nueva ley. Mediante la LOPRODA, que incorporaba los parámetros de la Directiva 95/46/CE al ordenamiento jurídico español, ya se preveían los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, con el RGPD, nacen los derechos de supresión, el de limitación del tratamiento y el de la portabilidad de datos.

Sin embargo, se ha incorporado una modificación respecto al procedimiento de ejercicio de los derechos reconocidos a los interesados en los arts. 15-22 RGPD y que la LOPD ha recogido en los arts. 13. Por un lado, respecto al derecho de acceso recogido en el art. 13.2 LOPD resulta un tanto equívoco en su redacción puesto que no deja claro en una primera lectura el procedimiento a seguir. Así, establece que “el derecho de acceso se entenderá otorgado si el responsable del tratamiento facilitara al afectado un sistema de acceso remoto, directo y seguro a los datos personales que garantice, de modo permanente, el acceso a su totalidad. A tales efectos, la comunicación por el responsable al afectado del modo en que este podrá acceder a dicho sistema bastará para tener por atendida la solicitud de ejercicio del derecho” y ello puede dar lugar a la conclusión de que existe obligación de presentar electrónicamente la solicitud de ejercicio de derechos, pero no obstante, a este respecto, el RGPD⁴⁰³ es más preciso al señalar que no existe obligación a presentar la solicitud por medios electrónicos aunque sí parece que se prioriza la utilización de esta vía, particularmente “cuando los datos personales se tratan por medios electrónicos⁴⁰⁴”.

Y, por otro lado, en el art. 13.3 se prevé que en el caso de considerar repetitivo el ejercicio de alguno de estos derechos en un plazo de 6 meses a menos que exista una

⁴⁰³ Del mismo modo, el art. art. 12.5 del RGDP dispone que “cuando el interesado presente la solicitud por medios electrónicos, la información se facilitará por medios electrónicos cuando sea posible, a menos que el interesado solicite que se facilite de otro modo”.

⁴⁰⁴ GOÑI SEIN, J. L. (2018). *La nueva regulación Europea y Española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa. (Incluido el Real Decreto – Ley 5/2018)*, Albacete, Bomarzo, p. 112.

causa justificada, decae el carácter gratuito pudiendo el responsable del tratamiento fijar un canon administrativo por facilitar la información o negarse a tramitar la solicitud de acceso⁴⁰⁵. Por lo tanto, respecto a la antigua normativa se reduce el plazo de 12 meses a la mitad y la gratuidad de este servicio en el caso de que no exista interés legítimo en el ejercicio repetitivo o excesivo tales derechos de los interesados respecto de sus datos personales.

En segundo lugar, se incluye con un contenido más claro y detallado el derecho de supresión *ex art. 15 LOPD* y que remite al art. 17 RGPD. Este derecho ha sido configurado a partir de la creación jurisprudencial del TJUE del derecho al olvido⁴⁰⁶ en la sentencia de 13 de mayo de 2014. Con este pronunciamiento del TJUE se reivindicó la imposición de límites al acceso a dicha información o a la creación en la web de un perfil “irreal” de su persona a través de los distintos bancos de búsqueda, que posteriormente, se denomina “el derecho al olvido en Internet”. Este derecho no estaba reconocido expresamente, declarando el TJUE en esta sentencia que el derecho al olvido sí se encontraba recogido de forma implícita en la Directiva 95/46 CE, específicamente, alojado en los mecanismos del derecho de oposición del interesado, derecho de cancelación y eliminación de los datos del buscador siempre que la información no sea de interés o relevancia pública que justifique la difusión, generando numerosas disputas por los interesados y los motores de búsqueda ante este debate normativo.

3.6. El Delegado de Protección de Datos.

El Delegado de Protección de Datos (en adelante, DPD), es una figura que puede ser objeto de nombramiento por personal interno o externo a la empresa y, entre sus funciones, le corresponderá el deber de información, asesoramiento y supervisión del cumplimiento de las obligaciones que tanto el RGPD y la LOPD imponen al responsable

⁴⁰⁵ Art. 12.5 RGPD: La información facilitada en virtud de los artículos 13 y 14 así como toda comunicación y cualquier actuación realizada en virtud de los artículos 15 a 22 y 34 serán a título gratuito. Cuando las solicitudes sean manifiestamente infundadas o excesivas, especialmente debido a su carácter repetitivo, el responsable del tratamiento podrá: a) cobrar un canon razonable en función de los costes administrativos afrontados para facilitar la información o la comunicación o realizar la actuación solicitada.

⁴⁰⁶ El derecho al olvido es la respuesta a la amenaza que supone para el libre desarrollo de la personalidad el almacenamiento permanente en Internet de información personal cuya difusión, pasado el tiempo, puede afectar negativamente a la persona, al producirse un desajuste entre el dato publicado y la realidad actual. Derecho que no se encuentra regulado específicamente en nuestro ordenamiento pero que sí se reconoce la regulación de forma indirecta en la LOPD, y posteriormente tras la sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014, y podemos señalar que también indirectamente en la Directiva 95/36CE, a través de los mecanismos de oposición y cancelación. Ha sido Internet precisamente quien ha constituido el debate y la necesidad de un debido equilibrio entre la libertad de difusión de información y los derechos privativos de la persona.

y/o encargado, así como la interlocución con la AEPD. El RGPD crea esta nueva figura como supervisor o garante del tratamiento de datos *ex art. 37.1* por el que se prevé su participación en las actividades de tratamiento de datos personales en el ámbito de la empresa⁴⁰⁷. No obstante, el nombramiento de DPD no está previsto para todo tipo de entidades⁴⁰⁸, normalmente se prevé de forma obligatoria para empresas de gran actividad en la que se tratan datos masivamente y de distintas categorías (RR.HH., proveedores, clientes, solicitantes, bancarios, sanitarios)⁴⁰⁹.

La AEPD es la autoridad encargada de recibir la comunicación del nombramiento y cese de los delegados de protección de datos manteniendo un censo actualizado de los mismos. Como aspecto a destacar, se encuentra el nivel de cualificación que debe tener la persona que asuma este cargo. Así, el art. 35 LOPD⁴¹⁰ recoge la certificación voluntaria o la titulación universitaria de conocimientos especializados en derecho y en materia de protección de datos que acrediten una trayectoria y solvencia profesional a tal efecto.

Y, por otro lado, el art. 38.1 RGPD destaca la posición del DPD fijando que tanto el responsable como el encargado del tratamiento deben garantizar su participación “de forma adecuada y en tiempo oportuno en todas las cuestiones relativas a la protección de

⁴⁰⁷ Directrices sobre los delegados de protección de datos (DPD). Adoptada el 13 de diciembre de 2016.

⁴⁰⁸ No obstante, la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, prevé en el art. 8.3 que “las entidades jurídicas del sector privado que tengan 50 o más trabajadores” establezcan *ex art. 8.1* “canales y procedimientos de denuncia interna y de seguimiento, previa consulta a los interlocutores sociales y de acuerdo con ellos cuando así lo establezca el Derecho nacional”. Y, este aspecto ha sido recogido en el art. 34 del “Anteproyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción por la que se transpone la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión”. Recuperado de <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20INFORMANTE%20ES.pdf>

⁴⁰⁹ El art. 37 RGPD determina los casos en los que será necesario el nombramiento de un delegado de protección de datos. Así determina que “el responsable y el encargado del tratamiento designarán un delegado de protección de datos siempre que: el tratamiento lo lleve a cabo una autoridad u organismo público, excepto los tribunales que actúen en ejercicio de su función judicial; las actividades principales del responsable o del encargado consistan en operaciones de tratamiento que, en razón de su naturaleza, alcance y/o fines, requieran una observación habitual y sistemática de interesados a gran escala, o las actividades principales del responsable o del encargado consistan en el tratamiento a gran escala de categorías especiales de datos personales con arreglo al artículo 9 y de datos relativos a condenas e infracciones penales a que se refiere el artículo 10.

⁴¹⁰ Artículo 35. Cualificación del delegado de protección de datos. El cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 37.5 del Reglamento (UE) 2016/679 para la designación del delegado de protección de datos, sea persona física o jurídica, podrá demostrarse, entre otros medios, a través de mecanismos voluntarios de certificación que tendrán particularmente en cuenta la obtención de una titulación universitaria que acredite conocimientos especializados en el derecho y la práctica en materia de protección de datos.

datos personales”. En suma, deberán facilitarle los medios y recursos indispensables para efectuar sus funciones correctamente así como respetar la independencia funcional que el RGPD le asigna de tal manera que no reciba ningún tipo de instrucción o presión respecto al desempeño de su actividad. De este modo, el art. 38.3 RGPD instaura un estatuto de protección frente al despido del DPD⁴¹¹ en cuanto que sólo podrá ser sancionado o destituido en el caso de que no cumpla fielmente con sus funciones⁴¹².

3.7. Análisis de Riesgos y evaluación de impacto.

En ese afán europeo de mejorar y paliar los posibles riesgos que puedan surgir en el tratamiento de datos personales, el nuevo RGPD crea el análisis y evaluación de los riesgos. Supone una actividad previa al tratamiento de datos que debe realizarse por todos los responsables cuyo fin es valorar las posibles amenazas que pudieran darse al utilizarse nuevas tecnologías para los derechos y libertades de las personas físicas.

⁴¹¹ Este aspecto ha sido objeto de examen en la STSJ de Madrid 910/2021 de 29 de diciembre determinando que, efectivamente, el RGPD “quiere establecer una garantía adicional para estos trabajadores, porque obviamente ni el delegado de protección de datos ni ningún otro trabajador puede ser objeto de un despido acorde a derecho por el mero ejercicio de sus funciones y pretende establecer una garantía adicional a las que pueda tener un trabajador que sea objeto de un despido improcedente y entendemos que la garantía que a estos trabajadores les correspondería sería la misma que el párrafo segundo del artículo 30.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales atribuye a los trabajadores integrantes del servicio de prevención -no solo a los delegados de riesgos laborales-, que son designados por la empresa y que son las que establece el párrafo primero de ese mismo precepto, las mismas garantías que para los representantes de los trabajadores establecen las letras a), b) y c) del artículo 68 y el apartado 4 del artículo 56 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, es decir que la opción entre la readmisión y la indemnización corresponderá siempre al trabajador y que tanto si opta por la indemnización como si lo hace por la readmisión”. Nº de recurso suplicación 476/2021, Id Cendoj: 28079340032021100840. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a24bddc71106060a/20220208>

⁴¹² El análisis de esta cuestión, es decir, evaluar en qué casos y de conformidad con el art. 38.3 RGPD el empresario puede despedir de forma procedente a una persona trabajadora que desempeña la condición de DPD y además forma parte de la plantilla se puede comprobar en la STJUE C-534/20 de 22 de junio de 2022. Por un lado, el TJUE aclaró que el estatuto adicional de protección frente al despido fijado en el art. 38.3 RGPD es aplicable “con independencia de la naturaleza de la relación laboral”, es decir, tanto a aquellas personas trabajadoras forman parte de la plantilla y además desempeñan las funciones de DPD como aquellas que han sido contratadas en el marco de un contrato de servicios. Por otro lado, puntualizó que esta protección garantizada al DPD frente al despido se circunscribe exclusivamente al ámbito de las funciones que tanto el RPGD como la norma estatal de cada país le ha encomendado. El TJUE zanjó esta cuestión declarando que la protección frente al despido del DPD no se extiende a otro tipo de supuestos que quedan al margen y bajo la observancia del cumplimiento de las causas tasadas en la norma laboral por la que se determina la validez del despido. Por consiguiente, el TJUE concluyó que “el artículo 38, apartado 3, segunda frase, del RGPD debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece que un responsable o un encargado del tratamiento solo puede despedir a un delegado de protección de datos que forme parte de su plantilla por causa grave, aun cuando el despido no esté relacionado con el ejercicio de las funciones de dicho delegado, siempre que esa normativa no ponga en peligro la consecución de los objetivos del RGPD”. Un estudio en profundidad de la sentencia en ROJO TORRECILLA, E. (27 de junio de 2022) Delegado de protección de datos y extinción del contrato por causas no vinculadas a su actividad. Aceptación por el TJUE. Notas a la sentencia de 22 de junio de 2022 (asunto C- 534/20). Recuperado en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/06/delegado-de-proteccion-de-datos-y.html>

Del resultado de esta evaluación, las entidades deberán tener en cuenta las medidas de protección que deberán llevar a cabo para minimizar los posibles riesgos a los que están expuestos y son vulnerables. Deberá adoptar, por tanto, las medidas necesarias para mitigar el riesgo potencial en las operaciones de tratamiento. La autoridad de control, en este caso la AEPD, está facultada por el RGPD para publicar un listado con aquellas operaciones de tratamiento que requieren tal análisis de riesgos⁴¹³.

3.8. Los derechos digitales: especial consideración en el ámbito de las relaciones laborales.

En último lugar, LOPD, además de adecuar el ordenamiento jurídico español a las directrices marcadas por el RGPD, incorpora a su contenido normativo un novedoso bloque de derechos. Su ubicación se ha concretado en el Título X titulado “Garantía de los derechos digitales”. En su propia exposición de motivos destaca que con su aprobación “se acomete la tarea de reconocer y garantizar un elenco de derechos digitales de los ciudadanos conforme al mandato establecido en la Constitución.”

Respecto a la estructura del Título X está compuesto por 19 artículos. Comienza por el art. 79 en el que, a modo introductorio, comienza por dejar patente la irrefutable teoría de la plena aplicabilidad de los derechos y libertades “consagrados en la Constitución y en los Tratados y Convenios Internacionales” en el espacio de Internet. A continuación se determinan pormenorizadamente los denominados derechos digitales asociados al ámbito estrictamente laboral⁴¹⁴:

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

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

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

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

Art. 91 Derechos digitales en la negociación colectiva.

⁴¹³ Vid., Listas de tipos de tratamientos de datos que requieren evaluación de impacto relativa a protección de datos (art 35.4). <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/listas-dpia-es-35-4.pdf>. Consultado el 23 de mayo de 2022.

⁴¹⁴ Vid., FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, C. (2018). “Los nuevos derechos digitales reconocidos por la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales”, *Diario La Ley Ciberderecho: Editorial Wolters Kluwer*, nº 23, págs. 1-10.

Es preciso señalar que el Título X de la nueva ley existen derechos directamente relacionados con el art. 18.4 CE. La limitación del uso de la informática para garantizar, entre otras, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos se encuentra ubicada en el Título I “De los derechos y deberes fundamentales”, que como se ha explicado en apartados anteriores gozan de un estatuto reforzado. Ante esta aclaración, conviene dejar constancia de que no todos los derechos digitales anteriormente citados tienen el mismo *status* jurídico. La propia LOPD en su Disposición final primera determina que la presente ley tiene el carácter de ley orgánica⁴¹⁵. No obstante, realiza una serie de observaciones y declara que tienen carácter de ley ordinaria, entre otros, el art. 88⁴¹⁶. Por tanto, se ha

⁴¹⁵ Este hecho ya sido objeto de tratamiento por el TC en la STC 5/1981, de 13 de febrero. En este caso se resuelve una controversia que se basa en determinar la posible inconstitucionalidad del art. 15 de la LOECE (Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares) que conjuga la prioridad del criterio ideario del centro respecto a la libertad de cátedra del profesorado. Por lo tanto, se suscita una situación similar, la coexistencia de varios derechos, unos de rango constitucional y otros que no ostentan dicha condición. En el fundamento jurídico vigésimo primero el Tribunal deja bastante claro que “cuando en la Constitución se contiene una reserva de Ley ha de entenderse que tal reserva lo es en favor de la Ley orgánica -y no una reserva de Ley ordinaria- sólo en los supuestos que de modo expreso se contienen en la norma fundamental (art. 81.1 y conexos). La reserva de Ley orgánica no puede interpretarse de forma tal que cualquier materia ajena a dicha reserva por el hecho de estar incluida en una Ley orgánica haya de gozar definitivamente del efecto de congelación de rango y de la necesidad de una mayoría cualificada para su ulterior modificación (art. 81.2 de la C.E.), pues tal efecto puede y aun debe ser excluido por la misma Ley Orgánica o por Sentencia del Tribunal Constitucional que declaren cuáles de los preceptos de aquélla no participan de tal naturaleza.” Por lo tanto, en virtud del principio de reserva de ley el TC llega a la conclusión de que existen la posibilidad de que “en una misma Ley orgánica concurren materias estrictas y materias conexas (...). Pero este régimen puede ser excluido por la propia Ley Orgánica en relación con alguno de sus preceptos, indicando cuáles de ellos contienen sólo materias conexas y pueden ser alterados por una Ley ordinaria. Recurso de inconstitucionalidad nº 189/1980 (Aranzadi JUR\ RTC 1981\5).

⁴¹⁶ Como se ha precisado en el texto principal, no todos los derechos digitales gozan de la misma categoría. Efectivamente, la Disposición final primera de la LOPD determina que dicha ley tiene el carácter de ley orgánica, sin embargo reserva el carácter de ley ordinaria El Título IV, el Título VII, salvo los artículos 52 y 53, que tienen carácter orgánico, el Título VIII, el Título IX, los artículos 79, 80, 81, 82, 88, 95, 96 y 97 del Título X, las disposiciones adicionales, salvo la disposición adicional segunda y la disposición adicional decimoséptima, que tienen carácter orgánico, las disposiciones transitorias, y las disposiciones finales, salvo las disposiciones finales primera, segunda, tercera, cuarta, octava, décima y decimosexta, que tienen carácter orgánico. Como se puede comprobar el derecho a la desconexión digital se encuentra entre los derechos afectados por esta calificación lo que sugiere en cierto modo que será en un momento posterior cuando se lleve a cabo su desarrollo parlamentario. Prueba de esta posibilidad es la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión en virtud del artículo 153, apartado 2, letra b), en relación con el artículo 153, apartado 1, letras a), b) e i), del TFUE. Por lo que puede preverse que tras el desarrollo europeo y su trasposición a nuestro ordenamiento jurídico la desconexión digital gozará de otro status y naturaleza jurídica. Este compromiso político del Parlamento Europeo también se ha plasmado en la “Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital” dictada en Bruselas el 26 de enero de 2022. Concretamente, en base a una Declaración sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital” en aras de garantizar “unas condiciones de trabajo equitativas, justas, saludables y seguras”, se prevé garantizar la desconexión digital. *Vid.*, un estudio en profundidad sobre los retos que debe afrontar la “nueva Directiva Comunitaria sobre desconexión digital” en TRUJILLO PONS, F. (2021) “Un estudio acerca de la eventual Directiva Comunitaria sobre el derecho a la desconexión digital”, *Revista Iuslabor*, nº 2.

instaurado en nuestro marco jurídico una previsión normativa por la que se acata el mandato constitucional de protección de un ámbito como es la intimidad personal frente a la injerencia del uso de la informática en un contexto concreto, las relaciones laborales. Marco jurídico diferenciado, en el que se ha calificado de forma diferente; a los arts. 87, 89, 90 y 91 en virtud de la reserva como ley orgánica *ex art. 81 CE* en desarrollo de un derecho fundamental, la intimidad personal y familiar; y, por el contrario, al art. 88 dedicado a la desconexión digital al que se le ha atribuido la reserva de ley ordinaria.

Al mismo tiempo, la LOPD en su Disposición final decimotercera incorpora los derechos digitales en un nuevo art. 20 bis en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET). En definitiva, engloba el catálogo de derechos en la relación de trabajo fuera de la Sección 2ª “Derechos y deberes laborales básicos” - Capítulo I del ET para ubicarlos en la Sección 2ª “Derechos y Deberes derivados del contrato” del Capítulo II.

Este conjunto de derechos constituye una auténtica novedad en el contexto normativo tecnológico actual⁴¹⁷. Fruto del desarrollo de Internet y de la introducción de nuevas tecnologías en el ámbito de las relaciones laborales, parece palpable el interés del legislador en; por un lado, crear un ámbito de protección reforzada de las personas trabajadoras, lo que supone actualizar el contenido de los derechos fundamentales a la era digital por la evidente intromisión e incidencia de las tecnologías. Y, concretamente, con especial ímpetu en el espacio en el que se acomete este estudio, en el ámbito de las relaciones laborales.

Se puede concluir tras todo lo anterior que con la aprobación de la LOPD se ha conseguido acabar con la dispersión normativa, bien reglamentaria o bien a través de instrucciones dictadas por la Agencia Española de Protección de Datos y, con las lagunas jurídicas que generaba la interpretación de la Directiva 95/46/CE. Parece, en principio,

⁴¹⁷ En un momento posterior y en relación con el proceso de digitalización, el gobierno inició el proceso de elaboración de una Carta de Derechos Digitales para España con la constitución de un grupo de expertos que actuaron como asesores. Junto a él se inició también un procedimiento participativo para que la ciudadanía pudiera realizar aportaciones. La redacción final de la Carta por parte del Gobierno ha permitido incluir las contribuciones más significativas pertenecientes a ambos ámbitos. De este modo, con el fin de completar y desarrollar este marco normativo, el gobierno ha finalizado con éxito el proceso de elaboración de esta Carta; dedicada no solo a los derechos digitales sino, además, al resto de derechos no contemplados en el citado Título X, como es el caso de los relacionados con la libertad y la igualdad en el espacio digital, derechos de participación y de conformación del espacio público o derechos digitales en entornos específicos (derecho de acceso a datos con fines de investigación, estadística, innovación, derecho a la protección de la salud en el entorno digital o derechos ante la inteligencia artificial, entre otros). La relación de expertos que participaron en la elaboración de la carta puede consultarse en https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/prensa/noticias/2019/200616_np_expertos.pdf

que se ha conseguido aglutinar en una misma disposición normativa los aspectos más relevantes, complementado con lo dispuesto en el RGPD como norma de referencia⁴¹⁸. Y que, además de alinear los nuevos preceptos aprobados por el RGPD, la LOPD ha ido más allá. En efecto, el legislador ha consagrado un conglomerado de derechos digitales por adaptar el derecho a la nueva era digital⁴¹⁹, una actuación legislativa que puede evidenciar un compromiso por el respeto de los derechos fundamentales de las personas, en especial en el ámbito del trabajo, por el desarrollo exponencial de nuevas herramientas tecnológicas.

4. La implementación de la LOPD en las relaciones laborales por el empleador.

Hoy en día se palpa una auténtica revolución tecnológica que propicia la posibilidad de un tratamiento automatizado de información a través de las distintas herramientas que usamos a diario (Smartphone, smartwatch, ordenador portátil). Pero no sólo se ha visto incrementado el uso de estos aparatos en la vida personal, sino que también han sido exportados al mundo laboral por las numerosas facilidades que aporta en el día a día laboral de las empresas. Así, la confidencialidad de la información que las personas trabajadoras manejan en su puesto de trabajo requiere una regulación jurídica que sea congruente tanto con su deber de diligencia y colaboración en el trabajo como con el poder de control empresarial, *ex art. 20.3 ET*, para garantizar el cumplimiento de derechos y obligaciones.

Pero, es cierto que una de las cuestiones que ha sido planteada y que se está analizando en la presente tesis, es si las nuevas tecnologías, además de que constituyen para las personas trabajadoras una herramienta que facilita el desarrollo de la prestación laboral pueden, del mismo modo, constituir un medio de control y fiscalización utilizado por el empresario para comprobar el cumplimiento efectivo de las obligaciones de aquellos en su puesto de trabajo⁴²⁰.

⁴¹⁸ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (2008). “El Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/ 1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal”, *ob., cit.*, p. 265.

⁴¹⁹ TRONCOSO REIGADA, A (2019). “La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales”, *Derecom: Revista Internacional Online de Derecho de la Comunicación*, Nueva Época, n° 26, p. 135.

⁴²⁰ En este punto y como reconoce RIVERA SANCLEMENTE “la relación de trabajo implica dos escenarios perfectamente delimitados y descritos de la siguiente manera: el primero de ellos corresponde al ambiente estrictamente laboral (dentro de la empresa), en el cual el rol que el trabajador desempeña estaría circunscrito a lo que realiza en razón del cumplimiento de las funciones laborales, identificado como el escenario trabajador – persona; un segundo escenario haría referencia a la actividad desarrollada por el

En este sentido, se plantean muchas cuestiones que se plasmarán en los siguientes apartados con la finalidad de mostrar cual es estado actual de esta cuestión, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, especializadas al respecto. Y que lejos de ser una cuestión nueva, se ha intentado demostrar en las páginas precedentes, el largo recorrido histórico con que cuentan así como la intención de aportar soluciones jurídicas a este conflicto suscitado en el ámbito laboral.

Por ello, a continuación, se va a abordar la figura del empresario como responsable del tratamiento a partir de los preceptos del RGPD, con el fin de poner de relieve cuáles son sus obligaciones en el tratamiento de datos. El empleador, por consiguiente, debe conocer qué datos personales pueden ser objeto de tratamiento y cuáles no, en cumplimiento de los principios de licitud, lealtad y transparencia definidos claramente en el RGPD. Y, lejos de olvidar uno de los pilares del RGPD, debe justificar el modo en el que consiguió el consentimiento, el cual debe ser libre sin carácter viciado, por ejemplo, sin incluir cláusulas tipo que vayan en detrimento de las personas trabajadoras.

Mientras que, desde la perspectiva de las personas trabajadoras en cuanto a sus derechos, también debe ser consciente sobre qué derechos le corresponde para el supuesto de que decidan ejercitar alguno de ellos de acuerdo con las garantías que pauta el RGPD.

También, por otro lado, es necesario valorar juntamente con el concepto de responsable del tratamiento, el término de encargado del tratamiento, que normalmente lo ocuparán las entidades que prestan servicios de asesoría o gestoría a las que las empresas acuden para subcontratar las obligaciones laborales, fiscales o contables, entre otras. Este tipo de entidades gestionan una gran cantidad de datos (nombre, apellidos, número de la seguridad social, el número de la cuenta bancaria para el abono del salario)⁴²¹ que se corresponden con la definición de dato personal⁴²² de forma que el

trabajador fuera de su ámbito laboral o de la empresa y que corresponde a su interactuar personal, familiar y social, que se identifica como el de persona – trabajador”. RIVERA SANCLEMENTE, M.R. (2012). “La protección de datos en el entorno laboral”. *Revista de Derecho, comunicaciones y nuevas tecnologías*, nº 7, p. 22.

⁴²¹ Este tipo de situaciones que tienen lugar en el ámbito laboral pueden dar lugar a que el empresario recabe gran cantidad de información “que le permita realizar una gestión eficiente de su empresa”, pero que, sin embargo, acompañado al uso de la informática, se pueda multiplicar “la capacidad de acumulación de información y se permite al empresario reconstruir, a partir de datos aparentemente inocuos, el perfil del trabajador, perfil susceptible de ser utilizado con los fines más variados”. Por tales motivos, se requiere la estricta observancia de los parámetros que dictamina tanto el RGPD como la LOPD para evitar este tipo de prácticas prohibidas por el marco jurídico que aquí se analiza. CARDONA RUBERT, B. (2003). “Las relaciones laborales y el uso de las tecnologías informáticas”, *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, nº extra-1, p. 161.

⁴²² Art. 4 RGPD: datos personales: toda información sobre una persona física identificada o identificable (el interesado); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse,

movimiento de este tipo de datos e información permitiría potencialmente la identificación de una persona⁴²³.

4.1. El empresario como responsable del tratamiento.

El RGPD prevé en su art. 4.7 como responsable del tratamiento “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros”.

De esta definición, se puede destacar lo siguiente; en primer lugar, el carácter personal, al incluir tanto a personas físicas como jurídicas; en segundo lugar, la posibilidad de realizarlo de forma individual o conjunta, previendo, por tanto, lo que define el RGPD como la corresponsabilidad⁴²⁴; y, en tercer lugar, la capacidad de decisión sobre los aspectos más importantes del tratamiento, la finalidad y los medios para ello. Sin embargo, en la LOPD la regulación de esta figura es llevada a cabo juntamente con la del encargado del tratamiento. De la lectura del art. 33 LOPD puede observarse que su regulación no es tan clarificadora y específica como en el RGPD, sino que define al responsable del tratamiento de forma indirecta. Es decir, determina que ocupará esta figura a razón de las funciones que ejercite; actúa en nombre propio, establece las

directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona.

⁴²³ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2018). “El derecho a la protección de datos personales en el contrato de trabajo: reflexiones a la luz del Reglamento europeo 2016/679”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 423, p. 22.

⁴²⁴ Art. 26: Corresponsables del tratamiento 1. Cuando dos o más responsables determinen conjuntamente los objetivos y los medios del tratamiento serán considerados corresponsables del tratamiento. Los corresponsables determinarán de modo transparente y de mutuo acuerdo sus responsabilidades respectivas en el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el presente Reglamento, en particular en cuanto al ejercicio de los derechos del interesado y a sus respectivas obligaciones de suministro de información a que se refieren los artículos 13 y 14, salvo, y en la medida en que, sus responsabilidades respectivas se rijan por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se les aplique a ellos. Dicho acuerdo podrá designar un punto de contacto para los interesados. 2.El acuerdo indicado en el apartado 1 reflejará debidamente las funciones y relaciones respectivas de los corresponsables en relación con los interesados. Se pondrán a disposición del interesado los aspectos esenciales del acuerdo. 3.Independientemente de los términos del acuerdo a que se refiere el apartado 1, los interesados podrán ejercer los derechos que les reconoce el presente Reglamento frente a, y en contra de, cada uno de los responsables.

relaciones con los afectados, utiliza los datos para sus propias finalidades o decide el destino de los datos una vez que haya finalizado la prestación de servicios.

Trasladando estas consideraciones al ámbito laboral, es evidente, que en el tratamiento de los datos personales será el empresario (persona física) o la empresa (persona jurídica) el responsable del tratamiento. Atendiendo al contexto laboral y a los fines del tratamiento que establezca el empresario, éste estará obligado a adoptar las medidas técnicas y organizativas en el tratamiento de datos personales limitando la vulneración de los derechos y libertades de las personas físicas⁴²⁵. Ello supone que, al momento de tratar datos, deben cumplirse una serie de requisitos que establece la normativa europea y que serán expuestos a continuación.

Los requisitos o principios relativos al tratamiento de datos que el empresario como responsable debe cumplir los especifica de forma muy precisa el art. 5 del RGPD:

- a) Principio de licitud, lealtad y transparencia: básicamente viene a significar que toda acción que implique un tratamiento de datos personales debe ser lícita, conforme a los parámetros marcados en el RGPD y la LOPD. Además de representar un ejercicio de responsabilidad, transparencia y lealtad tanto con la norma como con los interesados que tiene su plasmación práctica en el derecho de información previa.
- b) Principio de limitación de la finalidad: que implica una doble obligación, supone el estricto cumplimiento de que los datos recabados van a destinarse a unos fines explícitos y legítimos. Ello quiere suponer que para el supuesto que vayan a ser destinados a varias finalidades debe probarse que el interesado fue informado de esta posibilidad y asintió por separado para cada una de las finalidades. Por tanto, debe evitarse a toda costa la incompatibilidad de los fines inicialmente propuestos y adoptados posteriormente.
- c) Principio de minimización de datos: es una consecuencia lógica e innata de toda operación de tratamiento de datos, ya que como regla general solo y exclusivamente serán recabados los datos indispensables. Desechando, por consiguiente, toda información que fuese irrelevante o que se extralimite de las finalidades propuestas por la operación de tratamiento de datos.
- d) Principio de exactitud: para alcanzar correctamente los fines previstos por una operación de tratamiento de datos es necesario que estos sean adecuados y

⁴²⁵ Art. 24 RGPD. Responsabilidad del responsable del tratamiento.

precisos. De tal forma que en caso de pudiera manifestarse alguna incoherencia o inexactitud deben adoptarse las medidas necesarias para llevar a cabo una actualización o renovación de dicha información.

La principal e inequívoca intención en estas primeras líneas es la de llevar a cabo una presentación de los aspectos indispensables que debe adoptar y respetar el empresario con el fin de adoptar la normativa de protección de datos en equilibrio con los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. De este modo, en los siguientes apartados se llevará a cabo un análisis con mayor profundidad con el objetivo de esclarecer y dar a conocer en qué consiste cada principio y cuál es su impacto en las relaciones laborales.

4.2. La licitud en el tratamiento de datos: el interés legítimo en el grupo de empresas.

Uno de los primeros requisitos que prevé el RGPD para el tratamiento es que sea lícito, y dentro de los supuestos válidos se encuentra el siguiente: “b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales⁴²⁶”. De este modo, se sobreentiende que el consentimiento decae a favor de la licitud del tratamiento como bien indica el articulado. Ello significa que la base jurídica para la ejecución del contrato no depende del consentimiento al existir una relación pre o contractual entre las personas trabajadoras y el empresario. No obstante, es preciso aclarar que se está haciendo referencia exclusiva al tratamiento de datos que sean inexcusablemente necesarios para formalizar la relación laboral. De este modo, para otro tipo de tratamientos sí que será requisito indispensable el consentimiento informado a las personas trabajadoras.

En este sentido, la interpretación de este artículo debe llevarse a cabo de forma conjunta con el principio de finalidad, ¿cuál es el objetivo o el fin del empresario como responsable del tratamiento de tratar precisamente datos de sus empleados sin base en el consentimiento? Pues, por ejemplo, en materia de salud⁴²⁷, la empresa estará obligada a

⁴²⁶ Art. 6 RGPD.

⁴²⁷ Art. 6 RGPD: d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física.

cumplir los preceptos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales⁴²⁸ (en adelante, LPRL) con el fin de garantizar la salud y seguridad de los trabajadores⁴²⁹.

A este respecto, surgen dudas en torno a los grandes grupos empresariales en los que el flujo de datos de personas trabajadoras es mucho mayor y para ello será necesario determinar previamente qué se entiende por grupo empresarial⁴³⁰. En resumidas cuentas, este concepto estará constituido por una empresa dominante que ejerce el control de varias empresas debido al poder de influencia que ejerce sobre las mismas. Y, además en todo caso el denominado grupo empresarial aquel será quien controle la protección de datos de las empresas afiliadas⁴³¹. De hecho, esta cuestión ha sido satisfactoriamente resuelta por la AEPD, que en su informe 0494/2008, destaca que “la circunstancia de que una sociedad esté participada por otra, no afecta al hecho de que ambas sean distintas personas, de modo que la comunicación de datos se produce entre dos personas distintas, sin que exista una previsión legal que flexibilice los requisitos para la legitimidad de dicha cesión”.

Esta cuestión también está resuelta en el propio RGPD, en concreto en su Considerando 48: “los responsables que forman parte de un grupo empresarial o de entidades afiliadas a un organismo central pueden tener un interés legítimo en transmitir datos personales dentro del grupo empresarial para fines administrativos internos,

⁴²⁸ Artículo 2. Objeto y carácter de la norma. 1. La presente Ley tiene por objeto promover la seguridad y la salud de los trabajadores mediante la aplicación de medidas y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo. A tales efectos, esta Ley establece los principios generales relativos a la prevención de los riesgos profesionales para la protección de la seguridad y de la salud, la eliminación o disminución de los riesgos derivados del trabajo, la información, la consulta, la participación equilibrada y la formación de los trabajadores en materia preventiva, en los términos señalados en la presente disposición. Para el cumplimiento de dichos fines, la presente Ley regula las actuaciones a desarrollar por las Administraciones públicas, así como por los empresarios, los trabajadores y sus respectivas organizaciones representativas. 2. Las disposiciones de carácter laboral contenidas en esta Ley y en sus normas reglamentarias tendrán en todo caso el carácter de Derecho necesario mínimo indisponible, pudiendo ser mejoradas y desarrolladas en los convenios colectivos.

⁴²⁹ Sobre esta confrontación, entre el deber del empresario de garantizar la salud laboral y el derecho a la protección de datos de las personas trabajadoras *vid.*, SERRANO GARCÍA, J. M^a. (2022). *La protección jurídica de los datos de las personas trabajadoras*, Albacete, Editorial Bomarzo, pp. 81-88.

⁴³⁰ Art. 4.19 RGPD: «grupo empresarial»: grupo constituido por una empresa que ejerce el control y sus empresas controladas.

⁴³¹ Considerando 37 RGPD. Un grupo empresarial debe estar constituido por una empresa que ejerce el control y las empresas controladas, debiendo ser la empresa que ejerce el control la que pueda ejercer una influencia dominante en las otras empresas, por razones, por ejemplo, de propiedad, participación financiera, normas por las que se rige, o poder de hacer cumplir las normas de protección de datos personales. Una empresa que controle el tratamiento de los datos personales en las empresas que estén afiliadas debe considerarse, junto con dichas empresas, «grupo empresarial».

incluidos el tratamiento de datos personales de clientes o empleados”. Tras esta lectura es posible comprobar que ni la actividad económica y empresarial de las entidades jurídicas pueden verse limitadas o afectadas por la protección de datos, siempre y cuando exista el denominado interés legítimo.

4.3. El consentimiento de las personas trabajadoras como base jurídica del tratamiento.

En segundo lugar, un requisito fundamental que fija tanto el RGPD y que nuestra LOPD prevé en el mismo sentido, es la obtención previa del consentimiento de su titular. El RGPD define por consentimiento en el art. 4.11 como aquella manifestación de voluntad que viene representada por una declaración o acción afirmativa.

En consecuencia, que se permita demostrar con claridad la libre voluntad, específica, informada e inequívoca del interesado a facilitar sus datos personales con fines de tratamiento. Además, teniendo en cuenta simultáneamente que no es aceptable ni el consentimiento tácito ni presunto, es necesario prestar un consentimiento expreso. El RGPD refiere este concepto a un “acto afirmativo claro”⁴³² que pudiera plasmarse bien en una declaración por escrito, siendo perfectamente viable por supuesto también por medios electrónicos, como en una declaración verbal.

Dicho lo anterior, primaría el denominado “consentimiento expreso o explícito”⁴³³, gozando de validez su plasmación en papel, en un medio electrónico o de forma verbal, por lo que el consentimiento va a actuar como la piedra angular de una operación lícita de tratamiento de datos personales que en el caso de las relaciones laborales, corresponde corroborar al empresario. De hecho, el Considerando nº 43 del RGPD dispone, en referencia al ámbito de las relaciones laborales, que “para garantizar que el consentimiento se haya dado libremente, este no debe constituir un fundamento jurídico válido para el tratamiento de datos de carácter personal en un caso concreto en el que exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento (...).”

El consentimiento se encuentra desarrollado tanto en los art. 6 y 7 del RGPD como el art. 6 de la LOPD. Sin embargo, respecto a su contenido, la AEPD en su informe

⁴³² Considerando 32 del RGPD.

⁴³³ Dictamen 15/2011 sobre la definición del consentimiento, adoptado el 13 de julio de 2011, p. 28.

0039/2010 ya tuvo ocasión de matizar las características que debe revestir el consentimiento, a saber:

- a) Libre: entiéndase por un consentimiento libre por aquel que es obtenido del titular de los datos personales sin la intervención alguna de vicios del consentimiento. A saber, a tenor de lo dispuesto en el art. 1265 del Código Civil, será nulo el consentimiento que hubiera sido prestado por error, violencia, intimidación o dolo.
- b) Específico: por consentimiento específico se entiende el conocimiento consciente al tratamiento de datos que cumple unos fines concretos, descartando finalidades abstractas o inexactas. De tal modo que el titular debe consentir sobre la posibilidad de que sus datos personales sean tratados bien para un fin o para varios fines siempre y cuando se le haya informado previamente.
- c) Informado: el consentimiento lleva implícitamente en su columna vertebral el deber inexcusable de informar al titular de los datos qué tipo de tratamiento se llevará a cabo y cuál es la finalidad de la recogida de sus datos personales. Contando, por tanto, con una información completa que permita al interesado tomar una decisión razonada que revertirá en un consentimiento informado.
- d) Inequívoco: por último y en conjunto con lo anterior, el consentimiento deber ser inequívoco de tal modo que no se disipa cualquier noción de asentimiento presunto. Ello quiere decir que el consentimiento debe llevarse a cabo por una acción, en el sentido positivo, o una omisión, en el sentido negativo, que conlleve un plebiscito para iniciar o no un tratamiento de datos.

Trasladando este estudio al ámbito de las relaciones laborales, el consentimiento constituye un aspecto bastante controvertido, y es que no puede supeditarse el consentimiento para el tratamiento de datos personales como base en la ejecución de un contrato, así lo expresa el art. 6.3 LOPD. En consecuencia, no sería válido por parte del empresario la posibilidad de incluir cláusulas tipo en el contrato⁴³⁴ que supediten el

⁴³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2015. En este pronunciamiento fue objeto de controversia la posible validez de una cláusula – tipo que fue incorporada por la empresa en los contratos de trabajo. Esta cláusula comporta que cualquier comunicación que se refiera al contrato de trabajo podrá ser enviada por SMS o correo electrónico, a partir de los datos que facilita el trabajador a la firma. En su argumento, es contundente al declarar que el hecho de celebrar un contrato de trabajo y en virtud del art. 38 de la CE relativo a la libertad de empresa, no pueden verse limitados los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, que actúan como un límite insalvable. Por lo tanto, el contrato de trabajo no constituye por sí solo un el fundamento para restringir derechos fundamentales sino para la consecución de los intereses empresariales, legítimos y proporcionales. Partiendo de la regulación de la antigua

consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para el mantenimiento, desarrollo y control contractual de las relaciones laborales⁴³⁵. Aunque, si bien es cierto que el RGPD en el art. 6.1. b) autoriza y determina la licitud del tratamiento de datos para la ejecución de un contrato o la adopción de medidas precontractuales en el que forma parte el interesado.

La explicación es bastante sencilla, en las fases previas al inicio de la relación es habitual solicitar una serie de datos personales a las personas trabajadoras para cumplir con las normas laborales. Entre otros, el número de seguridad social, el número de la cuenta bancaria donde abonar el salario, el Documento Nacional de Identidad (en adelante, DNI) o incluso datos de salud. La clasificación de este tipo de datos a razón tanto del RGPD como de la LOPD, difiere entre datos necesarios e imprescindibles para el inicio de la relación laboral⁴³⁶. Y, por otro lado, datos que pueden ser solicitados por el empresario que extralimitarían las finalidades contractuales⁴³⁷.

De no ser así, la parte más vulnerable sería la persona trabajadora ya que en su intento de acceso a un empleo debe aceptar un contrato de trabajo en detrimento de su derecho a la protección de datos, por lo que se estaría ante un consentimiento viciado. Así lo ha puesto de manifiesto el GT29 quien en considera que constatada la relación de subordinación y dependencia entre el empresario – personas trabajadoras, pueden plantearse determinadas dificultades a la hora de considerar que un interesado ha dado su consentimiento libremente en un contexto laboral⁴³⁸.

LOPRODA, sostiene la necesidad de contar con un consentimiento libre y voluntario, circunstancia que no se da debido a la relación de subordinación (personas trabajadoras-empresario), pudiendo sentirse coaccionado a firmar para no perder su oferta de empleo. Recurso de casación nº 259/2014 (Aranzadi JUR\ RJ 2015\4353), fundamento jurídico tercero.

⁴³⁵ *Ibidem*, fundamento jurídico segundo “Nos encontramos ante unos datos de carácter personal, cuyo conocimiento, uso y destino tiene que quedar bajo el control de su titular; y la incorporación al contrato de una cláusula como la cuestionada supone una conducta abusiva y no puede entenderse que el trabajador haya prestado su consentimiento de una manera libre y voluntaria”.

⁴³⁶ CRUZ VILLALÓN, J. (2019). *Protección de datos personales del trabajador en el proceso de contratación: facultades y límites de actuación del empleador*, Albacete, Editorial Bomarzo, pp. 25-27.

⁴³⁷ *Ibidem*, fundamento jurídico segundo “Nos encontramos ante unos datos de carácter personal, cuyo conocimiento, uso y destino tiene que quedar bajo el control de su titular; y la incorporación al contrato de una cláusula como la cuestionada supone una conducta abusiva y no puede entenderse que el trabajador haya prestado su consentimiento de una manera libre y voluntaria”.

⁴³⁸ Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo, adoptado el 8 de junio de 2017, p.7.

El contrato de trabajo constituye, por tanto, el fundamento que legitima el tratamiento de datos⁴³⁹, siempre y cuando el interesado sea parte en la ejecución de éste o de medidas contractuales⁴⁴⁰. La STC 29/2016 lo manifiesta de la siguiente manera “en el ámbito laboral el consentimiento de las personas trabajadoras pasa, por tanto, como regla general a un segundo plano pues el consentimiento se entiende implícito en la relación negocial, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes⁴⁴¹”. Por tales razones, es por lo que debe respetarse el catálogo de principios que integran el consentimiento para evitar posibles irregularidades que van en detrimento de la parte más débil de la relación laboral, las personas trabajadoras.

4.4. El deber de transparencia e información a las personas trabajadoras.

El derecho a la transparencia e información tal y como se ha señalado con anterioridad se encuentra recogido en nuestra LOPD en el art. 11 y en los art. 13 y 14 del RGPD. Dentro de los aspectos que el empresario deberá comunicar a las personas trabajadoras al momento de recabar sus datos personales es posible diferenciar entre una información general y una información específica. Tal y como expresa el art. 13 del RGPD es posible diferenciar por tanto entre:

a) Información general o básica:

- La identidad y los datos de contacto del responsable y, en su caso, de su representante.
- Los datos de contacto del delegado de protección de datos, en su caso.
- Los fines del tratamiento a que se destinan los datos personales y la base jurídica del tratamiento.
- Si el tratamiento de datos de acuerdo con el art. 6.1 RGPD obedece a un ejercicio legítimo del responsable o de un tercero.
- Los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos personales, en su caso.
- Así mismo, la intención del responsable de transferir datos personales a un tercer país u organización internacional.

⁴³⁹ Art. 6.1 RGPD: b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales.

⁴⁴⁰ Considerando 44 del RGPD.

⁴⁴¹ Recurso de amparo nº 7222/2013 (Aranzadi JUR\ RTC 2016\39), fundamento jurídico tercero, párrafo sexto.

b) Información adicional o específica:

En suma a la información mencionada anteriormente, para garantizar un tratamiento leal y transparente *ex art. 13 RPDG y 11 LOPD*, el responsable del tratamiento facilitará al interesado:

- El plazo durante el cual se conservarán los datos personales o, cuando no sea posible, los criterios utilizados para determinar este plazo.
- La existencia del derecho a solicitar al responsable del tratamiento el acceso a los datos personales relativos al interesado, y su rectificación o supresión, o la limitación de su tratamiento, o a oponerse al tratamiento, así como el derecho a la portabilidad de los datos.
- Cuando el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos, la existencia del derecho a retirar el consentimiento en cualquier momento, sin que ello afecte a la licitud del tratamiento basado en el consentimiento previo a su retirada.
- El derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control.
- En tal caso, si la comunicación de datos personales es un requisito legal o contractual, o un requisito necesario para suscribir un contrato, y si el interesado está obligado a facilitar los datos personales y está informado de las posibles consecuencias de que no facilitar tales datos.
- La posible existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles a través del tratamiento de categorías especiales de datos personales cuando el interesado haya consentido explícitamente o se lleve a cabo por razones de interés público. En tales casos, deberá proporcionarse la información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado.

En conclusión, la información que deberá suministrar el empresario a la plantilla deberá ser concisa y transparente⁴⁴², inteligible⁴⁴³ como de fácil acceso⁴⁴⁴, además de ser expresada con un lenguaje claro y sencillo⁴⁴⁵. En aras de alcanzar este objetivo, el empresario deberá evitar, por consiguiente, cualquier tipo de propuesta que genere confusión, facilitando las cláusulas informativas para cualquier tipo de persona con independencia de sus conocimientos en la materia⁴⁴⁶. El principio de transparencia va unido al principio de accesibilidad de los usuarios en el acceso a la información, por lo tanto:

1. **El objetivo es que cualquier persona pueda entender y acceder a la información.** El principio de transparencia exige que toda información dirigida al público o al interesado sea concisa, fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje claro y sencillo, y, además, en su caso, se visualice. Esta

⁴⁴² Directrices sobre la transparencia en virtud del Reglamento (UE) 2016/679. Adoptada el 29 de noviembre de 2017. “Implica que los responsables del tratamiento deben presentar la información o comunicación de manera eficiente y sucinta para evitar la fatiga informativa. Esta información debe diferenciarse claramente de otra información no relacionada con la privacidad, como las disposiciones contractuales o las condiciones generales de uso. En un contexto en línea, el uso de una declaración/aviso de privacidad por niveles permitirá que los interesados naveguen hasta la sección específica de la declaración/aviso de privacidad a la que desean acceder inmediatamente, en lugar de tener que desplazarse por grandes cantidades de texto en busca de aspectos concretos”. p. 7.

⁴⁴³ Directrices sobre la transparencia en virtud del Reglamento (UE) 2016/679. Adoptada el 29 de noviembre de 2017. “Debe resultar comprensible al integrante medio de la audiencia objetivo. La inteligibilidad está estrechamente vinculada al requisito de utilizar un lenguaje claro y sencillo. Un responsable del tratamiento que actúe con responsabilidad proactiva conocerá a las personas sobre las que recopila información y puede utilizar este conocimiento para determinar lo que dicha audiencia es susceptible de comprender”. p. 7.

⁴⁴⁴ Directrices sobre la transparencia en virtud del Reglamento (UE) 2016/679. Adoptada el 29 de noviembre de 2017. “Implica que el interesado no debe tener que buscar la información, sino que debe poder reconocer inmediatamente dónde y cómo acceder a esta información, por ejemplo, facilitándose directamente, incluyendo un enlace a la misma, señalándola claramente o en forma de respuesta a una pregunta en lenguaje natural (p. ej., en una declaración/aviso de privacidad en línea estructurado en niveles, en la sección de preguntas frecuentes, mediante ventanas emergentes contextuales que se activen cuando un interesado rellena un formulario en línea, o en un contexto digital interactivo a través de una interfaz de diálogo, etc.”. p. 8.

⁴⁴⁵ Art. 12 RGPD.

⁴⁴⁶ En este punto y en confrontación con la opinión de RODRÍGUEZ ESCANCIANO, en la traslación de esta regulación al ámbito de las relaciones laborales no se produce una omisión de información por parte del empresario a la persona trabajadora respecto a la gestión de sus datos personales. Sino más bien lo contrario, la información es mucho más amplia, específica y transparente, además, en un lenguaje que permita su fácil entendimiento por la persona trabajadora. *Cfr.*, en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2019). *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, p. 73.

información podría facilitarse en forma electrónica, por ejemplo, cuando esté dirigida al público, mediante un sitio web y ello es especialmente pertinente en situaciones en las que la proliferación de agentes y la complejidad tecnológica de la práctica hagan que sea difícil para el interesado saber y comprender si se están recogiendo, por quién y con qué finalidad, datos personales que le conciernen, como es en el caso de la publicidad en línea⁴⁴⁷.

2. **Garantizar el derecho a informar y a obtener el consentimiento informado.**

Se debe facilitar a los interesados la información sobre el tratamiento de sus datos personales en el momento en que se obtengan de ellos o, si se obtienen de otra fuente, en un plazo razonable, dependiendo de las circunstancias del caso. Por otro lado, si los datos personales pueden ser comunicados legítimamente a otro destinatario, se debe informar al interesado en el momento en que se comunican al destinatario por primera vez. El responsable del tratamiento que proyecte tratar los datos para un fin que no sea aquel para el que se recogieron debe proporcionar al interesado, antes de dicho tratamiento ulterior, información sobre ese otro fin y otra información necesaria. Y cuando el origen de los datos personales no pueda facilitarse al interesado por haberse utilizado varias fuentes, debe facilitarse información general⁴⁴⁸.

Con el fin de garantizar el cumplimiento de estos preceptos, la AEPD recomienda que se realice un modelo que recoja la información por capas o niveles; para un primer nivel o capa, la información básica de forma breve en el mismo momento y a través del medio por el que se recojan los datos (identificación del responsable, finalidad del tratamiento, ejercicio de derechos, origen de los datos), de hecho los medios de recogida de datos pueden ser diversos, así podemos encontrar, formularios en papel o web, a través de una entrevista telefónica o por aplicaciones móviles; para un segundo nivel, la información adicional restante debe plasmarse, por ejemplo, a través de un enlace web que podría incluirse junto con la política de privacidad⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ Considerando 58 RGPD.

⁴⁴⁸ Considerando 61 RGPD.

⁴⁴⁹ Guía para el ciudadano - Agencia Española de Protección de Datos. “Esta Guía dirigida al Ciudadano, con un lenguaje claro y directo, pretende informarle de su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, tanto en lo referente a las obligaciones que deben de cumplir quienes traten sus datos personales, como los derechos que le amparan. Incluye los supuestos específicos de tratamiento de datos más comunes y que tienen un mayor impacto sobre los ciudadanos, como los ficheros de solvencia (“ficheros de morosos”), el tratamiento de datos en las comunidades de vecinos, la video vigilancia, la publicidad, y las telecomunicaciones”. Publicada el 7 de febrero de 2019. p. 16.

Siguiendo las indicaciones que han sido mencionadas con anterioridad, se procede a continuación a mostrar una tabla comparativa en la que la AEPD⁴⁵⁰ muestra ambas capas de información:

Epígrafe	Información básica (1ª capa, resumida)	Información adicional (2ª capa, detallada)
“Responsable” (del tratamiento)	Identidad del Responsable del Tratamiento	Datos de contacto del Responsable
		Identidad y datos de contacto del representante
		Datos de contacto del Delegado de Protección de Datos
“Finalidad” (del tratamiento)	Descripción sencilla de los fines del tratamiento, incluso elaboración de perfiles	Descripción ampliada de los fines del tratamiento
		Plazos o criterios de conservación de los datos
		Decisiones automatizadas, perfiles y lógica aplicada
“Legitimación” (del tratamiento)	Base jurídica del tratamiento	Detalle de la base jurídica del tratamiento, en los casos de obligación legal, interés público o interés legítimo.
		Obligación o no de facilitar datos y consecuencias de no hacerlo
“Destinatarios” (de cesiones o transferencias)	Previsión o no de Cesiones	Destinatarios o categorías de destinatarios
	Previsión de Transferencias, o no, a terceros países	Decisiones de adecuación, garantías, normas corporativas vinculantes o situaciones específicas aplicables
“Derechos” (de las personas interesadas)	Referencia al ejercicio de derechos.	Cómo ejercer los derechos de acceso, rectificación, supresión y portabilidad de sus datos, y la limitación u oposición a su tratamiento
		Derecho a retirar el consentimiento prestado
		Derecho a reclamar ante la Autoridad de Control
“Procedencia” (de los datos)	Fuente de los datos (cuando no proceden del interesado)	Información detallada del origen de los datos, incluso si proceden de fuentes de acceso público
		Categorías de datos que se traten

Fuente: Guía para el cumplimiento del deber de informar – Agencia Española de Protección de Datos.

⁴⁵⁰ Guía para el cumplimiento del deber de informar. “El objeto de esta Guía, de forma específica, es orientar acerca de las mejores prácticas para dar cumplimiento a la obligación de informar a los interesados, en virtud del principio de transparencia, acerca de las circunstancias y condiciones del tratamiento de datos a efectuar, así como de los derechos que les asisten. Esta guía cubre únicamente este *objetivo específico*, y debe ser complementada con otras guías que las Autoridades de Protección de Datos puedan emitir, en relación con la aplicación del RGPD”. Publicada el 22 de mayo de 2018. p. 7.

4.5. El principio de responsabilidad activa: la protección de datos desde el diseño.

Uno de los principios más importantes que incorpora el nuevo RGPD⁴⁵¹ es el término de responsabilidad activa o *accountability*⁴⁵² de los responsables del tratamiento de datos. Este principio implica la obligación de los responsables de anticipar y prever los posibles riesgos que se puedan causar sobre los derechos fundamentales en la línea adelantada. Por tanto, en virtud del Considerando 76 del RGPD, el empresario debe determinar conforme a la naturaleza, contexto y fines del tratamiento de datos el riesgo potencial de dichas operaciones de tratamiento. Así, podrá adoptar medidas conjuntas con el encargado del tratamiento con el fin de plasmar buenas prácticas en el tratamiento de datos⁴⁵³.

En cuanto a la seguridad en el tratamiento de datos personales, el art. 32 del RGPD contempla la obligación de adoptar por parte del empresario atendiendo al “estado de la técnica, los costes de aplicación y la naturaleza y alcance, el contexto y los fines del tratamiento” las medidas técnicas como organizativas⁴⁵⁴ que permitan minimizar el riesgo de vulneración de derechos⁴⁵⁵. Pero, el estudio de estas medidas es oportuno relacionarlos

⁴⁵¹ Ello no supone una novedad puesto que estaba reconocido implícitamente en la Directiva 95/46/CE a partir de la interpretación conjunta de los arts. 6 y 17 de la normativa europea. Aunque no se dedicaba un apartado dedicado exclusivamente a explicar este término de responsabilidad activa y, que, por el contrario, el RGPD dota de contenido, en cuanto a la seguridad del tratamiento se preveía que los responsables adoptaran las medidas técnicas y organizativas adecuadas (art. 17) así como cumplir con los principios relativos a la calidad de los datos (art. 6.2).

⁴⁵² Tal y como señala el GT29 en su Dictamen 3/2010 sobre el principio de responsabilidad, es un término que tiene su origen en el mundo anglosajón. Uno de los problemas que supone la traducción inmediata ante los diferentes sistemas jurídicos que existen, es que se realice una interpretación heterogénea que conllevaría divergencias y falta de unidad en su aplicación. Ante este hecho, se han propuesto otras palabras que transmiten igualmente “el sentido de responsabilidad como son competencia reforzada, garantía fiabilidad o, en español, obligación de rendir cuentas”.

⁴⁵³ En relación con las medidas a adoptar, el Considerando 77 del RGPD, prevé la posibilidad de adoptar directrices que permitan demostrar el cumplimiento por parte del empresario. Como medidas básicas podríamos considerar: 1. Políticas internas de información a los empleados. 2. Procedimientos de evaluación y gestión de riesgos en el tratamiento. 3. Plan de formación al personal orientadas al puesto de trabajo. 4. Instaurar un procedimiento de calidad y propuesta de mejoras. 5. Auditoría interna con la finalidad de comprobar el cumplimiento de las políticas de empresa.

⁴⁵⁴ Entre otras: a) la seudonimización y el cifrado de datos personales; b) a capacidad de garantizar la confidencialidad, integridad, disponibilidad y resiliencia permanentes de los sistemas y servicios de tratamiento; c) la capacidad de restaurar la disponibilidad y el acceso a los datos personales de forma rápida en caso de incidente físico o técnico; d) un proceso de verificación, evaluación y valoración regulares de la eficacia de las medidas técnicas y organizativas para garantizar la seguridad del tratamiento.

⁴⁵⁵ Sobre este aspecto, el TS resolvió un asunto por el que debía calificar si se habían adoptado las suficientes medidas de seguridad respecto al uso y gestión de datos personales así como determinar el régimen de responsabilidad que asume el encargado del tratamiento por una actuación sin la diligencia debida por el personal de su plantilla. En este sentido, se debatió si la obligación impuesta tanto al responsable como al encargado del tratamiento *ex art. 9.1* de la antigua LOPD respecto a la adopción de medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garantizasen la seguridad de los datos de carácter

con el art. 25, protección de datos desde el diseño y por defecto. Si se realiza una lectura detenida de ambos preceptos resulta que tienen básicamente el mismo contenido, esto es, determinar la responsabilidad del empresario e indicar cuáles son las acciones que debe realizar para cumplir con el RGPD.

Al igual que el principio de responsabilidad, la privacidad desde el diseño o *privacy by design*, es un concepto que utiliza por primera vez CAVOUKIAN. La privacidad por diseño, en palabras de esta experta en protección de datos, “es un concepto que desarrollé en los años 90 para abordar los efectos sistémicos y en constante crecimiento de las tecnologías de la información y comunicación y, de sistemas de datos en red a gran escala. *Privacy by design* constata la idea de que el futuro de la privacidad no puede garantizarse únicamente desde el cumplimiento normativo, más bien, la garantía de privacidad debe convertirse en el modo de operar en las organizaciones⁴⁵⁶”.

En la búsqueda de una estrategia por parte del empresario que integre la protección de los derechos fundamentales, bien en un *software* o *hardware*, dicha protección en el tratamiento de datos personales debe cumplirse en todas sus fases, es decir, desde la recepción hasta su retirada. La respuesta se puede encontrar en la configuración de los denominados principios de privacidad dentro de los procesos de diseño que podrían

personal y evitasen su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural, constituye una obligación de resultados o de medios. El TS distingue entre una obligación de resultado como aquella en la que se pretende alcanzar el “cumplimiento de un determinado objetivo, asegurando el logro o resultado propuesto, en este caso garantizar la seguridad de los datos personales y la inexistencia de filtraciones o quiebras de seguridad”. En deferencia de una obligación de medios que es aquella por la que se adquiere el deber de “adoptar los medios técnicos y organizativos, así como desplegar una actividad diligente en su implantación y utilización que tienda a conseguir el resultado esperado con medios que razonablemente puedan calificarse de idóneos y suficientes para su consecución, por ello se las denomina obligaciones "de diligencia " o "de comportamiento". A este respecto y llevando a cabo una interpretación a la luz del art. 32 RGPD, considera que su redacción se asemeja con el cumplimiento de una obligación de medios puesto que se pretende atender a la adopción de medidas técnicamente idóneas de conformidad con la tecnología actual que permitan minimizar el riesgo y garantizar un nivel de seguridad adecuado. Por otro lado, respecto a la responsabilidad que puede asumir el encargado del tratamiento por las actuaciones de su plantilla, el TS para zanjar esta cuestión acudió a la doctrina asentada en la STS de 15 de febrero de 2021. De este modo, manifestó que “el encargado del tratamiento responde también por la actuación de sus empleados y no puede excusarse en su actuación diligente, separadamente de la actuación de sus empleados, sino que es la actuación "culpable" de éstos, consecuencia de la violación de las medidas de seguridad existentes la que fundamenta la responsabilidad de la empresa en el ámbito sancionador por actos "propios" de sus empleados o cargos, no de terceros”. N° recurso de casación contencioso-administrativo 1916/2021, Id Cendoj: 28079130032021100034. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3760ad26176a6839/20210309> N° recurso de casación contencioso-administrativo 7359/2021, Id Cendoj: 28079130032022100030. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bbb5f3256ed28cb7/20220225>

⁴⁵⁶ CAVOUKIAN, A. (2011). Privacy by design, the 7 foundational principles, Information and Privacy Commissioner of Ontario, en Privacybydesign (en línea), disponible en <https://www.ipc.on.ca/wp-content/uploads/resources/7foundationalprinciples.pdf>.

asegurar la privacidad, desarrollados por la misma CAVOUKIAN en la 31ª Conferencia Internacional de Comisionados de Protección de Datos y Privacidad en 2009:

1. Proactivo, no reactivo; preventivo, no correctivo.
2. La privacidad como configuración predeterminada.
3. Privacidad incorporada en la fase de diseño.
4. Funcionalidad total: pensamiento “todos ganan”.
5. Aseguramiento de la privacidad en todo el ciclo de vida.
6. Visibilidad y transparencia.
7. Respeto por la privacidad de los usuarios: mantener un enfoque centrado en el usuario.

Por tanto, en esta búsqueda del equilibrio del uso de las nuevas tecnologías en el mundo laboral y el respeto de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras en el tratamiento de sus datos personales, “esta seguridad sólo puede construirse a través de la concienciación de las personas y del desarrollo de ambientes que viabilicen un verdadero diálogo, donde libertades y derechos no negociables no sean moneda de cambio de los servicios ofrecidos. Y esto sólo será posible de la mano de la legislación. La tecnología como aliada del Derecho y el Derecho como aliado de la tecnología⁴⁵⁷”.

Pero, debe tenerse en cuenta, tal como señala LÓPEZ ALONSO que “estas medidas no deben garantizar el riesgo cero, ya que este no existe, se deben evaluar los riesgos e intentar aplicarles unas medidas que minimicen su impacto, en el caso de que se materialice el riesgo. Y el segundo punto, es el que hace mención del deber de demostrar, por parte de la organización, que cumple con las directrices que el RGPD propugna, lo que se traduce en lo que hemos denominado responsabilidad activa por parte del responsable⁴⁵⁸.”

Otra de las medidas cuyo objetivo es realizar un análisis previo de valoración de las vulneraciones de derechos en el tratamiento de datos encontramos la evaluación de

⁴⁵⁷ DE LA MATA BARRANCO, J., BARINAS UBIÑAS, D. (2014). “La privacidad en el diseño y el diseño de la privacidad, también desde el derecho penal”. Eguzkilore: *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 28, p. 263.

⁴⁵⁸ LÓPEZ ALONSO, F. (2018). ¿Cómo abordar un análisis de riesgos en un tratamiento de datos de carácter personal sujeto al Reglamento General de Protección de Datos?, en AA.VV. *Guía de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales: nueva Ley Orgánica 3/2018 y Reglamento UE*, Madrid, Sepin Editorial Jurídica, pp. 712-713.

impacto, un nuevo concepto que regula tanto el RGPD como la LOPD que se analizará en el siguiente apartado.

4.6. La valoración del riesgo y la evaluación de impacto: medidas preventivas frente a las vulneraciones de derechos.

En el afán del RGPD de anticiparse a la vulneración de derechos mediante un análisis de riesgos y sus posibles consecuencias, se crea la figura de la evaluación de impacto desarrollada en el art. 35 RPDG, mientras que en la LOPD se recoge de forma simplificada en el art. 28⁴⁵⁹ relativo a las obligaciones de responsable y encargado del tratamiento. Dentro de las obligaciones que asume el empresario como responsable del tratamiento, se encuentra la evaluación del origen, características y gravedad o repercusión de los riesgos a la organización⁴⁶⁰.

Es posible definir a la evaluación de impacto (en adelante, EIPD), como aquel “proceso concebido para describir el tratamiento, evaluar su necesidad y proporcionalidad y ayudar a gestionar los riesgos para los derechos y libertades de las personas físicas derivados del tratamiento de datos personales, evaluándolos y determinando las medidas para abordarlos. En otras palabras, la EIPD es un proceso utilizado para reforzar y demostrar el cumplimiento⁴⁶¹”. Se constata, por tanto, el carácter preventivo de esta herramienta, que permite obtener una visión global de las actividades de tratamiento de la organización tanto en el momento actual como cuando se realiza algún tipo de cambio tecnológico que puede reforzar la toma de decisiones respecto a la viabilidad o no de tales cambios. De hecho, la correcta utilización de ésta permitiría configurar un proceso de evaluación continua en la revisión de los procesos de tratamiento ante las modificaciones

⁴⁵⁹ Artículo 28. Obligaciones generales del responsable y encargado del tratamiento. 1. Los responsables y encargados, teniendo en cuenta los elementos enumerados en los artículos 24 y 25 del Reglamento (UE) 2016/679, determinarán las medidas técnicas y organizativas apropiadas que deben aplicar a fin de garantizar y acreditar que el tratamiento es conforme con el citado reglamento, con la presente ley orgánica, sus normas de desarrollo y la legislación sectorial aplicable. En particular valorarán si procede la realización de la evaluación de impacto en la protección de datos y la consulta previa a que se refiere la Sección 3 del Capítulo IV del citado reglamento.

⁴⁶⁰ En este sentido la AEPD ha aportado una herramienta denominada “EVALÚA_RIESGO RGPD”, cuya finalidad es ofrecer ayuda tanto a los responsables como a los encargados del tratamiento de datos personales a fin de identificar los factores de riesgos presentes en la organización para efectuar una primera evaluación a modo de estimación del posible riesgo, la necesidad de efectuar una EIPD así como las actuaciones para mitigar tales interferencias con los derechos y libertades fundamentales. Recuperado de <https://www.aepd.es/es/guias-y-herramientas/herramientas/evalua-riesgo-rgpd>

⁴⁶¹ Directrices sobre la evaluación de impacto relativa a la protección de datos (EIPD) y para determinar si el tratamiento entraña probablemente un alto riesgo a efectos del Reglamento (UE) 2016/679. Adoptadas el 4 de abril de 2017. Revisadas por última vez y adoptadas el 4 de octubre de 2017. p. 4.

en los tratamientos de datos, lo que supondría cuanto menos que el principio de responsabilidad activa por parte del empresario se justifica ante la nota de la cultura preventiva en su organización.

El momento de realizar la EIPD es con anterioridad de realizar cualquier modificación en el tratamiento de datos o cuando sea necesario iniciar uno nuevo⁴⁶². Respecto de esto segundo, es decir, cuándo sería necesario o si resulta obligatorio realizarla para todo tipo de operaciones de tratamiento, respondiendo a esta consulta el art. 35.1 del RGPD, que plantea la necesidad de llevarla a cabo exclusivamente cuando “entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas⁴⁶³”. Pero, ello no significa que ante esta premisa desaparezca sin más la carga del empresario de adoptar todas las medidas oportunas para gestionar los riesgos en los derechos de las personas trabajadoras.

En cuanto a las operaciones que pueden ser evaluadas en una misma EIPD, el mismo artículo permite llevar a cabo varias operaciones en una única EIPD, siempre y cuando entrañen altos riesgos similares. Por ejemplo, puede entenderse que en el ámbito laboral será oportuno realizarla conjuntamente en el caso de implementar un nuevo sistema de control laboral, a través del uso de la huella dactilar o el reconocimiento fácil de las personas trabajadoras y, la observación sistemática de control laboral a través de videocámaras o sistemas GPS que serán expuestos la tercera parte de la presente tesis doctoral.

La finalidad de llevar a cabo una EIPD es obtener información de todos los participantes a nivel interno en el tratamiento de datos, porque en función de sus tareas diarias podrán aportar información específica sobre el ciclo de vida de los datos que están tratando. De esta forma, existirá un canal de comunicación entre todos los departamentos de la organización que permitirá obtener como conclusiones una visión global de las posibles vulneraciones de derechos y que iría conjuntamente en detrimento de los intereses organizativos.

⁴⁶² Art. 35.1 y 10. Considerandos 90 y 93 RGPD.

⁴⁶³ Art. 35. 3 RGPD. La evaluación de impacto relativa a la protección de los datos a que se refiere el apartado 1 se requerirá en particular en caso de: a) evaluación sistemática y exhaustiva de aspectos personales de personas físicas que se base en un tratamiento automatizado, como la elaboración de perfiles, y sobre cuya base se tomen decisiones que produzcan efectos jurídicos para las personas físicas o que les afecten significativamente de modo similar; b) tratamiento a gran escala de las categorías especiales de datos a que se refiere el artículo 9, apartado 1, o de los datos personales relativos a condenas e infracciones penales a que se refiere el artículo 10, o c) observación sistemática a gran escala de una zona de acceso público.

Para llevar a cabo la EIPD es fundamental tener en cuenta dos conceptos o variables que permiten medir el potencial riesgo⁴⁶⁴ a través de unas escalas de valores: impacto y probabilidad. En primer lugar, por impacto se entiende por aquella posibilidad o circunstancia que podría ocasionar la materialización del riesgo en la organización ante una vulneración en la seguridad del tratamiento. La graduación del impacto dependerá evidentemente de las consecuencias que pudiera ocasionar a la entidad. En segundo lugar, la probabilidad podría definirse como la hipotética posibilidad de que se materialice dicho riesgo y, también podrá ser objeto de valoración mediante una escala.

Como plasmación práctica y fiable de una EIPD, podría seguirse una metodología o esquema de trabajo a seguir a la hora de llevarla a cabo. Muestra de ello, el empresario como responsable deberá integrar en dicho esquema los siguientes contenidos que actuarían de mínimos⁴⁶⁵:

1. Abordar la necesidad de realizarla.
2. Descripción pormenorizada de las actividades de tratamiento.
3. Evaluación del carácter necesario y de la proporcionalidad del tratamiento.
4. Gestión de los posibles riesgos o amenazas.
5. Un plan de acción e implementación de las acciones ejecutar.
6. Conclusiones y recomendaciones o mejoras.

Una vez que se ha ido analizando en los puntos anteriores las obligaciones que el RGPD impone al empresario, es el momento oportuno, ahora sí, de proceder a detallar las que le corresponden a la figura del encargado del tratamiento, como figura que debe trabajar juntamente con el responsable en el cumplimiento de la normativa.

4.7. Obligaciones del encargado del tratamiento de datos.

Por otro lado, la figura en la que el empresario como responsable del tratamiento puede delegar la gestión del tratamiento de datos se denomina, encargado del tratamiento. Esta figura se encuentra regulada tanto en el art. 28 del RGPD y en nuestra LOPD. En lo

⁴⁶⁴ “Un riesgo se puede definir como la combinación de la posibilidad de que se materialice una amenaza y sus consecuencias negativas. El nivel del riesgo se mide según su probabilidad de materializarse y el impacto que tiene en caso de hacerlo. Para evaluar un riesgo es necesario considerar todos los posibles escenarios con los que el riesgo se haría efectivo, incluidos aquellos que impliquen un mal uso o abuso de los datos y las alteraciones técnicas o del entorno”. Guía Práctica para las Evaluaciones de Impacto en la Protección de datos sujetas al RGPD, publicada el 17 de enero de 2018. p. 26.

⁴⁶⁵ *Vid.*, la Guía de la AEPD “Gestión del riesgo y evaluación de impacto en tratamientos de datos personales”, publicada en junio de 2021.

que respecta a la configuración del encargado del tratamiento de datos, debe precisarse que su existencia depende de una decisión por parte del responsable. Ello es así puesto que una de las decisiones a tomar es que la gestión de dicho tratamiento se pueda llevar a cabo de manera interna en la organización bajo su supervisión o delegándola en una entidad externa a través de una relación jurídica.

Por tanto, el objetivo es centrar el estudio de esta figura en quién puede llevar a cabo este tipo de actividad y qué lleva aparejada la aceptación de este cargo. El RGPD en su art. 4, define al encargado del tratamiento como “la persona física o jurídica, autoridad, servicio u organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento”. Tras esta lectura del articulado, puede concluirse que se trata de una definición amplia y que puede resumirse en lo siguiente: en primer lugar, como ya se ha comentado debe tratarse de una entidad jurídica pública o privada independiente de la figura del responsable⁴⁶⁶; en segundo lugar, queda bastante claro que existirá una relación de dependencia, es decir, bajo el orden y dirección de las directrices del responsable del tratamiento⁴⁶⁷.

Respecto a la elección del responsable del tratamiento, deberá seleccionar a un único encargado del tratamiento que deberá ofrecer las garantías suficientes en lo que al tratamiento de datos se refiere, por lo que deberá adoptar las medidas técnicas y organizativas apropiadas tal y como se le exige al responsable del tratamiento como analizamos con anterioridad⁴⁶⁸. Además, en ningún caso podrá subdelegar la gestión del tratamiento de datos que ha asumido recurriendo a otro encargado, salvo que cuente con la previa autorización escrita del responsable⁴⁶⁹.

Todas las cuestiones relativas al tratamiento de datos y la relación entre el encargado y el responsable se plasmarán en un documento o contrato jurídico⁴⁷⁰ que

⁴⁶⁶ Informe Jurídico de la AEPD. Ref. de entrada 000809/2019. “En consecuencia, la existencia de un encargado del tratamiento vendrá delimitada por la concurrencia de dos características derivadas de la normativa citada. De una parte, la imposibilidad de decisión sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento y, de otra parte, la inexistencia de una relación directa entre el afectado y el encargado, que deberá en todo caso obrar en nombre y por cuenta del responsable como si la relación fuese entre éste y el afectado”. p. 4.

⁴⁶⁷ Dictamen 1/2010 sobre los conceptos de responsable del tratamiento y encargado del tratamiento. Adoptado el 16 de febrero de 2010.

⁴⁶⁸ Art. 28.1 RGPD.

⁴⁶⁹ Art. 28.2 RGPD.

⁴⁷⁰LOPD. Disposición transitoria quinta. Contratos de encargado del tratamiento. Los contratos de encargado del tratamiento suscritos con anterioridad al 25 de mayo de 2018 al amparo de lo dispuesto en

deberá recoger el objeto, la duración, la naturaleza y finalidad el tratamiento, el tipo de datos personales y categorías de interesados y, las obligaciones y derechos del responsable⁴⁷¹. Es un contenido tasado en el que debe evitar la utilización de modelos puesto que el fin principal es la protección y garantía de derechos fundamentales, regulando cada relación jurídica de forma específica frente a la generalidad.

En cuanto a las particularidades del contrato, el encargado del tratamiento debe atender a las siguientes cuestiones que determina el RGPD:

1. El encargado está bajo el control y supervisión del responsable del tratamiento, en nuestro caso, el empresario, deberá llevar a cabo su actividad de acuerdo con las instrucciones que se acuerden en el documento por el que sellan su relación jurídica y sería conveniente que sea un acuerdo específico, en el que queden bien determinadas las acciones a seguir, por ejemplo, en el caso de categorías especiales de datos.
2. Al asumir la gestión o encargo en esa tarea del empresario de delegar funciones en una persona o entidad externa a su organización, el encargado deberá acreditar la confidencialidad en el tratamiento de datos, por lo que asume que su personal cuenta con un nivel formativo o de cultura de protección de datos de garantías.
3. Al igual que se le exige al empresario, adoptar las medidas necesarias de conformidad con el estado de la técnica y los costes de aplicación, naturaleza, alcance, contexto y fines del tratamiento, el encargado del tratamiento también deberá observar este tipo de medidas de evaluación de los sistemas de seguridad. Las medidas técnicas en lo que se refiere al uso de programas de *hardware* o *software* en el que sean depositados los datos y, organizativas en cuanto a adoptar códigos de conducta interno y al seguimiento en su cumplimiento por la entidad como por su personal a través de la certificación.
4. Deberá asistir al empresario a través de las medidas técnicas y organizativas que hayan adoptado como garantistas en la gestión de datos, con ello se quiere dejar claro que el canal de comunicación entre ambos debe ser el más adecuado de

el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal mantendrán su vigencia hasta la fecha de vencimiento señalada en los mismos y en caso de haberse pactado de forma indefinida, hasta el 25 de mayo de 2022. Durante dichos plazos cualquiera de las partes podrá exigir a la otra la modificación del contrato a fin de que el mismo resulte conforme a lo dispuesto en el artículo 28 del Reglamento (UE) 2016/679 y en el Capítulo II del Título V de esta ley orgánica.

⁴⁷¹ Art. 28.3 RGPD.

forma que no impida o limite el ejercicio de los derechos reconocidos a los interesados en el capítulo III del RGPD.

5. Acompañará al empresario en el cumplimiento de aspectos incluidos en la sección II y III del RGPD, como pueden ser la adopción de las medidas de seguridad que ya han sido comentadas, la notificación de las violaciones de seguridad, la elaboración de la EIPD puesto que es un ente que participa en el tratamiento y puede aportar aspectos interesantes en la misma en cuanto a los posibles riesgos, así como la consulta a la autoridad de control cuando el resultado de la EIPD entrañe un alto riesgo si el empresario no adopta las medidas para paliarlo.
6. En el supuesto de que se haya acordado en el contrato de encargo del tratamiento, deberá devolver o suprimir todos los datos personales en el momento en el que finalice la prestación de servicios, a menos que fuera necesaria su conservación. Por tanto, entregará al empresario toda aquella información que fuese necesaria para justificar el cumplimiento de las obligaciones que ha asumido, incluso y como transparencia en la gestión podría ser auditado.

Siendo así, en la práctica habitual se está haciendo referencia a las gestorías o empresas proveedoras de servicios de *hosting*, mantenimiento *web*, *call center*, entidades de formación del personal que manejan datos por cuenta del responsable o empresario. En materia laboral se encuentra, por ejemplo, las gestorías laborales que tratan datos relacionados con la actividad laboral (nóminas, cuenta bancaria, nº seguridad social), entidades de prevención de riesgos laborales externos (datos de salud de las personas trabajadoras). Estos posibles encargados del tratamiento de datos personales están autorizados por el art. 4 del RGPD a tratar datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción⁴⁷².

⁴⁷² Directrices para la elaboración de contratos entre responsables y encargados del tratamiento. Publicada el 16 de mayo de 2018, p. 5.

SEGUNDA PARTE

LOS DERECHOS DIGITALES DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

CAPÍTULO I

EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ENTORNO DIGITAL

1. De nuevo sobre los derechos fundamentales y su objeto de protección: nuevos vinos en viejos odres.

En una aproximación al estudio de los derechos fundamentales, se antoja preciso acotar su significado léxico ya que a menudo, en la práctica, es posible utilizar distintas denominaciones. Así, es posible referirse a ellos como derechos humanos, derechos naturales, derechos públicos subjetivos, derechos morales e incluso con el término libertades públicas⁴⁷³.

Esta diversificación léxica no es nueva si no que está históricamente contrastada. De hecho, en una primera aproximación la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 utilizó el término “derechos naturales”; calificándolos de inalienables y sagrados para el hombre. Posteriormente, surgió la Declaración Universal de los Derechos Humanos en la que se dio la prioridad al concepto de “derechos humanos y libertades fundamentales”, lo que conlleva a declarar que ambas normativas surgieron como artilugio para accionar frente al Estado atribuyéndole a este, el deber de observancia y respeto frente a los ciudadanos.

Inclusive, se pueden diversificar y agrupar de diferentes maneras. Retomando la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 22 distingue entre la satisfacción de derechos económicos y derechos sociales y sociales. Estos derechos serían desglosados posteriormente por El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966. Por tanto, en ambas declaraciones internacionales se lleva a cabo una ampliación en la estructura de los derechos humanos diferenciando entre: derechos civiles, derechos políticos, derechos económicos, sociales y culturales. Así mismo, durante el mismo periodo histórico este proceso de expansión e internacionalización de los derechos humanos continúa. Por un lado, se contrasta con la aprobación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes, de 2 de mayo de 1948 y, por otro lado, del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Mientras que en la primera se hace únicamente una

⁴⁷³ Vid. en profundidad en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. DE ASÍS ROIG, R. BARRANCO AVILÉS, M^a. (2004). *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, pp. 19-28. PÉREZ LUÑO, A. (1984). *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, ob. cit., p. 29-38

referencia a los “derechos fundamentales consagrados constitucionalmente” en el art. 28. En el Convenio Europeo, todo lo contrario, se proclama con la finalidad de alcanzar “la protección y el desarrollo de los derechos humanos⁴⁷⁴”.

Pero, sin embargo, se observa una clara diferencia en la terminología utilizada por los Estados en sus procesos y proyectos constitucionales, por lo que es posible confirmar que la opción preferente ha sido utilizar el concepto de “derechos fundamentales⁴⁷⁵”. Comenzando con Alemania, la Ley Fundamental de Bonn aprobada en 1949, su Título I se denomina “Derechos fundamentales”⁴⁷⁶. De igual modo, la Constitución Portuguesa aprobada el 2 de abril de 1976, también es partidaria de esta denominación ya que atribuye a su Parte I la calificación de “De los derechos y deberes fundamentales”. Y obviamente, nuestra carta magna de 1978 influenciada por estos procesos constituyentes previos pasó a denominar también su Título I “De los derechos y deberes fundamentales”⁴⁷⁷. Por el contrario, el término “libertades públicas” se encuentra estrechamente arraigado en la doctrina francesa, y que tuvo su primera aparición en el art. 9 de la Constitución de 1793. Pero, no tendría una plasmación directa en la Constitución actual de 1958, aunque conste

⁴⁷⁴ Lo que en cierto modo evidencia la tesis sobre la que evidencia la distinción de reservar el término derechos fundamentales en cuanto a su identificación con los derechos humanos positivados a nivel interno. Y, derechos humanos es la que corresponde, por ejemplo, en las declaraciones y convenciones señaladas en el ámbito internacional. PÉREZ LUÑO, A. (1984). *Derechos humanos, estado de derecho y constitución, ob. cit.*, p. 31.

⁴⁷⁵ PECES BARBA aprecia que el término “derechos fundamentales” es la expresión más adecuada. Primero porque es más precisa respecto de la expresión “derechos humanos” que adolece de una carga de ambigüedad. Más adecuada que los términos “derechos naturales o derechos morales” ya que no encuentran su faceta jurídica positiva. Y respecto a los términos “derechos públicos subjetivos o libertades públicas”, porque dan a entrever su única pertenencia al ordenamiento jurídico desligándose de su acepción moral. De tal modo que “derechos fundamentales” integra en su totalidad la moralidad básica como una autoridad jurídica positiva. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. DE ASÍS ROIG, R. BARRANCO AVILÉS, M^a. (2004). *Lecciones de derechos fundamentales, ob., cit.*, p 28.

⁴⁷⁶ En su caso, la Constitución del Estado Federal de Weimar integró por primera vez los derechos fundamentales dedicándole incluso un mayor desarrollo que la actual. *Vid.* en POLAKIEWICZ, J. (1993). “El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 81, pp. 23-45, HÄBERLE, P. (2019). “La constitución de Weimar en su texto y su contexto. Una mirada cultural en retrospectiva y perspectiva”, *Revista de Historia Constitucional*, pp. 297-306.

⁴⁷⁷ En la historia de nuestro constitucionalismo, podemos rememorar como un antecedente claro, la aparición de los derechos fundamentales en la Constitución de 1812 durante sus tres etapas: 1812, 1820 y 1837. *Vid.* en PÉREZ LUÑO, E. (2014). “Derechos y libertades en la Constitución de 1812”, *Revista de Historiografía*, nº 20, pp. 21 y ss. RIVAS ARJONA, M. (2013). “Derechos, Libertades y Deberes en la Constitución de 1812”, *Revista Aequitas: Estudios sobre historia, derecho e instituciones*, nº 3, p. 233.

QUINTERO NIÑO, E. (2018). “Evolución histórica del estado y la consolidación del constitucionalismo liberal español”, *Auctoritas: Revista on-line de Historiografía en Historia, Derecho e Interculturalidad*, nº 3, p. 46.

en referencias implícitas a lo largo de su articulado. De este modo, el sistema constitucional francés basa la referencia a los “derechos fundamentales” bajo la denominación de “libertades públicas⁴⁷⁸, téngase en cuenta, que nuestra carta magna los incorpora a ambos conjuntamente en la denominación del Título I.

Este proceso de integración nacional de la conceptualización de los derechos humanos como derechos fundamentales articulados en la Constitución, trasladaría su protagonismo, ahora sí, a nivel Europeo. Tendría lugar con la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales aprobada el 7 de diciembre de 2000. Un texto que vendría a corresponder tal y como dispone su larga exposición inicial “la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos.” Aunque como ya tuvo lugar de aclararse anteriormente, fue necesario esperar hasta el año 2009 para que la Carta de Derechos Fundamentales se integrase en el Tratado de Lisboa y, se constituyera el nacimiento de la constitucionalización de los derechos fundamentales en la Unión Europea⁴⁷⁹.

En consecuencia, dicha actuación constitucional adoptada por el legislador en los diferentes territorios contrastados no ha pasado desapercibida por la doctrina. Por un lado, para PECES-BARBA el origen de la discusión sobre la novedad histórica de los derechos fundamentales se retorna al tránsito a la modernidad. Un contexto histórico marcado por el desarrollo del individualismo y de la concepción del Estado democrático de derecho⁴⁸⁰, proceso que deviene como consecuencia del protagonismo que asola al hombre como “agente moral y político, (...) dueño de su vida y de sus actos⁴⁸¹”. De otro, PÉREZ LUÑO cuando razona acerca de los derechos fundamentales dispone que estos serían “aquellos

⁴⁷⁸ Téngase en cuenta, que nuestra carta magna los incorpora a ambos conjuntamente en la denominación del Título I. A este respecto, ÁLVAREZ CONDE manifiesta que con la denominación de libertades públicas empleada por la doctrina francesa no se culmina la explicación de los derechos fundamentales. En pocas palabras, porque no todos los derechos del hombre son libertades públicas, lo que sí a la inversa, debido en cierto modo a que los derechos han visto ampliada su rama económica y social. ÁLVAREZ CONDE, E. (2008). *Curso de Derecho constitucional*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, p. 303.

⁴⁷⁹ CARMONA CONTRERAS, A. (2016). “El espacio europeo de los derechos fundamentales: de la Carta a las constituciones nacionales”, *ob. cit.*, p. 15.

⁴⁸⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. (1983) *Derechos fundamentales*, 4ª ed., Madrid, Universidad Complutense, pp. 55-57.

⁴⁸¹ DE JULIOS CAMPUZANO, A. (1995). “Individualismo y modernidad. Una lectura alternativa”, *Anuario de filosofía del derecho*, nº 12, p. 247.

derechos humanos positivados en las constituciones estatales⁴⁸²”. Más contundente es CRUZ VILLALÓN al afirmar rotundamente que “lo derechos fundamentales son una categoría dogmática del Derecho Constitucional, (...) allí donde no hay Constitución no habrá derechos fundamentales⁴⁸³”. Se observa, por tanto, que liga nuevamente el concepto de derechos fundamentales a la aparición del Estado Constitucional, dejando incluso entrever, que habría que estar al contenido real de cada Constitución para confirmar su validez jurídica.

En suma, siendo conscientes que los derechos evolucionan a la par de las sociedades debido en cierto modo a las distintas formas de relacionarse como por los desarrollos tecnológicos, se puede considerar entonces generaciones de derechos⁴⁸⁴. Así, la primera generación histórica de derecho viene marcada por la ideología del individualismo. Es decir, en un primer momento los derechos humanos se articularon como derechos y libertades del individuo frente a la injerencia del Estado absolutista del siglo XVIII, tomando por entonces estos derechos un notable y marcado carácter político⁴⁸⁵. Mientras que, tras la crisis de los teoremas individualistas que propiciaría la lucha de clases en el siglo XIX, surgió un movimiento que propiciaría una adición al catálogo de derechos. Aparecieron a tal respecto, los derechos económicos, sociales y culturales dando la bienvenida al Estado Social⁴⁸⁶. Y, fruto de la confluencia de ambas

⁴⁸² PÉREZ LUÑO, A. (1984). *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, ob. cit., p. 31.

⁴⁸³ CRUZ VILLALÓN, P. (1989). “Formación y evolución de los Derechos Fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 25, p. 41.

⁴⁸⁴ PÉREZ LUÑO afirma que cada generación aparece en función de las reclamaciones humanas de cada momento. Y que cada generación no es independiente de las demás, sino que al contrario. Cada una se ha fraguado por la impregnación de la que le precede evolucionando en dirección al presente como proceso constante. PÉREZ LUÑO, E. (1997). “Estado Constitucional y derechos de la tercera generación”, *Anuario de Filosofía del Derecho XIV*, p. 565.

⁴⁸⁵ MARTÍNEZ DE PISÓN resume perfectamente este periodo. La primera generación de derechos surge como reivindicación al régimen absolutista del Estado. Auspiciados en transformar una sociedad basada en los principios de libertad e igualdad. Fruto de estas concepciones comienza a detonarse en la práctica un conglomerado de revoluciones que tendrían como finalidad positivizar tales principios. A saber, La Revolución inglesa plasmaría su *Bill of Rights* en 1689, La Revolución Americana con la Declaración de Independencia en 1776 y la Revolución Francesa con la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en 1789. También de forma más amplia MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J. (2004). Las generaciones de derechos humanos, en AA.VV. *Constitución y Derechos Fundamentales*, Madrid, Presidencia del Gobierno- Secretaría General Técnica, p. 413. PÉREZ LUÑO, A. (1984). *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, ob. cit., pp. 115-120.

⁴⁸⁶ Esta generación está marcada principalmente por un trasfondo ideológico importante. Los principales protagonistas serían Marx y Engels quienes critican los derechos civiles y políticos atribuidos en exclusiva a la burguesía constituyendo en este modo unos derechos “abstractos, formales y clasistas”. Y, además, por la tendencia de participación del movimiento obrero en la estructura del Estado. PÉREZ LUÑO, A. (1984).

generaciones surgió una tercera en la que se integraron conjuntamente las reivindicaciones en derechos y libertades individuales como en los derechos económicos, sociales y culturales⁴⁸⁷. Así que, en pocas palabras, se puede concluir que la tercera generación⁴⁸⁸ de derechos a diferencia de las demás, ha redimensionado la imagen del ciudadano como sujeto de derechos en un Estado Democrático⁴⁸⁹, y que en cierto modo, ha venido precedido por la introducción de las nuevas tecnologías en la sociedad, interfiriendo en su forma habitual de relacionarse. Por esta razón, es por lo que puede constatar una similitud entre la evolución del Estado liberal, que evolucionó pasando al Estado de Derecho y, por último, al Estado Constitucional o Estado Social y democrático respecto al rol ejercitado por el ciudadano en la sociedad⁴⁹⁰.

Es justamente esta tercera generación de derechos la que ha estado marcada por el desarrollo tecnológico que ha supuesto una reevaluación de las relaciones de los ciudadanos con la sociedad⁴⁹¹. Así, es por lo que nuevamente en esta innovación de la generación de los derechos humanos que coincide notablemente con el desarrollo de la

Derechos humanos, estado de derecho y constitución, ob. cit., p. 122. Así mismo en MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J. (2004). Las generaciones de derechos humanos, en AA.VV. *Constitución y Derechos Fundamentales*, p. 417.

⁴⁸⁷ Esta es la tesis formulada por ARA PINILLA sobre la reiteración de los derechos de tercera generación que constituyen en cierto modo una reinterpretación de los derechos sociales por una necesidad de adaptación a las nuevas situaciones en que se deben aplicar. ARA PINILLA, I. (1994). *Las transformaciones de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, p. 148.

⁴⁸⁸ MARTÍNEZ DE PISÓN desestima la proposición de una lista *numerus clausus* de derechos en esta generación, puesto que en cierto modo esta nueva generación está caracterizada por una pluralidad de derechos y exigencias a su reconocimiento en el panorama político. Derechos tales como la paz, el medio ambiente, la autodeterminación de los pueblos, la calidad de vida y de forma insoslayable como se justifica en el texto principal, la protección frente a la informática. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J. (2004). Las generaciones de derechos humanos, en AA.VV. *Constitución y Derechos Fundamentales*, p. 423.

⁴⁸⁹ PÉREZ LUÑO, E. (1991). “Las Generaciones de Derechos Humanos”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 10, pp. 2015-206.

⁴⁹⁰ *Ibidem*.

⁴⁹¹ En suma, hay autores como RODRÍGUEZ PALOP que presentan una cuarta generación de derechos caracterizados por su vinculación con movimientos sociales como el ecologismo, el feminismo, el pacifismo como confrontación al modelo del Estado del Bienestar. Así mismo como repulsa al modelo económico o el uso de las tecnologías para fines militares. Y, evidentemente por el contexto social del siglo XXI reivindica una serie de derechos en equilibrio con una sociedad tecnológicamente avanzada y en constante progreso digital. RODRÍGUEZ PALOP, M. (2010). *La nueva generación de derechos humanos: origen y justificación*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, pp. 119-120. En adición, Martínez de Pisón se refiere en estos términos a derechos vinculados al progreso tecnológico pero que afectan a cuestiones relacionadas con la bioética, eutanasia, aborto así como tratamientos genéticos. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J. (2004). Las generaciones de derechos humanos, en AA.VV. *Constitución y Derechos Fundamentales*, p. 411.

sociedad de la información sobresalen unos intereses a salvaguardar por la injerencia tecnológica y, no es otra, que la protección de la esfera privada de los ciudadanos como versión ampliada del ámbito de protección de la intimidad.

A colación con la tercera generación de derechos caracterizada en parte por situarse en un contexto social y tecnológicamente simbólico, desde el ámbito civil también han aportado una clasificación partiendo de la concepción moral y espiritual de los derechos. A este respecto, CASTÁN TOBEÑAS recoge perfectamente esta noción moderna de los derechos morales o espirituales que han recibido la denominación de “derechos de la personalidad”, que se encuentran caracterizados en sí por la evidente dimensión íntima del hombre y que atiende a una condición concreta, la participación en la vida social, puesto que se ha contrastado históricamente que inicialmente los derechos del hombre tenían principalmente un marcado carácter político⁴⁹². De forma que, al ser una concepción moderna, no deja de ser una esfera más reducida que la propia de los derechos humanos, es decir, los derechos de la personalidad no dejan de ser un apéndice de aquellos⁴⁹³, e incluyendo entre ellos, el derecho a la esfera íntima de la persona y a la reserva. Esta tendencia, para CASTÁN TOBEÑAS, ha sido recogida en las Constituciones modernas del siglo XIX, superando así, la concepción del individualismo liberal en cuanto al reconocimiento del individuo sin considerar su participación en un grupo social, la sociedad⁴⁹⁴, aspectos en los que se tendrá la oportunidad de ahondar con más profundidad en los siguientes apartados.

Por lo pronto, se ha podido determinar que la aparición de los derechos fundamentales propiamente dichos ha tenido lugar con el proceso de positivación de los derechos humanos propiamente dichos⁴⁹⁵. Tanto, en un primer momento a nivel interno como en un momento posterior a través de instrumentos internacionales. Y, sin lugar a

⁴⁹² CASTÁN TOBEÑAS, J. (1985). *Los derechos del hombre*, 3ª ed., Madrid, Reus, p. 25.

⁴⁹³ *Ibidem*, p. 26.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, pp. 28-29.

⁴⁹⁵ En cuanto a este proceso de positivación de los derechos humanos, ALEXY diferencia entre varias teorías, “una positivista y una no positivista. Según ambas, los derechos fundamentales se enmarcan dentro del Derecho positivo. La diferencia entre ellas estriba en que los derechos fundamentales, según la concepción positivista, solo son Derecho positivo, mientras que atendiendo a la concepción no positivista, la positividad solo constituye una faceta de los derechos fundamentales, es decir, su faceta real o fáctica”, *Vid.*, en ALEXY, R. (2016). “Un concepto no positivista de derecho fundamental sobre la relación entre teoría de los principios, derechos fundamentales y moral”, *Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonomo*, p. 7.

duda, de las reivindicaciones humanas como medio para articular instrumentos de protección para paliar la injerencia en sus derechos ante las nuevas formas de participación en la sociedad⁴⁹⁶. Fruto, *grosso modo*, del proceso de tránsito entre el Estado Liberal al Estado Social y Democrático de derecho que pasa ser objeto de examen.

1.1. La constitucionalización de los derechos fundamentales.

Como continuación al debate adelantado en líneas anteriores, una de las notas características de un estado social y democrático de derecho es que toma como su matriz una Constitución. Esta a su vez, se encuentra articulada en un elenco de derechos y libertades individuales, imprescindibles para el propio desenvolvimiento individual como colectivo y, así mismo, como piedra angular del sistema democrático implantado⁴⁹⁷.

En este sentido, el constituyente español al momento de configurar las bases de un estado democrático parte del establecimiento de unos valores o principios innatos a este sistema. Prueba de ello, es el art. 1 CE que asienta a España sobre un “estado social y democrático de derecho”, propugnando a la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político como “valores superiores del ordenamiento jurídico”. A este respecto y coherentemente con este discurso, el denominado “estado democrático” se asienta además sobre otro de sus pilares, la declaración de derechos y libertades individuales. Nuestra carta magna cumple estrictamente este requisito, de hecho, dedica un extenso desarrollo en el Título I al que a denominado como “De los derechos y deberes fundamentales” como fundamento del estado constitucional. De este modo, se precede a una declaración de derechos a la que se ha denominado como de “fundamentales” lo que implica directamente una connotación positiva respecto al grado de relevancia que merecen en cuanto “elemento material básico para configurar el sistema jurídico y político⁴⁹⁸”.

En el Título I se examinan pormenorizadamente el elenco de los derechos fundamentales que inicia con el art. 10, por el que se articula como fundamento del orden

⁴⁹⁶ PÉREZ LUÑO, E. (1997). “Estado Constitucional y derechos de la tercera generación”, *ob., cit.*, p. 212.

⁴⁹⁷ BASTIDA FREIJEDO, F. (2004). *Teoría general de los derechos fundamentales en la constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos, p.35.

⁴⁹⁸ LÓPEZ GUERRA, L. (2018). *Derecho Constitucional. Volumen I.: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 11ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, p. 120.

político y de la paz social el respeto a “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás”, lo que puede ser muestra de que actúa como “*prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos⁴⁹⁹”. Ello es una prueba de la propia significación que adquieren los derechos fundamentales, y que recoge perfectamente la doctrina del Tribunal Constitucional, en su STC 25/1981, de 14 de julio:

- En primer lugar, los derechos fundamentales son “derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia⁵⁰⁰”. Es decir, derechos inherentes al individuo que le corresponden por el mero hecho de ser persona, atribuyéndole un compendio de derechos y libertades⁵⁰¹.
- En segundo lugar, su positivización en la carta magna eleva su primaria consideración como “elemento esencial de un ordenamiento objetivo, como marco de una convivencia humana justa y pacífica”, y que pasarían a significar una plasmación externa de la configuración del “Estado social y democrático de Derecho⁵⁰²”, como valor superior del ordenamiento jurídico que propugna nuestra carta magna, *ex art. 1.1*.
- En tercer lugar, los derechos fundamentales interactúan en un ordenamiento jurídico objetivo como contenido básico de este, de tal manera que “los derechos fundamentales (...) fundan un *status* jurídico-constitucional unitario para todos los españoles y son decisivos en igual medida para la configuración del orden democrático⁵⁰³”.

⁴⁹⁹ Recurso de inconstitucionalidad nº 800/1983 (Aranzadi JUR\ RTC 1985\53), fundamento jurídico tercero.

⁵⁰⁰ Recurso de inconstitucionalidad nº 25/1981 (Aranzadi JUR\ RTC 1981\25), fundamento jurídico quinto.

⁵⁰¹ Ello no obsta, como refiere ALEXY, a que “las Constituciones que tipifican un catálogo de derechos fundamentales representan un intento de organizar la acción colectiva y, a la vez, de asegurar los derechos individuales. Este doble carácter se ve reflejado en la posibilidad que se atribuye al Legislador de restringir los derechos fundamentales. Esta posibilidad de restringir los derechos fundamentales establecidos por la Constitución es un elemento esencial de lo que estos derechos son”, *Vid.*, en ALEXY, R. (2002). “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, *Revista española de derecho constitucional*, nº 66, p. 64.

⁵⁰² *Ibidem*.

⁵⁰³ TORRES DEL MORAL afirma desde su punto de vista que la integración de los derechos fundamentales en “el orden público del Estado democrático” permite percibir un reflejo auténtico del ordenamiento jurídico. Considerándolos en este sentido como el elemento más importante del denominado “orden público democrático”. TORRES DEL MORAL, A. (2004). *Principios de derecho constitucional español, Tomo I:*

- Por último, en muestra a lo anterior, el TC sostiene que “los derechos fundamentales son patrimonio común de los ciudadanos individuales y colectivamente⁵⁰⁴”. Esto es así ya que son “constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia atañe a todos por igual”. En consecuencia, se estaría reforzando en cierto modo respecto a su eficacia el tenor literal del art. 9.1 CE, en cuanto que, tanto los ciudadanos como los poderes públicos quedan sujetos a los derechos fundamentales, debido sencillamente a que son parte integrante de nuestra carta magna.

En correlación con esta caracterización y naturaleza de los derechos fundamentales, el TC añade y complementa nuevamente su contenido. A tal respecto, concluyó por un lado que “los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado⁵⁰⁵”, sino que además albergan deberes positivos por parte de este frente a los otros y varios ejemplos de ello son tanto el art. 18.1 como 18.4 CE respecto a la garantía del honor, la intimidad personal y familiar por el uso de la informática. En este sentido, el Estado debe afrontar una obligación negativa, en cuanto al respeto de “la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales⁵⁰⁶” así como una obligación positiva, en aras a articular los medios de protección necesarios en contribución a su plena eficacia⁵⁰⁷.

Una vez se ha superado el análisis sobre la explicación que asienta el valor de primacía de los derechos fundamentales en la carta magna, conviene proseguir su estudio de tal forma que es preciso señalar la forma en la que se encuentran estructurados así

Sistemas de Fuentes. Sistemas de los Derechos, 5ª ed., Universidad Complutense, Servicio Publicaciones-Facultad de Derecho, p. 294.

⁵⁰⁴ Recurso de inconstitucionalidad nº 25/1981 (Aranzadi JUR\ RTC 1981\25), fundamento jurídico quinto.

⁵⁰⁵ Recurso de inconstitucionalidad nº 800/1983 (Aranzadi JUR\ RTC 1985\53), fundamento jurídico cuarto.

⁵⁰⁶ *Ibidem*.

⁵⁰⁷ En este punto, BERNAL PULIDO señala que “el objeto de las posiciones de derecho fundamental es siempre una conducta de acción u omisión, prescrita por una norma, que el sujeto pasivo debe desarrollar a favor del sujeto activo, y sobre cuya ejecución el sujeto activo tiene un derecho, susceptible de ser ejercitado sobre el sujeto pasivo”. De este modo, presenta un esquema que distingue, por un lado, entre posiciones de defensa iusfundamentales cuyo objetivo es la abstención estatal y, por otro lado, de posiciones de prestación, cuyo propósito es una conducta positiva del Estado, es decir, el sujeto activo puede exigir que el Estado realice un comportamiento. *Vid.*, en BERNAL PULIDO, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ª Ed., pp. 86-87.

como se ha destacado anteriormente, los métodos articulados como medios necesarios para su protección y eficacia.

El denominado Título I, “De los derechos y deberes fundamentales”, se encuentra estructurado en cinco capítulos, precedidos de la articulación de la dignidad que actúa como pórtico central de los derechos insertados en este⁵⁰⁸.

- Capítulo I – De los españoles y los extranjeros.
- Capítulo II – Derechos y libertades.
- Capítulo III – Principios rectores de la política social y económica.
- Capítulo IV – De las garantías de las libertades y derechos fundamentales.
- Capítulo V – De la suspensión de los derechos y libertades.

Sin embargo, en la doctrina existe una discusión que gira en torno a la posible exclusión de la calificación como “fundamental” de ciertos derechos integrados en el Título I. El objeto de esta discusión torna respecto a la ambigüedad del término utilizado por el Título I, “derechos fundamentales”, del que se puede observar en su propia estructura una organización desacertada por el constituyente en cuanto al alcance de lo que la que *a priori* era su intención, crear un elenco de derechos con rigor⁵⁰⁹. A este respecto y con el fin de arrojar un análisis más claro sobre la cuestión, se puede declarar lo siguiente:

- El art. 53.1 ubicado en el Capítulo IV “De las garantías de las libertades y derechos fundamentales” dispone que los derechos y libertades comprendidos en el Capítulo II del Título I vinculan a todos los poderes públicos⁵¹⁰. Por lo que, en

⁵⁰⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1993). La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 39, p. 201.

⁵⁰⁹ BASTIDA FREIJEDO, F. (2004). *Teoría general de los derechos fundamentales en la constitución española de 1978*, ob. cit., p. 40. LÓPEZ GUERRA, L. (2018) *Derecho Constitucional. Volumen I.: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, ob. cit., p. 122. JIMÉNEZ CAMPO, J. (1999). *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Valladolid, Editorial Trotta, p. 31.

⁵¹⁰ A este respecto, se ha planteado una discusión en torno a la eficacia de los derechos fundamentales a través de la teoría de la *Drittwirkung der grundrechte*. Conforme a esta teoría, la eficacia de los derechos fundamentales no es sólo vertical contra el Estado sino también horizontal, respecto a las relaciones entre particulares. Sin embargo, esta teoría solo ha gozado de acogimiento en la Constitución de Portugal, en la que en el art. 18 manifiesta que “los preceptos Constitucionales, relativos a los derechos, Libertades y garantías son directamente aplicables y vinculantes respecto de las personas y órganos públicos y privados”. Pero pese a que en la CE no se prevea este reconocimiento, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se ha admitido esta eficacia horizontal de los derechos fundamentales en relaciones *inter privatos*, por ejemplo, en el ámbito de las relaciones laborales que será objeto de estudio a continuación. *Vid.*, en RUIPÉREZ ALAMILLO, J. (2009). “Sobre la eficacia de los derechos fundamentales de la “libertad

cierto modo, “son origen inmediato de derechos y obligaciones y no principios programáticos⁵¹¹”.

- Así mismo, el art. 53.2 reconoce una tutela especial a los derechos comprendidos entre el 14 y el 29 CE, por lo que implique que los ciudadanos podrán solicitar protección ante el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo; bajo un procedimiento especial caracterizado por ser preferente y sumario.
- Por último, el art. 81.1 CE, respecto al procedimiento de elaboración de las leyes prioriza la elección de leyes orgánicas como cauce para las que tengan como finalidad el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas⁵¹². Casualmente, se está refiriendo en los mismos términos a la denominación que recibe la Sección Primera del Título I, que aglutina los arts. 15-29⁵¹³.

De ahí que, el propio TC, en su sentencia 76/1983, de 5 de agosto, se pronunciase sobre la necesidad de determinar qué derechos de los que conforman el Título I deben estar sujetos a reserva de ley orgánica. En particular, señaló que únicamente debe entenderse bajo la reserva de ley orgánica establecida en el art. 81, aquellos derechos que están referenciados en la rúbrica de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I; es decir,

natural" a la Drittwirkung der Grundrechte”, *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 8, p. 1174.

⁵¹¹ Recurso de amparo nº 205/1981 (Aranzadi JUR\ RTC 1982\15), fundamento jurídico octavo.

⁵¹² Sobre la estructura jerárquica entre las leyes orgánicas y ordinarias, el TC ya ha tenido ocasión de manifestarse entre otras, en la STC 213/1996, determinando que ambas no se sitúan en distintos planos jerárquicos. En este asunto, el TC entra a resolver el debate generado en torno a una posible inconstitucionalidad de la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 3/1989, de 2 de junio, de actualización del Código Penal, calificada de rango de ley ordinaria por la disposición final de la norma en cuestión. Disposición que atribuye, desligándose de la regulación efectuada en los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a los órganos jurisdiccionales del orden penal el conocimiento de asuntos reservados a otro ámbito distinto. Lo que genera una evidente contradicción, puesto que por un lado, se estaría vulnerado el art. 9.3 CE ya que la Disposición transitoria segunda tiene rango de ley ordinaria y, por otro lado, porque el principio de jerarquía normativa no actúa como fundamento adecuado para enjuiciar una posible inconstitucionalidad de una ley ordinaria por invasión del ámbito reservado a la ley orgánica. El TC parte de su propia doctrina, (SSTC 224/1993, SSTC 127/1994, SSTC 254/1994, SSTC 185/1995) al sostener que las relaciones entre ley orgánica y ley ordinaria están sujetas al principio de competencia y no de jerarquía normativa. Dado que “la relación entre unas y otras viene dada por las materias que se reserven las leyes orgánicas en virtud del art. 81.1 CE, afirmando explícitamente que «las Leyes orgánicas y ordinarias no se sitúan, propiamente, en distintos planos jerárquicos”. Recurso de inconstitucionalidad nº 1625/1990 (Aranzadi JUR\ RTC 1996\213).

⁵¹³ PECES BARBA, G. PRIETO SANCHÍS, L. (1981). *La constitución española de 1978. Un Estudio de derecho y política*, Valencia, Fernando Torres, pp. 112-113. DE ESTEBAN, J. LÓPEZ GUERRA, L. GARCÍA MORILLO, J. ESPÍN TEMPLADO, E. (1983). *El régimen constitucional español*, Barcelona, Labor, pp. 214.

desde el art. 15 al 29⁵¹⁴. No obstante, el TC en la sentencia 25/1984, de 23 de febrero, llegó a la conclusión de considerar innecesario el desarrollo de todos y cada uno los derechos y libertades comprendidos en los arts. 14 a 29, ya que sólo sería oportuno, para “aquellos para los que las normas fundamentales enuncian límites que han de ser concretados⁵¹⁵”.

Por lo que, en definitiva, se corresponde con la lectura del art. 18.4 de la CE, en la que el legislador impone una obligación de desarrollar mediante una ley el uso de la informática como muralla de protección a la intimidad. De este modo y tras lo anterior, se puede responder positivamente a la integración del art. 18 CE entre aquel elenco de derechos que, definitivamente, sí son considerados de fundamentales dotados de un respaldo constitucional reforzado.

Junto a esta explicación sobre las características y contenido de los derechos fundamentales, se pretende continuar el estudio de los derechos fundamentales ejercitados en el ámbito de las relaciones laborales, por lo que se pretende demostrar cual es el alcance de estos derechos en un contexto concreto, el laboral, en el que perviven intereses distintos; los derechos de las personas trabajadoras y las facultades de control y vigilancia del empresario. Ello, porque en la práctica ha generado una eterna discusión sobre el necesario equilibrio de derechos y deberes en las relaciones laborales como óbice para salvaguardar y evitar la injerencia en derechos fundamentales.

A este respecto, se pasa a continuación a disipar esta serie de dudas muy comunes en la práctica, en un intento por alcanzar el objetivo propuesto que no es otro que esclarecer con rigor y claridad el ejercicio de los derechos fundamentales por las personas trabajadoras y, los criterios para determinar la primacía de intereses legítimos sobre éstos.

1.2. Los derechos fundamentales en las relaciones laborales: sobre los derechos inespecíficos y sus límites.

La construcción y la configuración de los derechos fundamentales constitucionales en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la doctrina iuslaboralista ha comportado un tratamiento bastante elocuente. Este análisis parte del hecho de que la persona trabajadora, titular de derechos y libertades

⁵¹⁴ Recurso previo de inconstitucionalidad nº 311/1982313/1982314/1982, 315/1982 y 316/1982 (Aranzadi JUR\ RTC 1983\76), fundamento jurídico segundo.

⁵¹⁵ Recurso de amparo nº 333/1983 (Aranzadi JUR\ RTC 1984\25), fundamento jurídico sexto.

constitucionales, se inserta en el seno de una relación laboral bajo el régimen de dependencia de otra persona. Superada esta tesis, se ha generado un gran debate doctrinal respecto a los desequilibrios que se suscitan en una relación laboral y que plantean interferencias en el pleno disfrute de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. A este respecto, la doctrina ha diferenciado entre derechos fundamentales que tienen virtualidad propia en el ámbito estrictamente laboral y derechos fundamentales constitucionales que son reconocidos a cualquier persona.

Por un lado, en cuanto a los derechos laborales específicos o que tienen virtualidad propia en el ámbito de las relaciones laborales⁵¹⁶, es posible diferenciar entre derechos individuales de las personas trabajadoras. En primer lugar, a tenor de lo dispuesto en el art. 35.1 CE pueden diferenciarse en:

- El deber de trabajar y el derecho al trabajo.
- El derecho a la libre elección de profesión u oficio.
- El derecho a la promoción a través del trabajo.
- El derecho a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia.

Y, así mismo, como continuación a este grupo y en virtud del desarrollo por los poderes públicos de determinadas políticas *ex art. 40.2 CE*:

- El derecho a la formación y readaptación profesionales.
- El derecho a la seguridad e higiene en el trabajo.
- El derecho al descanso necesario.

En segundo lugar, existen derechos laborales específicos reconocidos en la CE que implican un ejercicio colectivo en las relaciones laborales:

- El derecho a la libertad sindical *ex art. 28.1 CE*.
- El derecho a la huelga *ex art. 28.2 CE*.
- El derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios *ex art. 37.1 CE*.
- El derecho de las personas trabajadoras y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo *ex art. 37.2 CE*.

⁵¹⁶ Para llevar a cabo esta clasificación se ha tomado en consideración la obra de PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. (1991). *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 25-29.

Por otro lado, se ha llegado a denominar el ejercicio de derechos fundamentales o derechos constitucionalmente reconocidos a toda persona y que son ejercitados por las personas trabajadoras en la relación de trabajo como derechos fundamentales inespecíficos o derechos constitucionales laborales inespecíficos.

Respecto al concepto de derechos fundamentales inespecíficos o derechos constitucionales laborales inespecíficos, PALOMEQUE LÓPEZ utilizó este término por primera vez y pasó a denominar los derechos fundamentales inespecíficos como aquellos derechos reconocidos a toda persona, a todo ciudadano, que fruto de la “impregnación laboral” son ejercidos por las personas trabajadoras en el seno de una relación laboral⁵¹⁷, de ahí que se hable de derechos fundamentales de la persona del trabajador caracterizados por su universalidad, indisponibilidad y reconocimiento expreso en la norma constitucional. Por otro lado, más explícito se muestra OJEDA AVILÉS al declarar que “los derechos fundamentales inespecíficos no están en el contrato de trabajo, sino que actúan desde fuera de él en el ámbito de la empresa⁵¹⁸”.

En definitiva puede concluirse que los derechos fundamentales inespecíficos “son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercitados en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos, que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer⁵¹⁹”. Y, por consiguiente, “son derechos del ciudadano trabajador que ejerce como trabajador ciudadano⁵²⁰” y, que por su naturaleza, representan un eje transversal extrapolable a todas las ramas del ordenamiento jurídico⁵²¹, por lo que su garantía no es solo oponible frente a la

⁵¹⁷ *Vid.*, en el prólogo al libro de ROJAS RIVERO, G.P. (1991). *La libertad de expresión del trabajador*, Madrid, España, Editorial Trotta, pp. 7-9. Posteriormente objeto de estudio en PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. (1991). *Los derechos laborales en la Constitución Española*, *ob.cit.*, pp. 31-34.

⁵¹⁸ OJEDA AVILÉS A. (2006). “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa”, *Revista de derecho social*, nº 35, p. 16.

⁵¹⁹ PALOMEQUE LOPEZ, M.C. ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (2001). *Derecho del Trabajo*, 9ª edición, Madrid, Centro de Estudios Ramón Acero S.A., p.148.

⁵²⁰ *Ibidem.*

⁵²¹ CALDERÓN CHACÓN, A. (2015). “Derechos fundamentales y relaciones de empleo”, *Revista Espiga*, nº 30, p. 36.

administración, sino que también entre las relaciones jurídicas sujetas al derecho privado⁵²².

PALOMEQUE LÓPEZ llevó a cabo una clasificación de derechos fundamentales inespecíficos partiendo de su “impregnación laboral” y que por tales motivos el legislador trasladó su reconocimiento del texto constitucional al texto específicamente laboral⁵²³. De este modo identificó los siguientes:

- El derecho a la igualdad, *ex art. 14 CE* y no discriminación *ex art. 35.1 CE*, reconocidos en los arts. 4.2 c) y 17 ET.
- El derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen *ex art. 18.1 CE* e incorporado en el art. 4.2 e) ET.
- El derecho de reunión *ex art. 21 CE* reconocido específicamente en los arts. 77 a 81 ET y 8.1 b) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (en adelante, LISOS).
- El derecho a la tutela judicial efectiva *ex art. 24 CE* reconocido en el art. 4.2 g) ET.
- El derecho a la libertad de expresión *ex art. 20.1 CE* y previsto en el art. 68 d) ET.

Sin embargo, posteriormente GUTIÉRREZ PÉREZ⁵²⁴ fue bastante crítico con esta clasificación llevada a cabo por PALOMEQUE LÓPEZ porque en su propuesta de

⁵²² Retomando la teoría de la *Drittwirkung der grundrechte* respecto a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos*, destaca VALDÉS DAL-RÉ que “a pesar de que la inmensa mayoría de las Constituciones no confiere de manera explícita una eficacia horizontal a los derechos fundamentales de la persona, la vigencia de los derechos fundamentales de la persona en las relaciones nacidas del contrato de trabajo constituye una realidad que, no sin fatigas, se va abriendo camino de manera lenta pero gradual”. Así mismo, deja claro que “el procedimiento acaso más generalizado de extensión de la *Drittwirkung* a las relaciones laborales suele articularse a través de la intervención judicial; son los jueces y tribunales, encargados en cada ordenamiento de dirimir los conflictos de trabajo, los que reconocen alguna suerte de eficacia, mediata o inmediata, de los derechos fundamentales en este tipo de relaciones entre particulares”. *Vid.*, en VALDÉS DAL-RÉ, F. (2017). “Tendencias del derecho comparado hacia el reconocimiento de la obligatoriedad general de los derechos fundamentales en las relaciones laborales (1)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 21, p. 184. Del mismo modo, para MOLINA NAVARRETE, el reconocimiento y garantía constitucional de los derechos fundamentales “a la persona el ciudadano-trabajador se configura, pues, como condición necesaria y decisiva para el disfrute de los mismos en la vida interior de la empresa”. *Vid.*, en MOLINA NAVARRETE, C. (1991). “Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales: el paradigma de “*Drittwirkung*” laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 3, p. 87.

⁵²³ ROJAS RIVERO, G.P. (1991). *La libertad de expresión del trabajador*, *ob. cit.*, pp.7-9. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. (1991). *Los derechos laborales en la Constitución Española*, *ob.cit*, pp. 31-34. PALOMEQUE LOPEZ, M.C., ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (2001). *Derecho del Trabajo*, *ob.cit.*, pp. 149-150.

⁵²⁴ Así mismo este autor llevó a cabo una reformulación de la tesis de los derechos fundamentales inespecíficos distinguiendo entre dos términos, la ciudadanía en la empresa y la ciudadanía de empresa. Mientras que la ciudadanía en la empresa está referida al ejercicio de derechos laborales inespecíficos

clasificación de derechos fundamentales inespecíficos desestimó la oportunidad de incluir precisamente otros derechos, entre otros, el secreto a las comunicaciones *ex art. 18.3 CE* y el derecho a la protección de datos *ex art. 18.4 CE* que cobran una especial singularidad en el ámbito de las relaciones laborales por la interacción entre personas trabajadoras y las herramientas tecnológicas en el desarrollo de la prestación laboral⁵²⁵. Por tales razones, GUTIÉRREZ PÉREZ se muestra partidario de reconsiderar su inclusión en esta clasificación dada la estrecha virtualidad práctica que adquieren ambos derechos.

Uno de los motivos por los que justificar este posicionamiento doctrinal respecto a su validez e inclusión en el catálogo de los derechos fundamentales inespecíficos en el ámbito de las relaciones laborales encuentra apoyo en la STC 88/1985⁵²⁶. Entre otros motivos, porque se debe a que “la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano”. En pocas palabras, porque los “trabajadores no dejan de ser ciudadanos por el hecho de comenzar a prestar sus servicios para un empresario y está claro que los derechos fundamentales que la Constitución reconoce a quienes poseen tal cualidad no pueden desaparecer o quedar suspendidos por el hecho de que exista una relación laboral”⁵²⁷.

En suma, MOLINA NAVARRETE corroboró esta tesis al manifestar que no sería correcto descartar la garantía de los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional a la ciudadanía en general y, específicamente, a las personas trabajadoras cuando se insertan en las organizaciones empresariales. Primero, porque las empresas “no forman mundos separados y estancos de una sociedad”, y segundo, porque admitir otra cosa conllevaría reconocer que la sociedad está organizada en parcelas o estancos a los

mientras que, la ciudadanía de empresa engloba aquellos derechos reconocidos específicamente a las personas trabajadoras. *Vid.*, en GUTIÉRREZ PÉREZ, M. (2011). *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, Murcia, Laborum, pp. 95-98.

⁵²⁵ *Ibidem*, pp. 95-98.

⁵²⁶ Recurso de amparo nº 788/1984 (Aranzadi JUR\ RTC 1985\88).

⁵²⁷ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. SEMPERE NAVARRO, A. V. (2003). “*Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva*”, Pamplona, Thomson Reuters, p. 21.

que denomina “reino de taifas socioeconómicos o feudo industriales” contrarios a los principios que propugna el Estado social y democrático de derecho *ex art. 1.1 CE*⁵²⁸.

Por consiguiente, es posible aportar una clasificación más abierta y completa integrada por los derechos fundamentales inespecíficos siguientes:

- El derecho a la igualdad, *ex art. 14 CE* y no discriminación *ex art. 35.1 CE*⁵²⁹.
- El derecho a la vida y a la integridad física y moral *ex art. 15 CE*.
- El derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto *ex arts. 16.1 y 16.2 CE*.
- El derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho al honor y el derecho a la propia imagen *ex art. 18.1 CE*.
- El derecho a la libertad de expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción *ex art. 20.1 a) CE*.
- El derecho a la libertad de información *ex art. 20.1 d) CE*.
- El derecho a la educación *ex art. 27.1 CE*.

⁵²⁸ MOLINA NAVARRETE, C. (1991). “Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales: el paradigma de “*Drittwirkung*” laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 3, p. 90.

⁵²⁹ En cuanto a la consideración del derecho a la igualdad como derecho fundamental inespecífico confrontan PALOMEQUE LÓPEZ Y GUTIÉRREZ PÉREZ y el motivo principal se concreta en la doctrina *Drittwirkung der grundrechte*, es decir, respecto a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos*. Por un lado, PALOMEQUE LÓPEZ es partidario en reconocer “la eficacia general o *erga omnes* del derecho fundamental a la igualdad en las relaciones entre particulares y, consecuentemente, su impregnación en el ámbito de las relaciones laborales como derecho a la igualdad en el contrato de trabajo *ex art. 4.2 c) ET*. *Vid.*, en PALOMEQUE LOPEZ, M.C. ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (2001). *Derecho del Trabajo*, *ob. cit.*, pp. 149-150. En confrontación, GUTIÉRREZ PÉREZ plantea que se está ante derechos diferentes, el derecho a la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social *ex art. 14 CE* como derecho fundamental inespecífico y el derecho específicamente laboral de la no discriminación en las relaciones laborales *ex art. 4.2 c) ET*. De tal modo, entiende que el art. 14 CE sólo vincula a los poderes públicos, de tal forma que, la eficacia es vertical ya que reconocer la eficacia horizontal entre particulares “resultaría incompatible con la autonomía de la voluntad y, en definitiva, cercaría la libertad en las relaciones privadas”. Justifica su argumento en la doctrina asentada en la STC 108/1989, de 8 de junio, que manifestó que “el respeto ante la Ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el art. 14 CE”. *Vid.*, en GUTIÉRREZ PÉREZ, M. (2011). *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, *ob. cit.*, pp. 98-102.

1.2.1. Los límites de los derechos laborales inespecíficos desde la perspectiva de la persona trabajadora.

Llegados a este punto se ha podido corroborar la tesis de que las personas trabajadoras al momento de insertarse en una relación laboral son titulares, por una parte, de derechos laborales específicos o que tienen virtualidad propia en el ámbito de las relaciones laborales diferenciando entre aquellos derechos cuyo ejercicio puede ser ejercitados de forma individual como de forma colectiva⁵³⁰. Y, por otra parte, de derechos constitucionales atribuidos a cualquier persona por el mero hecho de serlo, y que al momento de insertarse en una relación laboral estos derechos sufren una “impregnación laboral”, calificándose como derechos laborales inespecíficos⁵³¹.

No obstante, también se ha puesto de manifiesto por el TC que, en efecto, los derechos fundamentales adolecen de carácter absoluto y que, por consiguiente, están sometidos a límites en su relación con otros derechos fundamentales o con otros bienes constitucionalmente protegidos⁵³². Por tales razones, es posible identificar una serie de límites genéricos, es decir, aquellos que son impuestos por la norma constitucional y, por otro, de límites específicos que serían aquellos que se corresponden con el ejercicio de los derechos fundamentales en un campo concreto, las relaciones laborales. Concretamente respecto a los límites específicos, se mostrará a continuación si bajo principios como el consentimiento de la persona trabajadora o la buena fe pueden asumir protagonismo en aras de limitar el ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales.

a) El consentimiento como poder limitante de los derechos fundamentales.

En primer lugar, comenzando este proceso de análisis respecto a la adopción de medidas que impliquen una renuncia voluntaria de las personas trabajadoras siempre y cuando no menoscaben los derechos fundamentales, se analiza la posibilidad que ofrece el art. 1255 del CC relativo a la libertad de pacto en lo que al consentimiento se refiere.

⁵³⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. (1991). *Los derechos laborales en la Constitución Española, ob.cit.*, pp. 25-29.

⁵³¹ ROJAS RIVERO, G.P. (1991). *La libertad de expresión del trabajador, ob. cit.*, pp.7-9. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. (1991). *Los derechos laborales en la Constitución Española, ob.cit.*, pp. 31-34. PALOMEQUE LOPEZ, M.C., ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (2001). *Derecho del Trabajo, ob. cit.*, pp. 149-150.

⁵³² Recurso de amparo nº 41/1981 (Aranzadi JUR\ RTC 1982\2), fundamento jurídico quinto, párrafo tercero. Recurso de amparo nº 426/1988 (Aranzadi JUR\ RTC 1990\181), fundamento jurídico tercero, párrafo segundo.

En resumidas palabras, en el hecho de que la persona trabajadora consienta en una hipotética renuncia total o parcial en el disfrute de sus derechos fundamentales durante la relación de trabajo⁵³³.

Se trata de una percepción que plantea dificultades por las características propias e innatas de los derechos fundamentales, por ejemplo, respecto al derecho a la intimidad que está caracterizado por su irrenunciabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad *ex art. 1.3 de la LO 1/1982*. Estos principios actúan como un sustento de la doctrina del TC⁵³⁴, reconocidos explícitamente en nuestra carta magna y bien delimitados en cuanto al bien jurídico susceptible de protección⁵³⁵. Aunque, los defensores de esta teoría encuentran la justificación en el apartado segundo de la LO 1/1982, que permite la intromisión ilegítima en el ámbito reservado de la persona siempre que medie consentimiento, de forma que podría renunciarse de forma voluntaria y temporal al ejercicio de un derecho fundamental, estrictamente laboral y, que en cierto modo, no supone su renuncia definitiva a su titularidad, sino que quedaría limitado su ejercicio de forma temporal, es decir, compromiso en no ejercerlo⁵³⁶.

Buen ejemplo de ello se encuentra en la STC 65/2009⁵³⁷, en la que el tribunal en su fundamento jurídico cuarto afirmó que el derecho fundamental (...) tiene “carácter irrenunciable e indisponible”, lo que no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la renuncia a su ejercicio cuando ello redunde en beneficio del interesado, pues “si bien los derechos fundamentales son permanentes e imprescriptibles, ello es perfectamente compatible con el establecimiento de límites temporales dentro del ordenamiento para el ejercicio de las correspondientes acciones”. Así mismo aclaró que, si la imprescriptibilidad de los derechos fundamentales no es un obstáculo al carácter temporal de las acciones para su defensa, “la irrenunciabilidad de tales derechos no

⁵³³ OJEDA AVILÉS A. (2006). Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa, *ob. cit.*, p. 20.

⁵³⁴ VIDAL GIL, E. (2001). *La interpretación de los derechos fundamentales por el tribunal constitucional*, Corts: Anuario de derecho parlamentario, nº 11, págs. 73-112.

⁵³⁵ CASTILLO CÓRDOVA, L. (2010). *El contenido de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, nº 14. p. 96.

⁵³⁶ RIVERO LAMAS, J. (2003). *Derechos fundamentales y contrato de trabajo: Eficacia horizontal y control, constitucional*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, p. 521.

⁵³⁷ Recurso de amparo nº 7438/2006 (Aranzadi JUR\ RTC 2009\65).

impide tampoco la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio⁵³⁸”.

Asumiendo esta posibilidad, se genera una duda respecto a si en una relación de trabajo en la que aparentemente las personas trabajadoras son la parte más débil, se podría apreciar el libre consentimiento en la autolimitación de sus derechos fundamentales, aunque ello suponga una suspensión temporal del ejercicio de uno de sus derechos con la posibilidad de revocar la decisión en cualquier momento. Sin embargo, puede señalarse al respecto que si las personas trabajadoras se encuentran en el libre ejercicio de su voluntad y de expresar su consentimiento sin ningún tipo de condiciones por parte del empresario, se podría considerar válida tal renuncia⁵³⁹ aunque no se comparta tal posibilidad por los riesgos que pudiera entrañar en la práctica.

Se ha podido constatar, por tanto, que el derecho a la intimidad de las personas trabajadoras es un concepto que puede entrar en colisión con la facultad de control empresarial prevista en el art. 20.3 ET⁵⁴⁰. Esta problemática surge por la dificultad de visualizar el límite a la intromisión en el espacio reservado e íntimo de las personas trabajadoras por la incidencia de las nuevas herramientas de control laboral, lo que ha conllevado a que sea objeto de interpretación por la jurisprudencia.

La interpretación de los derechos fundamentales en el ámbito del trabajo ha sido objeto de debate por el hecho de colisionar con otros intereses en juego básicamente por el hecho de que son precisamente derechos fundamentales, que adolecen de proyección absoluta y, por ende, pueden ser objeto de restricciones o limitaciones en su disfrute. Por tales motivos, no será suficiente sin más la legitimación de las decisiones empresariales por la autorización prevista *ex art. 20.3 ET* y, tampoco, cuando se tomen en base a criterios basados en la mera consecución de objetivos corporativos (organización, dirección, resultados económicos) pese a que son intereses legítimos y constitucionalmente *ex arts. 33.1 y 38 CE*. Este tipo de actuaciones arbitrarias podrían conllevar la vulneración de los derechos fundamentales inespecíficos en el ámbito

⁵³⁸ Recurso de amparo nº 236/1982 (Aranzadi JUR\ RTC 1983\7).

⁵³⁹ HESSE, K. (1995). *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, Editorial Civitas, pp. 22 y ss.

⁵⁴⁰ MUCHA GARCÍA, R.E. (2010). “Los derechos inespecíficos y conflictos entre los derechos fundamentales de los empleadores y trabajadores”, *Derecho y cambio social*, nº 20, disponible en <http://www.derechoycambiosocial.com/revista020/derechos%20inespecificos%20laborales.htm>.

laboral⁵⁴¹, abandonando, por tanto, la concepción de la persona trabajadora como medio útil del empresario para conseguir sus fines económicos para ser proclamada como titular de derechos en respeto de su dignidad humana⁵⁴².

b) La buena fe como principio limitante de los derechos fundamentales.

Por otra parte, también ha obtenido relevancia en el estudio de los derechos fundamentales la posible atribución como obligación al empresario del respeto del principio de la buena fe contractual⁵⁴³, es decir, atribuir a la buena fe la responsabilidad de incidir también en garantizar el disfrute y respeto de los derechos fundamentales inespecíficos laborales.

La buena fe viene recogida en el art. 5 a) del ET como un deber básico del trabajador en cuanto a cumplir sus obligaciones en el puesto de trabajo. Otra mención a la buena fe se recoge en el art. 20.2 del ET, dirección y control de la actividad laboral, a fin de que ambas partes (personas trabajadoras y empresario) en sus prestaciones recíprocas respeten este principio. Este hecho lo constató el TC en la STC 90/1999, de 26 de mayo al considerar que la buena fe contractualmente exigible no puede ser entendida en términos unilaterales, de tal forma que, tan vinculado a ella debe ser la conducta de la persona trabajadora en el cumplimiento de sus funciones, como la de la empresa en el de las suyas⁵⁴⁴.

⁵⁴¹ ORTIZ LALLANA, C. (1998). “Derechos fundamentales y relación laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 13, p. 20.

⁵⁴² RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. (2003). *La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, en *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección General de Publicaciones, p. 539.

⁵⁴³ RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (1984). “La transformación del ordenamiento jurídico laboral y la relación individual de trabajo”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 1, p. 61.

⁵⁴⁴ Recurso de amparo nº 3719/1995 (Aranzadi JUR\ RTC 1999\90). En relación con esta doctrina del TC sobre la buena fe como principio que afecta de forma bilateral en las relaciones laborales, MOLINA NAVARRETE achaca al TC que “en el fondo, los matices que exige la buena fe en la relación de trabajo continúan corriendo fundamentalmente a cuenta del trabajador, que parece ser, en el plano de las consecuencias jurídicas efectivas, el único realmente afectado por las especiales cargas impuestas por este deber de conducta en la relación de trabajo”. Critica que la doctrina asentada por el TC se caracteriza por una “vaga limitación de su contenido” que impide determinar “el alcance modalizador que este deber puede tener para el empresario al objeto de permitir y colaborar activamente en la realización de los intereses privativos del trabajador”. *Vid.*, en MOLINA NAVARRETE, C. (1992). “Hacia una revisión constitucional de la función de la buena fe contractual en las relaciones jurídico-laborales”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1, p. 344.

Respecto a su génesis, MOLINA NAVARRETE indica que “la buena fe, en cuanto propia regla o norma de comportamiento, no remite a modelos o estándares concretos o de tipo real, sino a modelos abstractos o tipos ideales de cómo la persona debe conducirse en su actuar. No constituye un ser, sino un deber ser⁵⁴⁵”. Por otro lado, realiza el principio de la buena fe en un sistema como las relaciones laborales en la que se derivan derechos y deberes recíprocos entre ambas partes del contrato de trabajo, constituyendo así un “instrumento técnico-jurídico de efectos obligacionales a través de la realización en términos jurídicos de los valores sociales constitucionalmente positivizados”, tales como la solidaridad social *ex art. 9.2 CE* y el libre desarrollo de la personalidad *ex art. 10.1 CE*⁵⁴⁶.

En un amplio sector de la doctrina laboralista se han mostrado contrarios a aceptar esta supremacía del principio de la buena fe ya que constituye un principio de carácter infraconstitucional, por lo que no podría imponer límites a los derechos fundamentales de las personas trabajadoras que gozan de un rango constitucional y de protección reforzada⁵⁴⁷. En contraposición, quienes sí consideran que el principio de la buena fe actúa como límite de los derechos fundamentales las personas trabajadoras⁵⁴⁸, basan su discurso en que es un principio constitucional implícito, un elemento indispensable del contrato de trabajo⁵⁴⁹.

En aras de encontrar fundamento constitucional a la buena fe como poder limitante de derechos fundamentales⁵⁵⁰, el TC en su sentencia 126/2003, de 30 de junio⁵⁵¹, destacó que la relación contractual laboral genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que modula el ejercicio de los derechos fundamentales, de manera que

⁵⁴⁵ *Ibidem*, p. 348.

⁵⁴⁶ *Ibidem*.

⁵⁴⁷ NARANJO DE LA CRUZ, R. (2000). *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones particulares, la buena fe*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, pp. 323 y ss.

⁵⁴⁸ MONTOYA MELGAR, A. (2000). *La buena fe en el Derecho del Trabajo*. Editorial Tecnos, Madrid, pp. 86 y ss.

⁵⁴⁹ CASAS BAAMONDE M^a. E. (2004). “La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1, p. 153.

⁵⁵⁰ MARTÍN VALVERDE, A. (1999). “Contrato de trabajo y derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Social*, nº 6, p. 20.

⁵⁵¹ Recurso de amparo nº 5122/1998 (Aranzadi JUR\ RTC 2003\126).

manifestaciones de los mismos que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen porque serlo necesariamente dentro del ámbito de esa relación contractual, dado que todo derecho ha de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe⁵⁵². De este modo, no debe entenderse que exista un “deber genérico de lealtad con un significado omnicomprendivo de sujeción de las personas trabajadoras al interés empresarial puesto que no sería acorde con el sistema constitucional de relaciones laborales”⁵⁵³.

Por otro lado, el TC también ha reiterado que los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo supone que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos⁵⁵⁴. Todo ello, siempre y cuando, se observe desde la prevalencia de tales derechos su limitación por parte de las facultades empresariales puesto que sólo puede derivar del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho⁵⁵⁵.

Pero, además, la jurisprudencia constitucional ha mantenido, como no podía ser de otro modo, que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales lesivos de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras⁵⁵⁶, ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél⁵⁵⁷.

⁵⁵² Recurso de amparo nº 3507/1993 (Aranzadi JUR\ RTC 1996\106), fundamento jurídico quinto. Recurso de amparo nº 2324/1994 (Aranzadi JUR\ RTC 1998\1), fundamento jurídico tercero. Recurso de amparo nº 3719/1995 (Aranzadi JUR\ RTC 1999\90), fundamento jurídico tercero.

⁵⁵³ Recurso de amparo nº 1078/1994 (Aranzadi JUR\ RTC 1996\186), fundamento jurídico tercero. Recurso de amparo nº 348/1996 (Aranzadi JUR\ RTC 1997\204), fundamento jurídico segundo. Recurso de amparo nº 2159/1995 (Aranzadi JUR\ RTC 1998\197), fundamento jurídico segundo. Recurso de amparo nº 3975/1995 (Aranzadi JUR\ RTC 1999\241), fundamento jurídico cuarto.

⁵⁵⁴ Recurso de amparo nº 2410/1990 (Aranzadi JUR\ RTC 1993\292), fundamento jurídico cuarto.

⁵⁵⁵ Recurso de amparo nº 797/1990 (Aranzadi JUR\ RTC 1994\1990), fundamento jurídico séptimo. Recurso de amparo nº 3208/1993 (Aranzadi JUR\ RTC 1995\6), fundamento jurídico tercero. Recurso de amparo nº 1793/1994 (Aranzadi JUR\ RTC 1996\136), fundamento jurídico séptimo.

⁵⁵⁶ Entre otras, Recurso de amparo nº 695/1983 (Aranzadi JUR\ RTC 1984\94). Recurso de amparo nº 479/1987 (Aranzadi JUR\ RTC 1989\171). Recurso de amparo nº 301/1989 (Aranzadi JUR\ RTC 1992\123). Recurso de amparo nº 1830/1991 (Aranzadi JUR\ RTC 1994\134). Recurso de amparo nº 18/1992 (Aranzadi JUR\ RTC 1994\173).

⁵⁵⁷ Recurso de amparo nº 192/1980 (Aranzadi JUR\ RTC 1981\11).

La buena fe por tanto, sobre la base del argumento jurídico de la doctrina constitucional señalada al respecto, actúa con doble poder. Por un lado, como límite respecto a las facultades de control del empresario, quien deberá respetar y permitir el ejercicio de tales derechos. Por otro lado, desde la perspectiva del empresario a este respecto el TC ha llevado a cabo un majestuoso ejercicio de argumentación y justificación de los requisitos que deberá cumplir una medida restrictiva de derechos fundamentales, en este caso, en un contexto eminentemente laboral⁵⁵⁸. Ello debido a que, como declara el TC, “la vigencia de los derechos fundamentales puede resultar singularmente apremiante en el ámbito laboral, en el que la desigual distribución de poder social entre trabajador y empresario y la distinta posición que éstos ocupan en las relaciones laborales elevan en cierto modo el riesgo de eventuales menoscabos de los derechos fundamentales del trabajador⁵⁵⁹”.

Una vez finalizado el análisis de los derechos fundamentales inespecíficos de las personas trabajadoras es preciso señalar, como se ha reiterado anteriormente, que en la relación laboral interviene otra parte, el empresario, que también dispone de una serie de derechos o facultades constitucionalmente reconocidas y que pueden confrontar con los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. Por tales motivos, se propone a continuación examinar las facultades directivas y organizativas que dispone el empresario a fin de interpretar la protección constitucional que se le otorga y poner de relieve la convivencia deseada con los derechos fundamentales de las personas trabajadoras.

1.3. El poder de dirección y organización del empresario: contenido, manifestación y alcance.

Del tratamiento dispensado en los epígrafes anteriores se ha podido llegar a la conclusión de que durante la relación laboral se antoja necesario velar por el equilibrio entre los derechos y obligaciones entre ambas partes. Por un lado, la persona trabajadora como titular de derechos constitucionales inespecíficos y titular de derechos específicos del ámbito del trabajo. Y, por otro lado, el empresario que también ostenta la titularidad

⁵⁵⁸ Vid. un estudio en profundidad al respecto en GUTIÉRREZ PÉREZ, M. (2011). *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, ob. cit, pp. 208-236.

⁵⁵⁹ Recurso de amparo nº 987/1987 (Aranzadi JUR\ RTC 1989\129).

de derechos constitucionales y ve reforzada su posición en la relación laboral a raíz del art. 20.3 ET.

De este modo, y tomando como punto de partida el art. 1 del ET en el que se establece las notas de laboralidad, las personas trabajadoras se insertan en “el ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”. Ello viene a significar que, a partir de este momento y fruto del contrato de trabajo, es necesario observar un conjunto de derechos y obligaciones recíprocas para ambas partes, y que de hecho, las facultades directivas y de control de la actividad laboral atribuidas por el art. 20.3 ET al empresario no son ilimitadas⁵⁶⁰.

El poder de dirección y organización del empresario reconocido en el art. 20.3 ET como aquella facultar “adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad”, encuentra anclaje constitucional tanto en el art. 33 CE que reconoce la propiedad privada pero, principalmente, a través del art. 38 CE que consagra la libertad de empresa a la que se prestará especial atención a continuación.

El derecho a la libertad de empresa, *ex* art. 38 CE, se encuentra reconocido en la Sección 2º del Capítulo II del Título I, “De los derechos y deberes fundamentales”, por lo tanto, constituye un derecho fundamental subjetivo. La ambigüedad del precepto es palpable respecto a la concreción del contenido de la libertad de empresa. En este sentido, y en aras de superar esta dificultad MONTOYA MELGAR expresa que la libertad de empresa reconoce “un espacio irreductible de autonomía de organización al empresario, lo que hace de la empresa privada un instituto garantizado constitucionalmente⁵⁶¹”.

⁵⁶⁰ Destaca MIÑARRO YANINI que el empresario dispone de amplias posibilidades para interferir en el ámbito privado y que dada la redacción del art. 20.3 ET puede darse a entender que “prácticamente otorga carta blanca a los empresarios para aplicar medidas de control y vigilancia sobre los trabajadores, marcando un clarísimo desequilibrio en el que se materializa la victoria absoluta de la ley del más fuerte”. Este hecho lo enlaza y justifica con que “ningún instrumento jurídico laboral ha introducido pautas para equilibrar los intereses y derechos de sendas partes de la relación, propiciándose el mantenimiento de los criterios prácticos obsoletos y desprotectores o, cuanto menos, inseguros para el trabajador”. Argumentos que han sido desarrollados en el texto principal a fin de plasmar esta problemática aquí suscitada. *Vid.*, en MIÑARRO YANINI, M. (2018). “Impacto del reglamento de protección de datos en las relaciones laborales: un -pretendido- cambio cultural”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 423, p. 8.

⁵⁶¹ MONTOYA MELGAR, A. (2011). Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., GONZÁLEZ DÍAZ, F. A. *Libertad de empresa y*

En cuanto a la titularidad de este derecho, le corresponde al empresario, es decir, “la persona física o jurídica que profesionalmente y en nombre propio ejercita la actividad de organizar los elementos precisos para la producción de bienes o servicios para el mercado⁵⁶²”. Y el objeto es la empresa, entendida como “grupo social de finalidad económica⁵⁶³” o como “organización cuyos objetivos prioritarios son de carácter económico así como la actividad principal que realiza⁵⁶⁴”. Como puede apreciarse, puede entrelazarse el concepto de empresario, empresa y la actividad que desarrolla como la externalización de la imagen de la empresa y se caracteriza por ser una actividad económica, profesional, organizada, desarrollada en nombre propio y cuya finalidad es ofrecer bienes y servicios al mercado⁵⁶⁵.

En primer lugar, en referencia a la faceta estrictamente económica, este derecho no comprende la posibilidad de iniciar cualquier tipo de empresa, puesto que, como ha reconocido la STC 225/1993, de 8 de julio, sólo reconoce el derecho “de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial”. De este modo, y llevando a cabo una interpretación más amplia del contenido de este derecho, la CE dispone “el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado⁵⁶⁶”.

poder de dirección del empresario en las relaciones laborales: estudios ofrecidos al profesor Alfredo Montoya Melgar, Navarra, Aranzadi, pp. 24-25.

⁵⁶² CIDONCHA, A. (2006). *La libertad de empresa*, Navarra, Thomson-Civitas, p. 196.

⁵⁶³ NÓBILE, J. (1964). “Concepto actual de empresa”, *Revista de Economía y Estadística*, vol. 8, nº1, pp. 35.

⁵⁶⁴ HERNANGÓMEZ BARAHONA, J. J. (1988). “La empresa como organización: una propuesta de delimitación de su concepto”, *Anuario de estudios económicos y empresariales*, nº 3, p. 237.

⁵⁶⁵ En confrontación con esta tesis, AZNAR LÓPEZ sostiene que la libertad de empresa no se vincula en exclusiva a fines eminentemente económicos pudiendo ampliarse a entidades sociales como fundaciones o asociaciones con fines sin ánimo de lucro. A tal efecto, manifiesta que el concepto de lucro “no es consustancial a la empresa, pues ésta no es otra cosa que una organización de elementos personales y materiales dedicados a producir o transformar bienes y prestar servicios”. *Vid.*, en AZNAR LÓPEZ, M. (2000). “Libertad de empresa y otros fundamentos constitucionales de la acción voluntaria”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 9, p. 125.

⁵⁶⁶ Recurso de Inconstitucionalidad nº 418/1987 y 421/1987, 1902/1991 y 1904/1991. (Aranzadi JUR\ RTC 1993\225). Fundamento jurídico tercero, párrafo séptimo.

En segundo lugar, concretamente respecto a los aspectos laborales, CIDONCHA sostiene que es posible diferenciar una doble proyección respecto a la capacidad de decisión que implica el derecho a la libertad de empresa⁵⁶⁷. *Ad extra* en cuanto a que la libertad de empresa supone también la libertad de selección o contratación de las personas trabajadoras. No obstante, debe precisarse que todas estas facultades proyectadas *ad extra* conlleva que “no puede deducirse de esa libertad de empresa ni una absoluta libertad contractual, ni tampoco un principio de libertad *ad nutum* de despido, dada la necesaria concordancia que debe establecerse entre los arts. 35.1 y 38 CE y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho”. Y, *ad intra*, como manifestación directa de la autonomía de organización y control del empresario, es decir, la capacidad de decisión sobre el modo de estructurar internamente su negocio. Así mismo, también se proyecta como manifestación del poder de dirección empresarial que implica varias cuestiones. Por un lado, porque el empresario puede “libremente disponer la retribución del trabajador respetando los mínimos legales o convencionales”. Y, por otro lado, porque también se le reconoce al empresario un poder disciplinario intrínsecamente relacionado con el poder de despido, con naturaleza punitiva que le otorga una superioridad palmaria al momento de aplicar sanciones disciplinarias a las personas trabajadoras.

Efectivamente y como señala VALDÉS DAL-RÉ “el reconocimiento constitucional del derecho a la libertad de empresa brinda la oportunidad para la configuración unitaria del poder de dirección, entendiéndose por tal el conjunto de facultades que definen la posición del empresario en la relación laboral⁵⁶⁸”. De ahí que, como pudo adelantarse, se incluyese en la norma específicamente laboral un reconocimiento a esta facultad de organización y dirección, *ex art. 20.3 ET*. Encuentra acomodo esta afirmación en cuanto a que, tomando como soporte el contrato de trabajo, las personas trabajadoras al insertarse en una relación laboral bajo los criterios de ajenidad, dependencia, y subordinación *ex art. 1.1 ET* de otra persona, se le atribuye correlativamente el deber de cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas *ex art. 5 c) ET*.

Sin embargo, se plantea una dificultad respecto a la determinación del contenido de este poder de dirección y control reconocido al empresario *ex art. 20.3 ET* así como

⁵⁶⁷ CIDONCHA, A. (2006). *La libertad de empresa, ob. cit.*, pp. 267-270.

⁵⁶⁸ VALDÉS DAL-RÉ, F. (1990). “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1, p. 280.

con los límites a los que se enfrenta. A fin de superar esta incertidumbre, respecto al contenido del poder de dirección y control del empresario, DE LA VILLA GIL plantea que “el legislador ha reconocido al empleador el poder de dirección para hacer posible el funcionamiento de la empresa de la que es titular, y la dirección de la empresa incluye las siete grandes facultades o funciones directivas comprendidas en el célebre acrónimo anglosajón *POSDCORB*, es decir, facultades para programar, organizar, dirigir el personal, decidir, coordinar, controlar y presupuestar”. Y, respecto a la segunda, es decir, los límites a los que se enfrenta el poder de dirección y control, manifestó que “ninguna de ellas es de naturaleza normativa, sino ejecutiva, por lo que no pueden ser ejercitadas ni *contra legem*, ni *contra pactum*, ni siquiera *contra consuetudinem*⁵⁶⁹”.

Tras lo anterior, es evidente que en una relación laboral forman parte las personas trabajadoras como titulares de derechos laborales específicos y derechos laborales inespecíficos y, el empresario, como titular de derechos constitucionalmente reconocidos *ex art. 33 y 38 CE*. Por lo que, en definitiva, para garantizar el cumplimiento de los derechos y obligaciones de las partes que surgen a raíz del contrato de trabajo y en el caso de que el empresario pudiera limitar derechos fundamentales de las personas trabajadoras, deberá ser bastante escrupuloso en aras de observar serios requisitos para evitar su vulneración. Dicho lo anterior, la supuesta limitación de derechos fundamentales a la persona trabajadora requerirá la modulación o interpretación debida para alcanzar el propósito empresarial.

A tal respecto, la STC 99/1994⁵⁷⁰ manifestó que “no puede desconocerse tampoco que la inserción en la organización ajena modula aquellos derechos, en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental (arts. 38 y 33 CE)”. Sin embargo y al igual que los derechos fundamentales inespecíficos este poder del empresario no es absoluto ya que como indicó el TC en su sentencia 90/1997⁵⁷¹ “los poderes empresariales, se encuentran limitados en su ejercicio no sólo por las normas legales o convencionales que los regulan,

⁵⁶⁹ DE LA VILLA GIL, L. E. (2008). “Acerca de la responsabilidad social corporativa: algunas consideraciones críticas desde la perspectiva de las relaciones laborales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 16, p. 3.

⁵⁷⁰ Recurso de amparo nº 797/1990 (Aranzadi JUR\ RTC 1994\99).

⁵⁷¹ Recurso de amparo nº 3309/1994 (Aranzadi JUR\ RTC 1997\90).

sino también por los derechos fundamentales del trabajador, constituyendo un resultado prohibido el de su utilización lesiva de aquéllos”.

En definitiva, el ejercicio del poder de organización y dirección del empresario conlleva un ejercicio de adaptación o flexibilización en aras de alcanzar un justo equilibrio entre los intereses legítimos que pretende alcanzar y el respeto de los derechos fundamentales de la persona trabajadora.

El TC ha llevado a cabo un majestuoso ejercicio de argumentación y justificación de los requisitos que deberá cumplir una medida restrictiva de derechos fundamentales, en este caso, en un contexto eminentemente laboral y que pasa ser objeto de estudio a continuación⁵⁷².

a) El principio de indispensabilidad o necesidad.

Iniciando el estudio de los parámetros que debe observar el empresario al momento de adoptar o implementar una medida que pudiera significar una limitación de derechos fundamentales de las personas trabajadoras no es otro que su carácter como indispensable. El fin primordial de este principio es que el empresario “medite” la estricta necesidad de adoptar una decisión que afecte a derechos fundamentales. A este respecto, recuerda la STC 186/1996⁵⁷³ que para alcanzar el ansiado “ejercicio de equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato (..) y dada la posición preeminente de los derechos fundamentales, esa modulación sólo se producirá en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva”

Por lo tanto, al momento de justificar la medida y en el legítimo ejercicio de su poder de dirección y control *ex art. 20.3 ET* el empresario debe argumentar motivos de peso para implementar una medida restrictiva de derechos fundamentales. Piénsese, por ejemplo, y lejos de adelantar el estudio que se llevará a cabo en los capítulos siguientes, cuando se colocan sistemas de videovigilancia con o sin escucha o control por geolocalización, entre otras.

Precisamente, la STC 20/2002⁵⁷⁴ dejó de manifiesto que “la modulación que el contrato de trabajo puede producir en su ejercicio ha de ser la estrictamente

⁵⁷² Vid. un estudio en profundidad al respecto en GUTIÉRREZ PÉREZ, M. (2011). *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, *ob. cit.*, pp. 208-236.

⁵⁷³ Recurso de amparo nº 1078/1994 (Aranzadi JUR\ RTC 1996\186).

⁵⁷⁴ Recurso de amparo nº 4342/1998 (Aranzadi JUR\ RTC 2002\20).

imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales, y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin”. Por lo que deberá ser una medida objetiva como respuesta a una situación que justifica la restricción o limitación de derechos fundamentales.

b) El principio de proporcionalidad.

La evolución jurisprudencial del TC en cuanto a la aplicación del principio de proporcionalidad ya determinó que los derechos fundamentales no son absolutos pudiendo ser objeto de limitación más allá de los que impone la propia la CE. Puede comprobarse en la STC 11/1981⁵⁷⁵, fundamento jurídico séptimo, aclarando que no puede aceptarse la tesis (...) de que los derechos reconocidos o consagrados por la Constitución sólo pueden quedar acotados en virtud de límites de la propia Constitución o por la necesaria acomodación con el ejercicio de otros derechos reconocidos y declarados igualmente por la norma fundamental.

Sin embargo, una conclusión como ésta es demasiado rígida y carece de fundamento en una interpretación sistemática en la Constitución y en el Derecho constitucional, sobre todo si al hablar de límites derivados de la Constitución, esta expresión se entiende como derivación directa. La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones⁵⁷⁶ y, en otras ocasiones, el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos⁵⁷⁷.

Asimismo, ha sido el propio TC en la sentencia 85/1992, de 8 de junio⁵⁷⁸, el que ha sostenido que el principio de proporcionalidad es un principio inherente del Estado de Derecho con especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones. Por otro lado, la STC 50/1995, de 23 de febrero⁵⁷⁹

⁵⁷⁵ Recurso de amparo nº 192/1980 (Aranzadi JUR\ RTC 1981\11).

⁵⁷⁶ VICEDO CAÑADA, L. VIDAL VIDAL, J. (2012). “Límites a los Derechos Fundamentales del Trabajador: intimidad y dignidad. STSJ País Vasco 17 abril 2012 (AS 2012, 1676), *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 55, p. 5.

⁵⁷⁷ BEJARANO HERNÁNDEZ, A. (2010). “Irrenunciabilidad del poder de dirección del empresario y límites convencionales al mismo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 147, p. 7.

⁵⁷⁸ Recurso de amparo nº 1105/1989 (Aranzadi JUR\ RTC 1992\85).

⁵⁷⁹ Recurso de amparo nº 709/1991 (Aranzadi JUR\ RTC 1995\50).

constituye un principio inherente al principio de justicia, previsto en el art. 1.1. CE, y muy cercano al de igualdad en la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos *ex art. 9 CE*. En este ejercicio de proporcionalidad, por tanto, deben adoptarse medidas restrictivas de los derechos fundamentales que han de reducirse al mínimo indispensable, adoptando en su ejecución las cautelas imprescindibles al efecto.

En la relación laboral la persona trabajadora es titular de unos derechos constitucionalmente reconocidos en el Capítulo II del Título I de la CE⁵⁸⁰. Y, de otra parte, el empresario como titular de varios derechos *ex art. 33 y 38 CE*, (libertad de empresa, libertad económica, derecho de propiedad) que tienen amparo constitucional⁵⁸¹. Al momento de llevar a cabo la medida restrictiva, los derechos fundamentales de las personas trabajadoras deben verse limitado en forma estrictamente proporcional y limitada, por la satisfacción de intereses, fines o posiciones directivas del empresario⁵⁸². Para justificar la aplicación de una medida restrictiva de un derecho fundamental en el ámbito laboral por imponerse otro interés de amparo constitucional, debe llevarse a cabo la valoración sobre la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de esta⁵⁸³.

En primer lugar, el juicio de idoneidad. Para poder comprobar la utilidad o idoneidad en una medida que es restrictiva o limitativa de un derecho fundamental de las personas trabajadoras aplicada por el empresario, este debe justificar que la acción llevada a cabo es apta para la consecución del fin perseguido. En este sentido, al realizar el juicio de adecuación, la medida a aplicar debe resultar adecuada e idónea respecto al fin que se pretende alcanzar⁵⁸⁴.

En segundo lugar, el juicio de necesidad. Comprobada la idoneidad, es decir, de dejar constancia de la relación causa-efecto de la medida aplicada con el fin alcanzado se

⁵⁸⁰ PEDRAJAS, A. (2000). “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y los poderes empresariales: la Constitución como marco y límite de su ejercicio”, *Revista de Actualidad Laboral*, nº 1, p. 53.

⁵⁸¹ VALDÉS DAL-RE, F. (2012). “Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 2, p. 97.

⁵⁸² UGARTE CATALDO, J. (2011). “*La colisión de derechos fundamentales en el contrato de trabajo y el principio de proporcionalidad*”, Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, p 283.

⁵⁸³ ALEXY, R. (2011). “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista española de derecho constitucional*, nº 91, p. 13.

⁵⁸⁴ PERELLO DOMENECH, I. (1997). “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, *Revista Jueces para la democracia*, nº 28, p. 70.

debe centrar en determinar si la injerencia es necesaria. Debe valorarse en cuanto a la aplicación o implantación de la medida, si se ha evaluado una alternativa que fuera menos gravosa, con menor incidencia o minimizando el riesgo de afectación. Siempre que, con la alternativa menos gravosa se pueda satisfacer los intereses perseguidos.

En tercer lugar, el juicio de proporcionalidad. Valorados los dos requisitos anteriores, en último lugar, ha de comprobarse si existe el ansiado equilibrio entre las ventajas (intereses del empresario) y los perjuicios (causados a las personas trabajadoras por la limitación de sus derechos fundamentales).

En consecuencia, con lo anterior, el principio de proporcionalidad está integrado por el denominado test previo que conlleva la realización del juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. La ventaja de aplicar esta medida es que otorga soluciones jurídicas que se ajustan al caso en concreto, sin prejuzgar situaciones futuras sobre los mismos derechos intereses en conflicto. Y, precisamente, lo auténticamente peculiar es que el juicio de proporcionalidad permite decidir este tipo de conflictos sin necesidad de establecer jerarquías de ningún tipo sobre los derechos, intereses o valores involucrados, sin fijar condiciones absolutas⁵⁸⁵ y, por lo tanto, más justas para ambas partes.

c) Principio de Justificación o idoneidad.

Finalizando el estudio de los principios de observancia en la limitación de derechos fundamentales y de forma conjunta con los principios de indispensabilidad y proporcionalidad se encuentra el principio de justificación. En sintonía, y en la misma línea con este principio, se puso de manifiesto la observancia de la objetividad de la medida cuando se abordó el principio de indispensabilidad, y ello supone que el empresario no interprete el art. 20.3 ET abiertamente y sin límite alguno.

En este sentido, la STC 129/1989⁵⁸⁶ deja patente en el fundamento jurídico cuarto que “la vigencia de los derechos fundamentales puede resultar singularmente apremiante en el ámbito laboral, en el que la desigual distribución de poder social entre trabajador y empresario y la distinta posición que éstos ocupan en las relaciones laborales elevan en

⁵⁸⁵ ROCA TRÍAS, E. AHUMADA RUIZ, M^a. A. (2013). *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española*, en XV Conferencia Trilateral 24-27 de octubre 2013 Roma, págs. 2-3.

⁵⁸⁶ Recurso de amparo nº 987/1997 (Aranzadi JUR\ RTC 1989\129).

cierto modo el riesgo de eventuales menoscabos de los derechos fundamentales del trabajador”. Por ello, el TC recuerda nuevamente que, en ni ningún caso se admite para quienes presten servicios “en organizaciones empresariales por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares de la realización por estos últimos de despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional”. De tal manera, se infiere que sin lugar a duda el art. 20.3 ET refuerza derechos constitucionales que le asisten al empresario, arts. 33 y 38 CE, pero en ningún momento supone una actuación sin límites puesto que esta aseveración podría llevar a adoptar medidas sin una finalidad objetiva “distinta de la simple y llana conveniencia empresarial, sin que pueda darse vía libre a una voluntad arbitraria o caprichosa”⁵⁸⁷.

Precisamente y fruto de la incorporación de las TIC a las relaciones laborales, los poderes del empresario en cuanto a control y supervisión se han visto reforzado. Esta situación ha llevado a que surjan numerosos conflictos por incidir en los derechos fundamentales inespecíficos de las personas trabajadoras⁵⁸⁸. Aumentos de poder del empresario en cuanto, por ejemplo, a la videovigilancia o la geolocalización como medidas de seguimiento y cumplimiento de las tareas que realiza la persona trabajadora⁵⁸⁹ y que será objeto de estudio en la Tercera Parte de la presente tesis.

⁵⁸⁷ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. SEMPERE NAVARRO, A. V. (2003). *Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva*, ob. cit, p. 26.

⁵⁸⁸ SALA SÁNCHEZ, T. (1999). *El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral*, Trabajo y Libertades públicas, Madrid, Editorial La Ley, p. 205.

⁵⁸⁹ GOÑI SEIN, J.L. (2014). *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?*, en XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona, España, p. 28.

2. La configuración del derecho a la protección de datos como derecho fundamental autónomo.

El derecho a la protección de datos como bien se mostrará a continuación no se encuentra específicamente concretado en el catálogo de derechos fundamentales del Título I de la CE. Es cierto que encuentra anclaje en la carta magna a través del art. 18.4 CE, en virtud del cual el legislador previó una obligación de desarrollar mediante ley el uso de la informática para garantizar la indemnidad de los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar. Si se retoma el ejemplo alemán, en este territorio tampoco se encuentra reconocido específicamente un derecho a la protección de datos en su Constitución. De este modo, el encargado de definir y perfilar su naturaleza fue el Tribunal Constitucional Alemán. Es, por tanto, la sentencia de 1983 un hito histórico porque marcaría un antes y un después en la aparición de un nuevo derecho fundamental: el derecho a la autodeterminación informativa, el derecho a la informática, o el más común, el derecho a la protección de datos personales.

Tras lo cual, se puede constatar que tanto la labor de desarrollo como la de culminar el contenido íntegro de este derecho correspondió al alto tribunal constitucional alemán, garante de la interpretación de la norma fundamental. Trasladando esta experiencia internacional, se pretende comprobar si en cierto modo, este hecho se ha virtualizado en nuestro ordenamiento jurídico, es decir, por el TC, máxime intérprete de la CE y, por tanto, de los derechos catalogados en la Sección I, del Capítulo II del Título I, “De los derechos y deberes fundamentales”. Pero ¿de verdad le corresponde esta función al TC de interpretar y crear jurisdiccionalmente nuevos derechos fundamentales? Por lo pronto, pasa a ser objeto de examen en este apartado en el que se intentará ir desvelando cuanta de cierta puede llegar a ser esta cuestión.

La figura del TC se encuentra regulada específicamente en el Título IX de la CE, entre los arts. 159-165. En una aproximación a su composición, está integrado por 12 miembros, que deberán ser elegidos conforme al procedimiento establecido en el art. 159 CE. Pero, concretamente en el art. 165 el legislador hace un llamamiento a la regulación por ley orgánica: de su régimen de funcionamiento, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de acciones. Por lo pronto, el estudio de la figura jurisdiccional que representa el TC es remitida a la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC)⁵⁹⁰.

⁵⁹⁰ BOE nº 239, de 5 de octubre de 1979.

De este modo, analizando el contenido de la ley, la primera declaración relevante se encuentra en el art. 1 que dispone lo que se venía adelantando: “el Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica”. En definitiva, de su lectura se puede comprobar que se encuentra en equilibrio constitucional con el art. 117 CE, que determina los caracteres del poder judicial. Entonces, la justicia será impartida en nuestro territorio por jueces y magistrados que integran el poder judicial, en base a la independencia, inamovilidad, responsabilidad y único sometimiento al imperio de la ley.

En segundo lugar, respecto a las competencias que asume el TC, el art. 2 determina entre otras:

- a) Del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad. De forma sucinta, respecto al primero se encuentra regulado en los arts. 31-34. Este recurso puede interponerse respecto a las leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley una vez y hayan sido publicados en el BOE. En cuanto a la legitimación para interponer el recurso, el art. 32 LOTC establece una legitimidad amplia ya que prevé al respecto que puede interponerse por: el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados y 50 senadores. Mediante este denominado “silogismo de la constitucionalidad⁵⁹¹”, el TC debe asegurarse de que la norma cuestionada cuestiona o no, el respeto de la norma fundamental, es decir, nuestra carta magna⁵⁹². Respecto al plazo para su interposición, el art. 33 LOTC determina que el plazo es de 3 meses a contar desde la publicación de la ley, disposición o acto con fuerza de ley que pretende ser impugnada. Sin embargo, en el art. 33.2 LOTC este plazo se amplía a 9 meses cuando tanto el Presidente del Gobierno como los órganos colegiados de las CCAA siempre y cuando con la finalidad de evitar su interposición hayan respetado un cauce procesal previo. Primero, recurrir a la Comisión Bilateral de Cooperación entre Administración General del Estado

⁵⁹¹ RODRÍGUEZ-ZAPATA, J. (2018). *Teoría y práctica del derecho constitucional: Estado, Constitución, fuentes del Derecho según la realidad de la Unión Europea; contenido y garantías de los derechos fundamentales, Institucionales básicas, Comunidades Autónomas*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, p. 323.

⁵⁹² Para FERNÁNDEZ-VILLAVERDE la declaración de vinculación de los preceptos constitucionales del art. 9.1 CE carecería de sentido si no se articulase los instrumentos necesarios para hacer efectiva esta imperiosa obligación. Es por lo que el control de constitucionalidad marca la referencia de la construcción de un nuevo concepto de Estado en el que los derechos fundamentales van a ocupar un protagonismo superior a las etapas anteriores. FERNÁNDEZ-VILLAVERDE, L. (1981). *La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento español*, Madrid, Editorial Montecorvo, p. 150.

y la respectiva CCAA para alcanzar un acuerdo de negociación con el fin de superar las discrepancias suscitadas. Segundo, poner en conocimiento del TC dicho acuerdo además de publicarse indistintamente en el BOE y el Diario Oficial de la CCAA.

Mientras que la cuestión de inconstitucionalidad el procedimiento es desde la vía judicial interna. Es decir, es un procedimiento de control “incidental, prejudicial e indirecto⁵⁹³”. En este caso, el art. 35 LOTC determina que esta cuestión de inconstitucional debe ser alegada por el juez o tribunal, quien de oficio a instancia de parte, entiende que la ley aplicable al caso pudiera adolecer de incongruencia constitucional. Por lo que, al depender de la cuestionada ley el fallo del procedimiento, puede generar un perjuicio contrario a las garantías del procedimiento judicial-constitucional. De este modo, y pese a lo que pudiera imaginarse, la cuestión es planteada a *posteriori*, es decir, una vez concluso el procedimiento pero, eso sí, dentro del plazo para dictar la sentencia o resolución jurisdiccional correspondiente. Así, el juez o tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad deberá, *ex art. 35.2 LOTC* especificar el precepto que adolece de falta de adecuación a los preceptos constitucionales y la importancia asignada en el fondo del proceso. Como principal consecuencia, el procedimiento quedará en suspenso hasta que, *ex art. 35.3 LOTC*, el TC se pronuncie y resuelva lo que corresponda al respecto.

- b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades públicos relacionados en el art. 53.2 CE. Por otro lado, respecto al recurso de amparo, en correspondencia con la CE, está orientado a la protección de los derechos y libertades reconocidos en los arts. 14 a 29 CE, incluyendo además en el mismo espacio de protección a la objeción de conciencia prevista en el art. 30 CE, en la Sección II “De los derechos y deberes de los ciudadanos”. Está planteado para proteger, como expresa el art. 41.2 LOTC, las posibles violaciones de derechos y libertades que se han enumerado previamente⁵⁹⁴. Ante las diferentes posibilidades

⁵⁹³ RODRÍGUEZ-ZAPATA, J. (2018). *Teoría y práctica del derecho constitucional: Estado, Constitución, fuentes del Derecho según la realidad de la Unión Europea; contenido y garantías de los derechos fundamentales, Institucionales básicas, Comunidades Autónomas, ob. cit.*, p. 325.

⁵⁹⁴ FERNÁNDEZ FARRERES, G. (1994). *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional: comentarios al Título III de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, p. 24.

de transgresión, bien sea a través de disposiciones, actos jurídicos o bien por la omisión o vía de hecho por las AAPP como por el personal funcionario o agentes integrante de estas corporaciones públicas. Respecto al plazo de interposición, es una peculiaridad de este recurso determinar tres plazos diferentes en función de la lesión que concurra. En consecuencia, en virtud del art. 42 LOTC a aquellas decisiones o actos sin valor de ley que habiendo sido dictadas por las Cortes o por las Asambleas legislativas de las CCAA o cualquiera de sus órganos, atenten contra los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional se determina un plazo de tres meses. Por otro lado, el art. 43.1 y 2 LOTC, siempre y cuando se haya agotado la vía judicial precedente podrá interponerse el recurso de amparo en el plazo de 20 días siguientes a la notificación del procedimiento previo a este recurso. Por lo tanto, habrá que acudir a la jurisdicción ordinaria para reclamar la disposición, acto jurídico, omisión o simple vía de hecho del Gobierno o de las CCAA, de sus órganos, autoridades, agentes o funcionarios, que pudieran menoscabar los derechos y libertades constitucionales. Y por último, la opción planteada por el art. 44.1 y 2 LOTC en cuanto a los atentados suscitados en los derechos y libertades examinados, atribuidos inexorablemente a un acto u omisión de un órgano judicial⁵⁹⁵. De ahí que sea posible interponer el recurso en el plazo de 30 días desde la notificación de la resolución recaída en la jurisdicción ordinaria. También se establecen diferencias en cuanto a la legitimación para interponer el recurso de amparo. El art. 46 LOTC aplica la siguiente regla: para los casos del art. 42 LOTC están legitimados el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal. Mientras que, para los casos de los arts. 43 y 44 LOTC la legitimación la amplía además de los anteriores a cualquier persona física o

⁵⁹⁵ La LOTC en el art. 44.1 determina como requisito previo el estricto cumplimiento de los siguientes puntos: a) Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial. b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional. c) Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello. A este respecto, ya se pronunció la STC 284/2000, de 27 de noviembre al determinar en su fundamento jurídico segundo que “el respeto a la precedencia temporal de la tutela de los Tribunales ordinarios exige que se apuren las posibilidades que los cauces procesales ofrecen en la vía judicial para la reparación del derecho fundamental que se estima lesionado, de suerte que cuando aquellas vías no han sido recorridas el recurso de amparo resultará inadmisibles”. Estima el TC, que esta formalidad no constituye una exigencia vacía de contenido, sino que en actúa como principio esencial de respeto para garantizar así la denominada subsidiariedad de la que goza este recurso. Recurso de amparo nº 258/1998 (Aranzadi JUR\ RTC 2000\284).

jurídica que por haber sido partícipes en el proceso judicial aleguen un interés legítimo. En definitiva, el recurso de amparo se define como un acceso subsidiario⁵⁹⁶ y extraordinario⁵⁹⁷. Ya que, una vez agotadas las posibilidades en la jurisdicción ordinaria, través del recurso de amparo se intenta alcanzar una respuesta que esclarezca la posible vulneración de los derechos y libertades fundamentales por las partes legitimadas para ello.

De lo anterior, se deriva que es precisamente nuestra carta magna la que determina al menos dos posibilidades de reclamar protección de los derechos y libertades previstas en la Sección I, del Capítulo II del Título I. El art. 53 CE, por su parte, determina un procedimiento de tutela singular para los derechos comprendidos entre el 14 y el 29. Ello conlleva dos consecuencias directas; por un lado, que cualquier persona que entienda que se ha visto injerida en sus derechos y libertades fundamentales podrá reclamar ante la jurisdicción ordinaria⁵⁹⁸; y en segundo lugar, subsidiariamente en caso de no obtener respuesta positiva para sus intereses, los ciudadanos una vez agotada la vía ordinaria podrán solicitar protección ante el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo⁵⁹⁹. Entre sus características, se encuentra regulado bajo un procedimiento especial, preferente y sumario. Quedando, en este sentido, huérfanos de protección especial los artículos contemplados en la Sección II del Título I (arts. 30-38). Y, en suma,

⁵⁹⁶ Sobre este punto, por la vía del art. 42 de la LOTC, el propio TC ha declarado respecto a la subsidiariedad que “la exigencia de haber agotado las instancias internas parlamentarias es, conforme a nuestra jurisprudencia, una exigencia derivada del principio de subsidiariedad y del debido respeto a la autonomía parlamentaria, de tal manera que no cabe recabar el amparo de este Tribunal Constitucional si la lesión pudo ser remediada mediante procedimientos parlamentarios que no se hayan utilizado.” Recurso de amparo nº 5231/2005 (Aranzadi JUR\ RTC 2010\33). Y, así mismo, por la vía del art. 43 LOTC, también ha declarado sobre la subsidiariedad que “el artículo 43.1 de la LOTC lo que exige es que se haya acudido a la vía judicial procedente, de modo que, utilizada y frustrada por haberse negado esta garantía jurisdiccional, queda expedita la vía constitucional. El artículo 43.1 no establece que deba obtenerse una sentencia de fondo; lo que dispone es que el remedio a la violación del derecho fundamental se busque previamente en la vía judicial procedente, y si no se logra -por estimaciones procesales o por consideraciones de fondo-, queda al demandante abierta la protección en sede constitucional”. Recurso de amparo nº 234/1982 (Aranzadi JUR\ RTC 1984\31), fundamento jurídico sexto.

⁵⁹⁷ GARCÍA COUSO, S. (2010). “El nuevo modelo de protección de los derechos fundamentales tras la aprobación de la LO 6/2007: la objetivación del amparo constitucional y la tutela subjetiva de los derechos por la Jurisdicción ordinaria y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,” *Revista europea de derechos fundamentales*, nº 15, p. 139.

⁵⁹⁸ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. VIVER I PI-SUNYER, C. (2006). *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 412.

⁵⁹⁹ GENEROSO HERMOSO, M. F. (1994). *Práctica del recurso de amparo constitucional*, Madrid, Edigener, p. 23.

los derechos previstos en Capítulo III del Título I, (arts. 39-52), a los que no puede considerarse derechos en sí puesto que como su denominación predica están considerados como “principios rectores de la política social y económica”.

Es precisamente esta función y labor jurisprudencial del TC la que se pretende comprobar a lo largo del tiempo respecto de un derecho fundamental concreto, el derecho a la protección de datos personales *ex art. 18.4 CE*. Con la instauración de un Estado social y democrático de derecho, *ex art. 1.1 CE*, la justicia se instaura como un valor superior del ordenamiento jurídico. Pero, se comparte con TORRES DEL MORAL en este sentido que a la jurisdicción constitucional le ha sido atribuida una doble competencia⁶⁰⁰. Por un lado, en la actuación como supervisor jurídico del cumplimiento de los preceptos constitucionales y su correcta aplicación. Como, por otro lado, instrumento de adaptación constitucional a la modernidad de los tiempos, del contexto social, económico y político, constituyendo, por tanto, esta labor de “funcionalidad y legitimidad” una previsión constitucional de garantías del propio sistema democrático *ex art. 9.1 CE*, en aras de alcanzar la protección de los derechos y deberes asignados a los ciudadanos como al poder público.

2.1 La creación jurisprudencial del derecho a la protección de datos: la labor del TC.

Superada la introducción del órgano constitucional al que le corresponde velar por salvaguardia de los derechos fundamentales, se pretende a continuación, poner de relieve la evolución jurisprudencial sufrida por el art. 18.4 CE. Lo que en cierto modo se pretende certificar la figura del TC como máximo intérprete de los derechos fundamentales; concretamente respecto al derecho a la protección frente a los usos de la informática. Así, se hará un repaso histórico-temporal a la labor interpretativa del TC, concretamente con respecto a los siguientes pronunciamientos: STC 110/1984, STC 142/1993, STC 254/1993, STC 11/1998, STC 290/2000 y STC 292/2000. En suma, permitirá demostrar uno de los valores de este operador jurídico al posibilitar una interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con el contexto tecnológico. Facultades

⁶⁰⁰ TORRES DEL MORAL, A. (2004). *Principios de derecho constitucional español, Tomo II: Sistemas de Fuentes. Sistemas de los Derechos*, 5ª ed., Universidad Complutense, Servicio Publicaciones-Facultad de Derecho, p. 353.

asumidas y las cuales realzan aun más su figura por, en definitiva, llevar a cabo un proceso de innovación práctica que da unos aires de modernidad jurídica y constitucional.

En primer lugar y por orden cronológico, la STC 110/1984⁶⁰¹, que fue dictada a raíz del recurso de amparo nº 575/1983 por el que se solicitaba por un lado la anulación de la resolución de 10 de marzo de 1983 de la Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria. Esta resolución autorizaba la investigación de las operaciones activas y pasivas del recurrente en determinadas entidades bancarias y de crédito. Y, por otro lado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de julio de 1983 que reforzó el carácter necesario de dicha resolución. Basó su pretensión en que tanto la resolución de la Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria como la Sentencia del Tribunal Supremo, vulneraron su derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE. A su parecer, dicha resolución no contaba con la habilitación legal suficiente como para llevar a cabo una intromisión en aspectos de la vida profesional, personal y familiar. Por parte del Abogado del Estado se apoyó en la teoría de concepción ilimitada del derecho en cuestión. Conforme a su interpretación, aclaró que la parte recurrente ignoró la teoría de limitación de los derechos fundamentales. En el caso que se analiza encontraba su límite en un “deber constitucional” recogido en el art. 31.1 CE en la obligación de contribuir a los gastos públicos a través del pago de tributos.

Téngase en cuenta que no es siempre fácil “acotar con nitidez el contenido de la intimidad, máxime cuando el avance de la tecnología ha obligado a extender esa protección más allá del aseguramiento del propio domicilio y el respeto a la correspondencia”⁶⁰². El TC interpretó este caso llevando a cabo una reflexión bastante interesante al recordar las primeras connotaciones primarias del derecho a la intimidad y que han sido totalmente superadas por los avances tecnológicos. Advirtiendo, además, que ante estas circunstancias de progreso pueden surgir mayores posibilidades de generarse intromisiones en este espacio íntimo o reservado por cualquier medio.

De acuerdo con lo anterior, el TC puso de relieve hasta qué punto la investigación fiscal podía conocer hechos pertenecientes estrictamente a la esfera de la vida personal y familiar. Pues bien, y a este respecto, en su fundamento cuarto y quinto se apoyó en la teoría asentada por su propia doctrina al recordar que no existen derechos con un

⁶⁰¹ Recurso de amparo nº 575/1983 (Aranzadi JUR\ RTC 1984\110).

⁶⁰² Fundamento Jurídico Tercero, párrafo segundo.

contenido de protección ilimitado, es decir, que todo derecho tiene sus límites. Concreta este punto cuando se refiere a los derechos fundamentales y que nuestra carta magna determina tales límites en algunos casos y en otros se “deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma”⁶⁰³. De esta forma el carácter limitado del derecho encuentra su justificación en la “necesidad de proteger o preservar otros derechos constitucionales así como bienes constitucionalmente protegidos”⁶⁰⁴. Trasladando este razonamiento al caso, parece obvia la operación de investigación financiera en las cuentas corrientes del recurrente en aras de proteger el bien constitucionalmente consagrado en el art. 31.1 CE. Y así lo expone en su fallo el TC ya que estimó que no se había vulnerado el derecho a la intimidad ni de ningún otro derecho fundamental.

En segundo lugar, la STC 142/1993⁶⁰⁵ que versó sobre el recurso de inconstitucionalidad presentado respecto a la Ley 2/1991, de 7 de enero, sobre información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación. Obsérvese que esta sentencia fue dictada diez años después de la que fue expuesta anteriormente y viene a reforzar el criterio asentado por su predecesora. En este conflicto, entre otras cuestiones, los recurrentes sustentaron su argumentación en la inconstitucionalidad del art. 1.1 de Ley 2/1991. La norma en cuestión obligaba a los empresarios a entregar a los representantes legales de los trabajadores, (en adelante, RLT) una “copia básica” de los contratos que debían celebrarse por escrito, de donde se infiere la notoria vulneración del art. 18.1 CE. Superada la tesis asentada y examinada en la STC 110/1984 sobre la extensión al ámbito privado de cierta información económica de las personas, lo que se planteó en este procedimiento fue otro aspecto. Así, se pretendió dar respuesta al interrogante de si existían otros intereses constitucionales protegidos que legitimasen la intromisión en la esfera privada de la persona trabajadora.

El TC, al examinar la temática de este caso, concretó que el objeto principal era si a juicio de los recurrentes, la autorización del art. 1.1 de la Ley 2/1991 era contraria al derecho a la intimidad y familiar *ex art.* 18.1 CE. Y, principalmente por dos razones: la primera porque los RLT acceden a un conjunto de datos integrados en los contratos de trabajo que se integran en la esfera privada y, la segunda, porque también se adentrarían

⁶⁰³ Fundamento jurídico quinto.

⁶⁰⁴ *Vid.*, Fundamento jurídico séptimo en Recurso de amparo nº 192/1980 (Aranzadi JUR\ RTC 11\1981), y Fundamento jurídico quinto en Recurso de amparo nº 41/1981 (Aranzadi JUR\ RTC 1982\2).

⁶⁰⁵ Recurso de amparo nº 190/1991 (Aranzadi JUR\ RTC 1993\142).

a descifrar los aspectos económicos de la vida privada de la persona trabajadora sin la justificación necesaria conforme a las reglas del principio de proporcionalidad.

Entrando en el análisis de la cuestión, el art. 1.1 de la Ley 2/1991 concreta que la copia básica del contrato tenía que contener todos los datos del contrato a excepción de aspectos como a excepción del número del Documento Nacional de Identidad, el domicilio, el estado civil y cualquier otro que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, pudiera afectar a la intimidad personal. Se refiere la norma a “la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela”⁶⁰⁶, prevista en el art. 7.4 de la Ley 1/1982. A este respecto los recurrentes reclamaron que pese a que el precepto impugnado se remitía a la Ley 1/1982 existen ciertos datos que no encuentran protección bajo su regulación, entre ellos, los datos económicos de la persona trabajadora.

El precepto impugnado tenía una finalidad concreta y no era otra que dar respuesta al deber de información que debe el empresario como del cumplimiento *per se* de la normativa vigente en materia laboral. En los mismos términos se prevé en el preámbulo de la LO 1/1982 manifestando que la norma es consecuencia del mandato constitucional previsto en el art. 9.2 CE en cuanto a facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural. Por otro lado, se está potenciando además el derecho de participación de las personas trabajadoras en la empresa, *ex art.* 129.2 CE. Así pues, se ha reforzado la finalidad de la norma que pretende garantizar la participación de los RLT en las tareas de vigilancia respecto al cumplimiento de las normas laborales.

Y ante el posible cuestionamiento de la revelación de los datos económicos, el TC concluyó al respecto “que, por sí solo, el dato de la cuantía retributiva, aparte de indicar la potencialidad de gasto del trabajador, nada permite deducir respecto a las actividades que, sólo o en compañía de su familia, pueda desarrollar en su tiempo libre.” El TC derribando, por tanto, el argumento sobre la posible reconstrucción o divulgación de datos del ámbito privado de la persona trabajadora señaló lo siguiente: “aunque el art. 2 de la Ley 2/1991 no establezca expresamente el deber de secreto de los RLT en la empresa tengan conocimiento de la copia básica, lo cierto es que éste ha de ser deducido forzosamente del último inciso del art. 65.2 del Estatuto de los Trabajadores que establece, con carácter general, la prohibición de que la RLT utilicen la información

⁶⁰⁶ Fundamento jurídico séptimo.

suministrada por la empresa para distintos fines de los que motivaron la entrega"⁶⁰⁷. Así mismo, sin perjuicio de las posibles actuaciones disciplinarias del empresario respecto a actuaciones contrarias al deber de sigilo profesional que corresponde a los RLT, las personas trabajadoras pueden acudir al régimen sancionador previsto en la LO 1/1982 en caso de divulgación injustificadas protegidas bajo el paraguas de la intimidad.

Por lo que volvió a recordar en este sentido el TC que “el derecho a la intimidad personal no queda violado porque se impongan a la persona limitaciones de su libertad, como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, y la eventual limitación del derecho es constitucionalmente legítima siempre que se encuentre suficientemente justificada en la tutela de otros intereses por la Norma Fundamental y no exija sacrificios de aquél que resulten desproporcionados a la finalidad perseguida”⁶⁰⁸. A este respecto, la norma en cuestión en su propio preámbulo previó la necesidad de conjugar el derecho de información con la salvaguardia de otros derechos, especialmente el derecho a la intimidad. Por lo cual terminó por concluir que el art. 1.1 de la Ley 2/1991 no era contrario al art. 18.1 CE en consideración de los razonamientos expuestos.

En tercer lugar, la STC 254/1993⁶⁰⁹ conoció del recurso de amparo nº 1827/90 contra la denegación presunta tanto por el Gobernador Civil de Guipúzcoa como del Ministerio del Interior al acceso de los datos de carácter personal existentes en ficheros automatizados en la Administración del Estado. Además está dotada de un gran protagonismo, por un lado, porque en este periodo temporal el término “tratamiento de datos personales” ya se había asentado en el ordenamiento jurídico con la aprobación de la LORTAD. Y, por otro lado, porque se hizo referencia por primera vez a la denotación de la libertad informática consagrada en el art. 18.4 CE⁶¹⁰.

En los antecedentes del asunto, se constata cómo el recurrente solicitó en momentos distintos al Gobernador civil de Guipúzcoa y al Ministerio del interior, citando literalmente lo siguiente: “: a) la primera, que se le comunicara si existían ficheros

⁶⁰⁷ Fundamento jurídico décimo, párrafo quinto.

⁶⁰⁸ Fundamento jurídico noveno, párrafo segundo.

⁶⁰⁹ Recurso de amparo nº 1827/1990 (Aranzadi JUR\ RTC 1993\254).

⁶¹⁰ *Vid.*, ARROYO YANES, L. (1993). “El derecho de autodeterminación informativa frente a las Administraciones Públicas (comentario a la STC 254/93, de 20 de julio)”, *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, nº 16, 119-140. VILLAVARDE MENÉNDEZ, I. (1994). “Protección de Datos Personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 41, pp. 187-224.

automatizados de la Administración del Estado, o de organismos dependientes de ella, donde constasen datos personales suyos; b) la segunda, que en caso afirmativo se le indicaran la finalidad de esos ficheros, y la autoridad que los controla; y c) la tercera, que se le comunicaran los datos existentes en dichos ficheros referidos a su persona, de forma inteligible y sin demora.”⁶¹¹ Sin embargo, nunca recibió contestación alguna por la Administración del Estado.

La petición del reclamante se fundamentaba principalmente en la aplicación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Posteriormente y con el mismo sustento jurídico, acudió a la Audiencia Nacional y al Tribunal Supremo obteniendo de nuevo una respuesta negativa a sus intereses desestimando el recurso contencioso-administrativo. Ambos entes jurídicos determinaron que pese a que El Convenio de 1981 se ha incorporado al ordenamiento jurídico español es precisa “para su aplicación el complemento de una actividad interna legislativa y reglamentaria que el Estado no ha desarrollado todavía”.

Ante tales varapalos judiciales, decidió interponer demanda de amparo ante la respuesta negativa de comunicación de datos personales vulnerando el art. 18 CE. En suma, que la argumentación de la Audiencia Nacional y del Tribunal supremo eran incongruentes por el propio contenido del art. 8 del Convenio Europeo, dado que, “especialmente su letra a), surte efecto directo: en él no se contiene un mero mandato a los Estados firmantes, sino el reconocimiento de un derecho, que puede ser invocado directamente por los ciudadanos, incluso en ausencia de regulación interna, porque no puede ser regulado de otra forma”⁶¹².

El TC situó el nudo gordiano de la cuestión en determinar si “la negativa a suministrar la información solicitada, acerca de los datos personales del actor que la Administración del Estado posee en ficheros automatizados, vulnera o no los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen que le reconoce el art. 18 de la Constitución, tanto en su apartado 1 como en el 4”⁶¹³. Partiendo de la definición del art.

⁶¹¹ Antecedente de hecho segundo.

⁶¹² Fundamento jurídico séptimo, párrafo quinto.

⁶¹³ Aclara el TC en su fundamento jurídico sexto que “con independencia de esto, sin embargo, es lo cierto que los textos internacionales ratificados por España pueden desplegar ciertos efectos en relación con los derechos fundamentales, en cuanto pueden servir para configurar el sentido y alcance de los derechos recogidos en el Constitución, como hemos mantenido, en virtud del art. 10.2 CE, desde nuestra STC

18.4 en nuestra carta magna, el TC atribuyó a este precepto como “una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, de forma en último término no muy diferente a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales”⁶¹⁴. Al mismo tiempo, constató que “es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama "la informática".

Los razonamientos expuestos en el fundamento jurídico séptimo llevan al TC a determinar dos aspectos del derecho a la intimidad. En primer lugar, un ámbito negativo de su contenido partiendo de la interpretación literal del art. 18.4. De esta forma, “el uso de la informática encuentra un límite en el respeto al honor y la intimidad de las personas y en el pleno ejercicio de sus derechos”. En segundo lugar, un ámbito positivo en cuanto que siguiendo el criterio del Ministerio Fiscal “la garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona”. Así mismo la “libertad informática es, así, también, derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data)”.

Por lo tanto, apoyándose en su tesis sobre el contenido del derecho a la intimidad concluyó que las AAPP recogen, archivan, conservan y utilizan información en el desempeño de sus funciones. De este modo, “las facultades precisas para conocer la existencia, los fines y los responsables de los ficheros automatizados dependientes de una Administración pública donde obran datos personales de un ciudadano son absolutamente necesarias para que los intereses protegidos por el art. 18 C.E., y que dan vida al derecho fundamental a la intimidad.” A este respecto, las facultades de información que están integradas en el derecho a la intimidad⁶¹⁵ vinculaban tanto el Gobernador Civil como el Ministerio del Interior. La consecuencia directa de no haber observado tales facultades⁶¹⁶

38/1981, fundamentos jurídicos 3º y 4º. Es desde esta segunda perspectiva desde la que hay que examinar la presente demanda de amparo”.

⁶¹⁴ Fundamento jurídico sexto, párrafo segundo.

⁶¹⁵ Por lo que ha de ser salvaguardado por este Tribunal, haya sido o no desarrollado legislativamente. *Vid.*, en Fundamento jurídico octavo en Recurso de amparo nº 192/1980 (Aranzadi JUR\ RTC 11\1981), y en el fundamento jurídico segundo Recurso de amparo nº 993/1985 (Aranzadi JUR\ RTC 1991\101).

⁶¹⁶ Refuerza este razonamiento el TC en el fundamento jurídico noveno al declarar que “no es ocioso advertir que la reciente aprobación de la Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (L.O. 5/1992, de 29 octubre), no hace más que reforzar las conclusiones

ocasionó un perjuicio al recurrente vulnerando su derecho a la intimidad *ex art. 18 CE* instándoles la comunicación sin demora de existencia de los ficheros automatizados de datos de carácter personal⁶¹⁷.

En cuarto lugar, la STC 11/1998⁶¹⁸, en este procedimiento se resolvió el recurso de amparo nº 2264/96, por el que se planteó una posible vulneración de derechos fundamentales. En concreto, el recurrente, un afiliado a CC. OO que prestaba servicios en la empresa RENFE sufrió un descuento de sus retribuciones y, todo ello, pese a no haber secundado la huelga y haberlo comunicado al responsable de su dependencia donde trabaja. La singularidad de este caso es que la empresa efectuó el descuento salarial a todos los empleados de los que tenía constancia de su afiliación a este sindicato. De hecho, la empresa conocía el dato de afiliación de todas las personas trabajadoras ya que realizaba el descuento salarial conforme al código informático asignado a cada sindicato.

Mientras que en primera instancia el Juzgado de lo Social nº 25 de Madrid estimó la demanda de la persona trabajadora y condenó a la empresa a abonar una indemnización por lesión del derecho de libertad sindical en conexión, entre otros, con el art. 18.1 y 4 CE⁶¹⁹. Por el contrario, recurrida la sentencia en suplicación por la empresa, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó el recurso, revocó la sentencia y absolvió a la empresa. A criterio de la Sala, el sentido del fallo se explica básicamente

alcanzadas con anterioridad. La creación del Registro General de Protección de Datos, y el establecimiento de la Agencia de Protección de Datos, facilitarán y garantizarán el ejercicio de los derechos de información y acceso de los ciudadanos a los ficheros de titularidad pública, y además extienden su alcance a los ficheros de titularidad privada. Pero ello no desvirtúa el fundamento constitucional de tales derechos, en cuanto imprescindibles para proteger el derecho fundamental a la intimidad en relación con los ficheros automatizados que dependen de los poderes públicos. Ni tampoco exonera a las autoridades administrativas del deber de respetar ese derecho de los ciudadanos, al formar y utilizar los ficheros que albergan datos personales de éstos, ni del deber de satisfacer las peticiones de información deducidas por las personas físicas en el círculo de las competencias propias de tales autoridades”.

⁶¹⁷ Ello sin perjuicio, como termina por declarar el TC en el fundamento jurídico noveno párrafo tercero que “finalmente, el reconocimiento de estos derechos, derivados del art. 18 C.E. de conformidad con el Convenio del Consejo de Europa a la protección de datos personales de 1981, no obsta a que la autoridad administrativa deniegue, mediante resolución motivada, algún extremo de la información solicitada, siempre que dicha negativa se encuentre justificada por alguna excepción prevista por la Ley, incluido el propio Convenio Europeo de 1981”.

⁶¹⁸ Recurso de amparo nº 2264/1996 (Aranzadi JUR\ RTC 1998\11).

⁶¹⁹ Es por ello por lo que este pronunciamiento es sumamente importante ya que constituye una de las primeras resoluciones en las que entra en juego conjuntamente el tratamiento automatizado de datos personales y el derecho a la libertad de sindicación. MARCO MARCO, J. (1998). “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 11/ 1998, de 13 de enero: la vulneración de los derechos fundamentales, mediante el uso de datos informáticos automatizados”, *Revista General de Derecho*, Año LIV, nº 645, p. 7162.

porque no se constató el *animus laedendi* de la empresa actuando en consecuencia conforme a la información que había recibido de la Central Sindical.

El tribunal se apoyó una vez más en los precedentes jurisprudenciales, en este caso a los que se previeron en la STC 254/1993 respecto a la utilización legítima de los datos personales de acuerdo con los fines que justificaron su obtención. La finalidad del tratamiento del dato de afiliación de la persona trabajadora por la empresa era que esta descontase la cuota sindical y su transferencia al sindicato *ex. art. 11.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (en adelante, LOLS)*. Pero, sin embargo, la empresa había llevado a cabo un propósito distinto de la inicial. Es decir, se utilizó la clave informática para un propósito distinto, en este caso, descontar la parte proporcional del salario al periodo de huelga. Por consiguiente se trató de una actuación unilateral y arbitraria de la empresa, ocasionando “un trato peyorativo para el trabajador por razón de su adhesión a un Sindicato, como prevé el art. 12 LOLS, que le pudiera perjudicar a causa de su afiliación sindical”⁶²⁰.

Una vez que ha superado esta conexión del art. 28.1 CE respecto a la libertad sindical con la libertad informática prevista el art. 18.4 CE, el TC dejó de relieve lo siguiente. A este respecto, el art. 18.4 CE actúa como un “un derecho instrumental ordenado a la protección de otros derechos fundamentales, entre los que se encuentra, desde luego, la libertad sindical”⁶²¹. Y, en suma, porque “no sólo entraña un específico instrumento de protección de los derechos del ciudadano frente al uso torticero de la tecnología informática, como ha quedado dicho, sino que además, consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona.”⁶²² Efectivamente, en este caso el empresario había utilizado de forma desproporcionada con la finalidad prevista e ilegítimamente datos personales informatizados propiciando un tratamiento discriminatorio.

En quinto lugar, la STC 290/2000⁶²³, en la que el TC conoció conjuntamente de varios recursos de inconstitucionalidad que fueron interpuestos por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, el Parlamento de Cataluña, el Defensor del Pueblo, el

⁶²⁰ Fundamento jurídico cuarto, párrafo sexto.

⁶²¹ Fundamento jurídico quinto, párrafo segundo.

⁶²² Fundamento jurídico quinto, párrafo tercero.

⁶²³ Recurso de inconstitucionalidad nº 201/1993219/1993, 226/1993 y 236/1993 (Aranzadi JUR\ RTC 2000\290).

Parlamento de Cataluña y D. Federico Trillo-Figueroa Conde, Comisionado por cincuenta y seis Diputados del Grupo Parlamentario Popular. El argumento principal de estos recursos se centraba en los arts. 6.2, 19.1, 20.3, 22.1 y 2, 24, 31, 39.1 y 2, 40.1 y 2 así como la Disposición Final tercera de la LORTAD⁶²⁴.

Limitando el estudio de esta sentencia a la configuración jurisprudencial del derecho a la protección de datos personales y dejando a un lado el debate competencial entre AAPP, el TC tomando como base el criterio asentado en la STC 254/1993, se reiteró en su apuesta por crear un nuevo derecho fundamental. El TC manifestó que, este derecho “contiene un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos”⁶²⁵. Significa, por tanto, que el TC continuó en la senda doctrinal iniciada por el mismo en calificar el derecho a la protección de datos como derecho fundamental con autonomía propia y cuyo sustento se encuentra en el art. 18.4 CE. En estos momentos, se asentó el término de protección de datos sobre la libertad informática y “en suma, el derecho fundamental comprende un conjunto de derechos que el ciudadano puede ejercer frente a quienes sean titulares, públicos o privados, de ficheros de datos personales, partiendo del conocimiento de tales ficheros y de su contenido, uso y destino, por el registro de los mismos”⁶²⁶.

Por otro lado, el TC se encargó de resolver una de las cuestiones interesantes en este contexto legislativo, es decir, reconociendo la función general de la AEPD en “velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial respecto a los derechos de información, acceso, rectificación y cancelación de datos”⁶²⁷. Lo que, en definitiva, supone reconocer el “carácter tuitivo” en orden a la protección de datos personales en tareas de intervención, control, registro o consulta. De manera que el legislador con la LORTAD ha dado respuesta al mandamiento previsto en el art. 18.4 CE, creando un órgano preventivo respecto a las posibles violaciones de derechos fundamentales. Evitando, por tanto, que se acuda exclusivamente a la vía judicial a reclamar la vulneración de un derecho fundamental asegurando así un órgano

⁶²⁴ *Vid.* un estudio profundo y específico sobre la materia en LÓPEZ GARRIDO, D. (1994). “Aspectos de inconstitucionalidad de la ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal”, *Revista de Derecho Político*, nº 38, pp. 11-35.

⁶²⁵ Fundamento jurídico séptimo, párrafo segundo.

⁶²⁶ Fundamento jurídico séptimo, párrafo quinto.

⁶²⁷ Fundamento jurídico octavo, párrafo tercero.

con potestades suficientes para minorar el campo de actuación de los usos de la informática. Por tanto, esta medida se justifica en el aseguramiento preventivo del derecho fundamental a la protección de datos personales.

En sexto lugar, la STC 292/2000⁶²⁸, una de las más relevantes e importantes sentencias sobre la materia en la que establece un análisis comparativo entre el derecho a la protección de datos y el derecho a la intimidad personal y familiar. El Defensor del Pueblo interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. La controversia jurídica surgió respecto a la interpretación conjunta que se podía realizar de los arts. 20.1 y 21.1 de la LOPD. En este sentido se estaría permitiendo a las Administraciones Públicas la cesión de datos personales para fines distintos a los que motivaron su recogida, de la falta de información del afectado en el momento de la recogida, de la posibilidad de ceder sus datos y que ésta se haga sin su consentimiento y finalmente, que la autorización de las cesiones pueda contenerse en una norma de rango inferior a la ley.

El Defensor del Pueblo manifestó que los incisos recurridos de ambos preceptos lesionaban el contenido esencial de los derechos fundamentales del art. 18.1, en relación con lo dispuesto en su apartado 4, y la reserva de ley del art. 53.1 CE. En definitiva, al no respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal y familiar, así como el derecho a la libertad informática.

Al entrar en el fondo de este asunto el TC acometió una interpretación detallada y pormenorizada que se ha realizado hasta el momento sobre el contenido del derecho a la protección de datos. La función principal de este derecho, el derecho a la protección de datos, es que “atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley, aquella que conforme al art. 18.4 CE debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 CE), bien regulando su ejercicio (art. 53.1 CE)”⁶²⁹. De ahí que, a criterio del TC, el derecho fundamental a la protección de datos si

⁶²⁸ Recurso de inconstitucionalidad nº 1463/2000 (Aranzadi JUR\ RTC 2000\292).

⁶²⁹ Fundamento jurídico quinto, párrafo tercero.

bien comparte con el derecho a la intimidad la protección de la vida personal y familiar difiere en su función, objeto y contenido.

En primer lugar, respecto a la función, porque el derecho a la protección de datos “persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado”⁶³⁰.

En segundo lugar, en cuanto al objeto, “ya que extiende su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el art. 18.1 CE, sino a lo que en ocasiones este Tribunal ha definido en términos más amplios como esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal (...) como el derecho al honor, citado expresamente en el art. 18.4 CE, e igualmente, en expresión bien amplia del propio art. 18.4 CE, al pleno ejercicio de los derechos de la persona. El derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado.”⁶³¹

En tercer lugar, analizando el contenido del derecho fundamental a la protección de datos goza de una particularidad propia. Y esta consiste en que “atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer. A saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos.”⁶³²

Por lo tanto, en un momento posterior y en la misma línea que la STC 290/2000, se consagró jurisprudencialmente el contenido del derecho a la protección de datos.

⁶³⁰ Fundamento jurídico sexto, párrafo primero.

⁶³¹ Fundamento jurídico sexto, párrafo segundo.

⁶³² Fundamento jurídico sexto, párrafo cuarto.

Evolucionando pues del primitivo derecho a la libertad informática a tenor de la interpretación gramatical del art. 18.4 CE y consolidando su carácter autónomo e independiente. Atribuyendo, por tanto, un poder de disposición y control sobre los datos personales a la persona que se encuentra respaldado jurídicamente por el consentimiento de su titular en la recogida, obtención, acceso y almacenamiento de estos. Y evidentemente, al igual que el resto de los derechos fundamentales, el derecho a la protección de datos “no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los Poderes Públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución”⁶³³.

Por consiguiente y tras la descomposición pormenorizada de la tesis del TC al respecto, estimó el recurso de inconstitucionalidad del Defensor del Pueblo estableciendo: por un lado, que las AAPP no podrían ceder datos entre sí para el ejercicio de las mismas competencias o competencias que versen sobre las mismas materias *ex art.* 11 y 21.1 LOPD; por otro lado, articuló el consentimiento como fundamento para permitir la cesión de datos del fichero entre las AAPP a tenor de los arts. 11.2 y 21.1. y 2 LOPD, lo que generaría la readaptación normativa de los preceptos cuestionados al sentido del fallo.

2.2. La estricta relación del derecho a la protección de datos con el derecho a la intimidad personal y familiar: el art. 18.4 CE.

Tras el análisis precedente llega ahora el turno de abordar un análisis del verdadero contenido comprende el derecho a la protección de datos. Derecho que pese a su carácter autónomo tal y como ha señalado la doctrina jurisprudencial estudiada parte evidentemente de su estrecha relación primaria y constitucional con el derecho a la intimidad.

En primer lugar, en cuanto a su ubicación constitucional el derecho a la protección de datos es un derecho fundamental. Esta aseveración deriva de la integración del art. 18.4 CE en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I al que a denominado como “De los derechos y deberes fundamentales”. A este derecho se le ha reconocido a tenor de lo

⁶³³ Fundamento jurídico undécimo.

dispuesto en el art. 53.1 CE, tanto una obligación positiva, como artilugio de protección frente a un riesgo específico, la informática⁶³⁴, como de una obligación negativa, en referencia al respeto de la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales⁶³⁵". Además, ha sido dotado de un nivel de protección reforzado a través de la tutela de un procedimiento preferente y sumario ante el TC *ex art.53.2 CE*, como por la salvaguardia adicional de una institución como el Defensor del Pueblo⁶³⁶. Y, finalmente, por el hecho de contar con una firmeza legislativa, conforme con el art. 81.1 CE, por ser materia reservada a ley orgánica con lo que ello conlleva; un procedimiento reforzado de aprobación, modificación o derogación en el Congreso *ex art. 81.2 CE*.

En segundo lugar, en cuanto al campo de protección este espacio es mucho más amplio en el derecho a la protección de datos, de tal manera que supera al derecho a la intimidad. La razón o el argumento principal justificado a lo largo de esta tesis es que el ámbito de protección del derecho a la intimidad se ha visto superado totalmente por el estrepitoso desarrollo de las nuevas tecnologías⁶³⁷. Por lo que, el derecho a la protección de datos se muestra como una reformulación de la intimidad que incrementaría el espacio de protección primaria de esta última y que básicamente en reiteración, se ha propiciado este reconocimiento a la protección de datos por las facilidades innatas de la tecnología de injerir en el espacio más íntimo y reservado de los ciudadanos. Por tanto, el derecho a la protección de datos surge como un instrumento de protección de un bien constitucionalmente ya protegido, la intimidad, pero que, el legislador ya previó en su momento dándole un espacio en la Constitución *ex art. 18.4*, de este modo, a través de su articulación constitucional se interpeló al legislador una obligación de desarrollo legislativo⁶³⁸. Y, en buena medida también por la dicotomía planteada en la expansión de los individuos de su espacio privado a un espacio social, evidenciando una necesidad de

⁶³⁴ ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. (1991). "El derecho a la intimidad personal, la libre difusión de la información y el control del estado sobre los bancos de datos", *Actualidad Administrativa*, nº 37, p. 458.

⁶³⁵ Recurso de inconstitucionalidad nº 800/1983 (Aranzadi JUR\ RTC 1985\53), fundamento jurídico cuarto.

⁶³⁶ LÓPEZ-IBOR MAYOR, V. (1994). "El Defensor del Pueblo: derecho, tecnologías de la información y libertades", *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, nº 6-7, pp. 271-304.

⁶³⁷ Recurso de amparo nº 575/1983 (Aranzadi JUR\ RTC 1984\110), fundamento jurídico tercero, párrafo segundo.

⁶³⁸ Recurso de amparo nº 333/1983 (Aranzadi JUR\ RTC 1984\25), fundamento jurídico sexto.

protección a la vista de nuevas situaciones problemáticas generadas por el desarrollo informático ante el desconcierto generado por la trascendencia de la información privada al espacio público⁶³⁹.

En tercer lugar, si el derecho a la intimidad fue fraguado en la primera generación de derechos reivindicando la protección de la vida privada, el derecho a la protección de datos es fruto de una tercera generación de derechos. Proclamando este último un mayor control sobre el uso de sus datos personales puesto que unido a un uso torticero de las nuevas tecnologías podría ocasionar un atentado contra su propia persona⁶⁴⁰. Por lo que, superada la tesis sobre la evolución de los derechos humanos a raíz de las nuevas reivindicaciones de los ciudadanos la trascendencia de ambos derechos vinculados a la personalidad ha implicado su desarrollo nacional como internacional.

Haciendo un repaso extensivo para reafirmar este razonamiento, desde el ámbito internacional con la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el ámbito de actuación europeo, por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Convenio de 1981 del Consejo de Europa, la Directiva 85/46/CE y el RGPD 679/2016. Y evidentemente, a nivel nacional con la LORTAD, la LOPRODA y el RDLOPD hasta la LOPD de 2018 vigente. Confirmando en cierto modo la teoría sobre la positivación de los derechos humanos sujetos a un proceso de innovación y reformulación dando lugar a “nuevos” derechos fundamentales que fueron creados en un contexto concreto, el digital, por la redimensión del papel atribuido al ciudadano en el Estado Democrático⁶⁴¹ como sujeto de derechos y, precisamente, para salvaguardar sus intereses ante las nuevas posibilidades de injerencia en su persona.

⁶³⁹ A tal respecto el TC ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre el uso de instrumentos tecnológicos y su incidencia en la vida privada. De este modo declaró que “el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 de la C.E. protegen.” Recurso de amparo nº 1247/1986 (Aranzadi JUR\ RTC 1988\231), fundamento jurídico cuarto.

⁶⁴⁰ En este punto se está de acuerdo con CARDONA RUBERT sobre que, efectivamente, el derecho a la protección de datos se ha ido transformando para hacer frente a los retos de la digitalización. Esta situación ha exigido, por tanto, la necesidad de garantizar el refuerzo de la protección efectiva de los datos personales “mediante la atribución de más y más incisivos instrumentos a través de los cuales hacer efectivo y real” este derecho. CARDONA RUBERT, B. (2021). “Contenido y elementos principales al derecho de protección de datos”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, nº 148, p.101.

⁶⁴¹ PÉREZ LUÑO, E. (1991). “Las Generaciones de Derechos Humanos”, *ob. cit.*, pp. 2015-206.

En cuarto lugar y en consonancia con la innovación de los derechos humanos, están insertos bajo la denominación de “los derechos de la personalidad”. Estos derechos, como reformulación de los derechos morales o espirituales, se encuentran en un proceso de alerta prolongada y extenuada por la irrupción tecnológica; extrapolable no solo en el ámbito privado sino también en el ámbito profesional. Tanto el derecho a la protección de datos personales como el derecho a la intimidad son derechos inherentes a toda persona. Es decir, que corresponden a todo ser humano por “el mero hecho de serlo, sin necesidad, por tanto, de circunstancias, requisitos o situaciones de orden complementario⁶⁴²”. Además, son derechos de exclusión *erga omnes*, puesto que el fundamento principal de ambos derechos es crear un ámbito privado e íntimo a salvo de injerencias externas. Y más importante aún, no son absolutamente herméticos ya que como bien expresa la LO 1/1981 pueden darse las circunstancias en que existan razones imperativas de interés público que legitimen la entrada a este espacio reservado⁶⁴³.

Por último, en deferencia con otros derechos, destacan por ser derechos inalienables o sencillamente extrapatrimoniales. Ello quiere poner de relieve que, de acuerdo con LASARTE, la finalidad de ambos derechos no es la incrementación de su patrimonio, sino más bien lo contrario. El fin sería reconocer un espacio o ámbito de seguridad y libertad para su titular por el que se permita su desarrollo personal⁶⁴⁴. Prosiguiendo, son imprescriptibles en el sentido de que no disponen de un plazo para su ejercicio; como característica innata a la persona, el disfrute de ambos derechos es

⁶⁴² LASARTE ÁLVAREZ, C. YÁÑEZ VIVERO, F. JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (2017). *Principios de derecho civil I: parte general y derecho de la persona*, 23ª ed., Madrid, Marcial Pons, p. 172.

⁶⁴³ A modo de corroborar esta tesis, la reiterada doctrina del TC establece que “en efecto, no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que en relación con los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos.” Tal es el caso que se examina en la presente tesis, respecto al ejercicio del empresario de su facultad o derecho de control y organización *ex art. 20.3 ET* en cumplimiento de derechos constitucionalmente amparados como los arts. 33 y 38 CE. Recurso de amparo nº 41/1981 (Aranzadi JUR\ RTC 1982\2), fundamento jurídico quinto, párrafo tercero. Así mismo, también concreta que “los derechos fundamentales (...) no son derechos absolutos e ilimitados. Por el contrario, su ejercicio está sujeto tanto a límites expresos constitucionalmente como a otros que puedan fijarse para proteger o preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos. Recurso de amparo nº 426/1988 (Aranzadi JUR\ RTC 1990\181), fundamento jurídico tercero, párrafo segundo.

⁶⁴⁴ LASARTE ÁLVAREZ, C. YÁÑEZ VIVERO, F. JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (2017). *Principios de derecho civil I: parte general y derecho de la persona*, *ob. cit.*, p. 173.

inmediato⁶⁴⁵. De tal forma que hasta el momento en que no sufra una injerencia o intromisión ilegítima no llevará a cabo el ejercicio de las acciones correspondientes para reparar el daño. En el caso del derecho a la protección de datos acudiendo directamente ante los responsables o encargados del tratamiento, ante la AEPD e incluso acudiendo a la jurisdicción ordinaria al igual que el derecho a la intimidad por vulneración de un derecho fundamental.

Finalmente, son derechos intransmisibles tal y como afirma ROGEL VIDE, “la facultad de transmitir no es sino un aspecto concreto de la genérica de disponer⁶⁴⁶”. Ello quiere decir, que al ser derechos de la personalidad la disponibilidad del derecho es innata a la persona y, de ahí que pueda concluirse, que la denominada intransmisibilidad no sea una excepción sino una regla, concretamente, de origen natural ya que deriva de su relación intrínseca⁶⁴⁷.

En quinto lugar, y más importante aún, tanto el derecho a la intimidad y la protección de datos personales constituyen un elemento esencial para la garantía de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, *ex art. 10 CE*. El trasvase y el flujo de información y por ende de datos personales puede generar una problemática; que los ciudadanos no puedan saber qué, cuando y en qué situación se está utilizando datos concernientes a su persona⁶⁴⁸, una situación que enfrentaría la interacción de los ciudadanos con la sociedad en detrimento de su dignidad y la libre autodeterminación personal⁶⁴⁹. Por tales motivos, se puede concluir que la informática constituye un riesgo directo y sustancialmente disruptivo para la salvaguardia de la intimidad. Por lo que, retomando la tesis del Tribunal Constitucional Alemán, es necesario articular procedimientos que sean precavidos por el que los ciudadanos cuenten con amparo a este tipo de situaciones.

⁶⁴⁵ LACRUZ BERDEJO, J. L. SANCHO REBULLIDA, F. (2010). *Elementos de Derecho civil*, 6ª ed., Madrid, Dykinson, p. 60.

⁶⁴⁶ ROGEL VIDE, C. (1985). *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Bolonia, Real Colegio de España, p. 49.

⁶⁴⁷ *Ibidem*, p. 50.

⁶⁴⁸ Recurso de inconstitucionalidad nº 1463/2000 (Aranzadi JUR\ RTC 2000\292), fundamento jurídico cuarto y sexto, párrafo primero.

⁶⁴⁹ DARANAS PELÁEZ, M. (1984). “Jurisprudencia constitucional extranjera. Tribunal Constitucional Alemán. Ley del Censo”, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, *ob. cit.*, p. 152.

En último lugar, la figura autónoma e independiente del art. 18.4 CE respecto de los derechos consolidados en el art. 18.1 CE⁶⁵⁰. Se rompe así con la lista cerrada o *numerus clausus* de los derechos fundamentales en nuestra carta magna, por una lista abierta o *numerus apertus*⁶⁵¹, a nuevos derechos que toman como base principios constitucionales. Tal como dispone JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA en su voto particular a la STC 292/2000, parte de la posibilidad de crear a través de la jurisprudencia nuevos derechos, siempre que cuenten con un sustento tanto constitucional como internacional que permita acometer la tutela de derechos fundamentales en un contexto social concreto. De este modo, se permitiría, la supervivencia del texto constitucional en el tiempo y, en suma, se superarían los obstáculos constitucionalmente establecidos, *ex art. 166-169 CE*, para aumentar dicha lista cerrada. En definitiva, todo ello no hace sino realzar la labor jurisprudencial del TC en cuanto a perfilar el contenido y la naturaleza de nuevos derechos, como ha sido el caso del derecho fundamental a la protección de datos.

⁶⁵⁰ En relación con el reconocimiento jurisprudencial del derecho a la protección de datos a raíz de su plasmación implícita en el art. 18.4 CE, podría haberse resuelto de otra manera. De este modo, para DE ESTEBAN Y LÓPEZ GUERRA el problema se achaca a que esta modernidad esta innovación no fue recogida por el legislador español como merecía. En detrimento de una experiencia positiva como es el caso de Portugal, que de forma más acertada en su Constitución no se deriva a un desarrollo legislativo sino que reconoce ampliamente este derecho. DE ESTEBAN LÓPEZ GUERRA, L. GARCÍA MORILLO, J. ESPÍN TEMPLADO, E. (1984). *El régimen constitucional español, ob., cit.*, p. 158.

⁶⁵¹ Por el contrario de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos como en Norteamérica y Portugal en la que se contiene esta lista de apertura a nuevos derechos fundamentales. *Vid.* BONN, P. (1992). “La protección constitucional de los derechos fundamentales: aspectos de derecho comparado europeo”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 11, p. 52.

CAPÍTULO II

EL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS FRENTE AL USO DE DISPOSITIVOS DIGITALES

1. La protección del derecho a la intimidad de las personas trabajadoras en la era de la digitalización en las relaciones laborales.

Como ya tuvo ocasión de adelantarse, el Título X de la LOPD introdujo un conglomerado de derechos con una connotación especial, concretamente laboral. Y, entre ellos se encuentra el derecho a la intimidad⁶⁵² de las personas trabajadoras frente al uso y control de los dispositivos digitales, en concreto en los arts. 87, 89 y 90, que serán objeto de examen de forma individualizada.

Tomando como punto de partida nuestra carta magna, la intimidad está garantizada en el art. 18.1, en concreto, en la Sección Primera -de los derechos fundamentales y de las libertades públicas-, del Capítulo II -derechos y libertades-, del Título primero -de los derechos y deberes fundamentales-. Anclada en la actualidad bajo la rúbrica de los derechos de la personalidad⁶⁵³ o derechos de la esfera privada⁶⁵⁴, implica “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana⁶⁵⁵”. Tal definición se asemeja a la fórmula anglosajona que entiende a la intimidad *-privacy-* como el derecho

⁶⁵² La intimidad definida en palabras de GARCÍA - SAN MIGUEL como “*el derecho a estar solo, el derecho a la soledad, the right to be alone*”, parece un concepto incompleto al no integrar aspectos informáticos que pueden transgredir nuestro espacio privado. Es el caso, por ejemplo, de las grabaciones telefónicas, las fotografías personales, los datos informáticos alojados en el ordenador de la empresa. GARCÍA – SAN MIGUEL, L. RODRÍGUEZ ARANGO, M. (2000). “El derecho a la intimidad”, en VVAA: *Diccionario crítico de los derechos humanos*. Universidad Internacional de Andalucía – Sede Iberoamericana. p. 257.

⁶⁵³ PÉREZ LUÑO, A.E. (1984). *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, *ob. cit.*, pp. 318 y ss.

⁶⁵⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J. (1952). “Los derechos de la personalidad”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 192, pp. 5-62.

⁶⁵⁵ Recurso de amparo núm. 1247/1986 (Aranzadi JUR\ RTC 1988\231).

a quedarse solo *-the right to be left alone-* explicado en el capítulo I de la primera parte de la presente tesis⁶⁵⁶.

Así mismo y pese a que el foco de atención se ha orientado en esta investigación hacia la intimidad o salvaguardia de la privacidad, estos derechos se han conectado irremediabilmente con otro derecho fundamental⁶⁵⁷, el derecho al secreto de las comunicaciones *ex art. 18.3 CE* y respecto a la concreción del bien jurídico protegido constitucionalmente, la STC 114/1984 de 28 de noviembre⁶⁵⁸ concluyó que es la libertad de las comunicaciones a través de la imposición a todos del secreto.

Por otro lado, en cuanto su campo de protección y salvaguarda, de acuerdo con la STC 142/2012, de 2 de julio⁶⁵⁹ este derecho “consagra la interdicción de la interpretación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas”. Y respecto a los motivos por los que puede resultar vulnerado, estima el TC que puede diferenciarse dos perspectivas; por un lado, respecto a “la aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo” y, por otro lado, por medio de “la captación del proceso de comunicación, como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado a través de la apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario o de un mensaje emitido por correo electrónico o a través de telefonía móvil, por ejemplo⁶⁶⁰”.

En adicción a lo anterior y en referencia al proceso de digitalización, la STC 70/2002 de 3 de abril⁶⁶¹, ha destacado que “ciertamente los avances tecnológicos que en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos, como se deriva necesariamente del tenor literal del art. 18.3 CE”.

⁶⁵⁶ DEMIGUEL CASTAÑO, A. (1983) “Derecho a la intimidad frente al derecho a la información. El ordenador y las leyes de protección de datos, *ob. cit.*, pp. 319-397.

⁶⁵⁷ GARCÍA SEDANO, T. (2019). “El derecho a la intimidad familiar en España: una aproximación jurisprudencial”, *Actualidad Civil: Editorial Wolters Kluwer*, nº 1, pág. 3.

⁶⁵⁸ Recurso de amparo núm. 167/1984 (Aranzadi JUR\ RTC 1984\114).

⁶⁵⁹ Recurso de amparo núm. 2908/2010 (Aranzadi JUR\ RTC 2012\142).

⁶⁶⁰ Fundamento jurídico tercero

⁶⁶¹ BOE núm. 99, de 25 de abril de 2002

Efectivamente, el derecho al secreto de las comunicaciones, como indica el TC, ha visto ampliado su campo de actuación por el desarrollo de nuevas tecnologías, motivo por el que se podría aseverar que su ámbito de protección primario previsto o limitado a bienes jurídicos como las cartas o correspondencias en papel se ha visto ampliado a proteger comunicaciones desarrolladas por medios digitales como puede ser el correo electrónico⁶⁶². Aspecto que comporta aún más rédito respecto a la intimidad en un contexto de digitalización en cuanto que el art. 18.4 recoge que la ley limitará el uso de la informática para garantizar la intimidad⁶⁶³. En este sentido, la intimidad o privacidad en su concepción más amplia y moderna actuaría como paraguas de protección en lo que a tratamiento de datos personales se refiere y significó el punto de partida en la comparación entre ambos conceptos⁶⁶⁴.

Y que pese a su estrecha relación con el derecho a la intimidad *ex art. 18.1 CE* en cuanto que ambos pueden ofrecer una cobertura de protección amplia respecto a un mismo bien jurídico y, del mismo modo, pueden ser vulnerados conjuntamente, el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones tienen finalidades distintas. No obstante, sí es posible afirmar, por tanto, que son derechos que pese a ser consagrados e integrados en el mismo precepto constitucional y previstos de una protección reforzada como derechos fundamentales, adquieren especial virtualidad en determinadas ocasiones, como es, en la que adopta en las relaciones laborales.

Reorientando el estudio al ámbito que aquí se analiza, en el propio ET, en su art. 4.2 e) reconoce la intimidad y la consideración debida de la dignidad del trabajador en las relaciones de trabajo frente al empresario. En esta referencia a la dignidad, el TC señala que, al tratarse de un derecho vinculado a la propia personalidad, y derivados de la dignidad de la persona reconocida en el art. 10 CE⁶⁶⁵, no por ello le otorga a la intimidad su carácter absoluto⁶⁶⁶. Centrando el estudio en el ámbito de las relaciones laborales,

⁶⁶² MONEREO PÉREZ, J.L. LÓPEZ INSUA, B. M. (2014). “El control empresarial del correo electrónico tras la STC 170/2013”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 11, p. 13.

⁶⁶³ CAMAS RODA, F. (2000). “La influencia del correo electrónico y de internet en el ámbito de las relaciones laborales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, nº 224, p. 151.

⁶⁶⁴ Este análisis entre el derecho a la intimidad y la protección de datos tiene lugar en el capítulo I de la I Parte de la presente tesis doctoral.

⁶⁶⁵ Recurso de amparo núm. 101/1990 (Aranzadi JUR\ RTC 1991\214).

⁶⁶⁶ Recurso de amparo núm. 2302/1990 (Aranzadi JUR\ RTC 1445\1991).

constituye una de las cuestiones más problemáticas que se han planteado de forma constante y creciente con el asentamiento de las nuevas tecnologías en las empresas por las ventajas que ofrece en el desarrollo de la prestación laboral, *ex art. 20. 3 ET*⁶⁶⁷. Por tanto y pese a ello, no debe olvidarse que las personas trabajadoras disponen de un ámbito reservado y protegido por el derecho a la intimidad de cualquier intromisión en este espacio y que, en el ámbito laboral, se acentúa con la amenaza que supone la introducción de los dispositivos tecnológicos⁶⁶⁸.

Sin dejar a un lado la estrecha conexión que existe entre la protección de datos y el derecho a la intimidad que ha sido objeto de estudio en el Capítulo I de la Primera Parte de la tesis doctoral plasmando la jurisprudencia del TC al respecto, se procederá a analizar en este apartado si la respuesta del legislador ha sido acertada al atender el mandato constitucional previsto en el art. 18 CE a través de la LOPD. Específicamente, si el legislador ha regulado positivamente la limitación del uso de la informática como garantía de protección frente a las injerencias que pueden ocasionar en el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar de las personas trabajadoras.

Fruto de la incorporación de las TIC a las relaciones laborales, los poderes del empresario en cuanto a control y supervisión se han visto reforzados. Esta situación ha llevado a que surjan numerosos conflictos por incidir en los derechos fundamentales inespecíficos de las personas trabajadoras. Estos incrementos de poder del empresario se han visto plasmados, por ejemplo, en el seguimiento de las tareas que realizan las personas trabajadoras por el uso de dispositivos tecnológicos, la videovigilancia o el sistema GPS como se tendrá ocasión de examinar.

La actividad judicial también ha condicionado la configuración de los derechos fundamentales cuando estos entran en conflicto con las decisiones empresariales y se interpreta la tutela judicial efectiva⁶⁶⁹. Los jueces, con la intención de superar este

⁶⁶⁷ CARRIZOSA PRIETO, E. (2017). Trabajo, intimidad y protección de datos. La política de privacidad en la empresa, en VVAA., *Cesión de datos personales y evidencias entre procesos penales y procedimientos administrativos sancionadores o tributarios*, Madrid, Aranzadi, p. 903.

⁶⁶⁸ PARDO FALCÓN, J. (1992). “Los derechos del artículo 18 de la Constitución Española en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista española de derecho constitucional*, nº 34, p. 162.

⁶⁶⁹ SALA SÁNCHEZ, T. (1999). “El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral, *ob. cit.*, p. 205.

problema han ido elaborando pautas sobre la vigencia de los derechos inespecíficos en el contrato de trabajo⁶⁷⁰.

Por lo que, se ha considerado que es necesario examinar la evolución jurisprudencial, en términos de vigilancia empresarial, en la doctrina del TS, TC y TEDH, por la que se permitirá mostrar el alcance práctico de la cuestión que es objeto de estudio. Así mismo y posteriormente, se tratará de analizar el contenido del art. 87 de la LOPD con el fin de detallar los aspectos más relevantes y significativos en el equilibrio de ambas potestades, la intimidad de las personas trabajadoras respecto al uso de dispositivos digitales con el poder de vigilancia y control del empresario.

1.1. Evolución jurisprudencial: TS, TC y TEDH.

Una de las cuestiones o teorías que se suscitaron en el ámbito de la jurisprudencia inicialmente antes de la unificación de la doctrina por el TS, era la aplicación analógica del art. 18 ET. Efectivamente, antes de la entrada en vigor de la LOPD en nuestro ordenamiento jurídico no existía una norma específica y concreta que regulase el control o fiscalización que realizase el empresario en los dispositivos puestos a disposición de la persona trabajadora. A este respecto se alcanzó consenso jurisprudencial en determinar ciertas pautas que pudieran seguirse al momento de realizar tales registros y que no atentasen contra la dignidad del trabajador⁶⁷¹.

Esta corriente doctrinal consideraba que a tenor de lo dispuesto en el art. 18 ET podía aplicarse por analogía respecto a los bienes jurídicos (taquillas y ordenadores) la monitorización por el empresario a fin de solventar la inseguridad jurídica en estos momentos. Por el contrario, otra corriente doctrinal planteó que, efectivamente, no existe una analogía perfecta entre ambos bienes jurídicos, muchos menos en lo que se refiere al correo electrónico. En concreto, la imposibilidad de la aplicación analógica del art. 18 ET a la fiscalización del ordenador y/o correo electrónico responde a que no se está ante

⁶⁷⁰ GOÑI SEIN, J.L. (2014). “Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?”, *ob. cit.*, p. 28.

⁶⁷¹ TOLODÍ SIGNES, A. (2011). “El registro informático como base para el despido. Cuestiones fundamentales”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 25, p. 3

efectos personales de la persona trabajadora sino ante instrumentos de trabajo que son propiedad del empresario⁶⁷².

Esta razón, la titularidad de los bienes de la empresa, podría significar la causa que justifique la defensa del patrimonio empresarial *ex art. 20.3 ET*. Aunque y pese a lo anterior, el art. 18 ET determina que el registro de las taquillas y efectos personales se llevará a cabo *in situ* en las instalaciones, en horas de trabajo y en compañía de un representante de los trabajadores o compañero de trabajo. Estas circunstancias *sine qua non* para efectuar la monitorización entrañan cuanto menos un límite o freno al empresario para efectuar una fiscalización arbitraria actuando a su libre albedrío.

Otra de las circunstancias que afloraba no pocas controversias en el plano de la fiscalización del empresario de los dispositivos electrónicos era determinar si existía una permisibilidad aunque fuera solo parcial de uso personal por la persona trabajadora de los bienes destinados a uso profesional. Por ejemplo, se está haciendo referencia a si podía afirmarse o aceptarse hasta cierto punto que la persona trabajadora pudiera realizar determinadas acciones (visualización de páginas web, envío de correos electrónicos ajenos a la actividad de la empresa, transacciones económicas electrónicas, entre otras) durante el desarrollo de la prestación laboral en bienes que son propiedad de la empresa.

Por lo tanto, el conflicto suscitado aquí se resume en la permisividad de un uso personal en bienes de uso profesional, determinar en qué punto se entiende abusivo este uso personal y en qué momentos se permite así como la posible monitorización por el empresario para comprobar la adecuación a los parámetros que hubiese dictado o no al respecto.

Este tipo de actuaciones generaban situaciones en las que se vulneraban derechos fundamentales como derecho a la intimidad de la persona trabajadora *ex art. 18.1 CE* (respecto a los contenidos de los dispositivos) y el secreto a las comunicaciones *ex art. (respecto al correo electrónico)* a consecuencia de las actuaciones de monitorización del empresario. Y, en suma, se caracterizaban en muchas ocasiones en que ni siquiera respondía a una actuación de comprobación por el empresario fundada en sospechas previas y ni mucho menos existía una comunicación previa sobre buen uso de tales

⁶⁷² *Vid.*, LUJÁN ALCARAZ, J. (2001). “Uso y control en la empresa de los medios informáticos de comunicación”, *Revista Aranzadi Social*, nº 3, p. 18. TOSCANI GIMÉNEZ, D. CALVO MORALES, D. (2014). “El uso de internet y el correo electrónico en la empresa: límites y garantías”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 165, p. 6-8.

dispositivos o de las posibilidades de llevar a cabo la monitorización personal a efectos de control de la actividad laboral.

Sobre esta cuestión, no debe olvidarse que ya se tuvo ocasión de analizar en epígrafes anteriores que la STC 88/1985⁶⁷³ determinó que la persona trabajadora tras la celebración de un contrato de trabajo no deja de disfrutar de los derechos constitucionales que como ciudadano le corresponden. Y, que si bien es cierto, teniendo en cuenta la teoría de los derechos fundamentales estos carecen de carácter absoluto por cuanto en las relaciones laborales existen intereses contrapuestos.

A tal respecto, la STC 88/1994 justifica que los derechos fundamentales de las personas trabajadoras pueden verse limitados porque existen otros intereses del empresario que son legítimos y reconocidos constitucionalmente, *ex art.* 33.1 y 38 CE, que justificarían esta contricción. Así mismo, como afirma la STC 90/1997⁶⁷⁴ este poder de dirección y control tampoco goza de un carácter absoluto e ilimitado sino que, precisamente, encuentra como muro la imposibilidad de lesionar los derechos fundamentales de los trabajadores. De lo anterior se puede concluir que cuando el empresario adopte algún tipo de actuación que implique una restricción que ponga en duda la lesión de derechos fundamentales, deberá justificar que ha cumplido escrupulosamente el juicio de proporcionalidad. Es decir, que la medida o actuación responde a los criterios de idoneidad, necesidad, proporcionalidad y justificación justificando, por consiguiente, la superación positiva del juicio de proporcionalidad que evidenciaría la restricción de derechos fundamentales acorde a los parámetros establecidos por el TC.

Por estas razones se justifica llevar a cabo un estudio sobre la jurisprudencia a fin de determinar un recorrido que ofrezca la evolución jurisprudencial que ha suscitado el control empresarial en cuanto al respeto de derechos fundamentales⁶⁷⁵. De tal manera que se podrá verificar que existía una práctica jurisprudencial farragosa y complicada de los tribunales ordinarios y comunitarios, cuyo objeto de estudio como se ha podido comprobar atendía a aspectos relacionados con la facultad de control del empresario y su

⁶⁷³ Recurso de amparo núm. 788/1984 (Aranzadi JUR\ RTC 1985\88).

⁶⁷⁴ Recurso de amparo núm. 90/1997 (Aranzadi JUR\ RTC 3309\1984).

⁶⁷⁵ GOÑI SEIN, J. L. (2019). “Vigilancia empresarial y protección de datos: doctrina jurisprudencial”, *Revista del Ministerio de Trabajo, migraciones y seguridad social*, nº 143, p. 198.

incidencia en el derecho a la intimidad de las personas trabajadoras, centralizando el debate sobre el buen uso de los dispositivos electrónicos en las relaciones laborales⁶⁷⁶.

Esta disparidad de opiniones o de debate en la jurisprudencia provocó que los criterios que ha ido estableciendo el TEDH fuesen cambiantes y, en consecuencia, que los tribunales de nuestro país tuvieran que ir adaptándose a estas directrices europeas que tanta inseguridad jurídica han generado en este campo. Por ello, se muestra a continuación una evolución jurisprudencial de los tribunales en los procedimientos más destacados hasta el momento, comenzando por el TS para continuar con la doctrina del TC y el TEDH al respecto.

1.1.1. La doctrina del TS en relación con el control y acceso de dispositivos digitales.

Comenzando con el criterio del Tribunal Supremo que en su sentencia de 26 de septiembre de 2007 (RJ 6128/2007⁶⁷⁷) analiza una demanda de despido por la que el empleador pudo constatar en una revisión en el ordenador de trabajo de la persona trabajadora la presencia de archivos de acceso a páginas en internet que propiciaron el contagio de un virus informático. Tal y como se desprende de la propia sentencia, la cuestión que se debatía era considerar la compatibilidad del control empresarial con el derecho de la persona trabajadora a la intimidad personal puesto que si bien es cierto que existe una cierta tolerancia al uso personal de medios de la empresa, este hecho social genera también una expectativa de confidencialidad sin actuar como límite frente al empresario.

Por consiguiente, ante esta incertidumbre, lo más acertado para evitar transgresiones de derechos sería que la empresa establezca previamente en aras a la buena fe, los criterios de utilización de los dispositivos puestos a disposición de las personas trabajadoras.

De hecho, en su fundamento jurídico cuarto el tribunal hizo especial referencia a que la garantía de la intimidad también se extiende a los archivos personales de la persona trabajadora que se encuentran en el ordenador. La aplicación de esta garantía de intimidad

⁶⁷⁶ BLASCO JOVER, C. (2018). “Trabajadores transparentes: La facultad fiscalizadora del empresario vs derechos fundamentales de los empleados (I)”, *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, nº 3, p. 40.

⁶⁷⁷ Nº recurso de casación para unificación de la doctrina 966/2007, Id Cendoj: 28079140012007101065. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/326542/Despido/20071018>

podría ser más discutible en el presente caso, pues no se trata de comunicaciones, ni de archivos personales, sino de los denominados archivos temporales, que son copias que se guardan automáticamente en el disco duro de los lugares visitados a través de Internet. Siendo más precisos, se trata más bien de rastros o huellas de la “navegación” en Internet y no de informaciones de carácter personal que se guardan con carácter reservado. No obstante, hay que entender que estos archivos también entran, en principio, dentro de la protección de la intimidad, sin perjuicio de lo ya dicho sobre las advertencias de la empresa.

En definitiva, el criterio que apoya el TS es que el empresario en virtud del art. 20.3 ET tiene la facultad de controlar el ordenador de la persona trabajadora ya que es mediante este medio por el que realiza la prestación laboral. Pero, como requisito insalvable respecto a este control, es necesario que exista un comunicado empresarial sobre las normas de uso de los medios de la empresa puestos a disposición de la persona trabajadora para uso personal dejando constancia de la posibilidad de revisión de estos.

En segundo lugar, en la sentencia del TS de 6 de octubre de 2011 (RJ 2011/7699⁶⁷⁸), aún se sostenía la doctrina de que al contar con la prohibición expresa del uso personal de los medios digitales de la empresa no era necesario informar a las personas trabajadoras de la supervisión su actividad.

La persona trabajadora fue despedida al comprobar la empresa el mal uso del ordenador⁶⁷⁹ pese a contar con la notificación de la empresa de la prohibición del uso personal del ordenador, móviles, internet o cualquier otro medio propio de la empresa. Ante las dudas generadas respecto a su rendimiento como a ciertas conductas sospechosas, el empresario estimó necesario realizar una monitorización de su ordenador. Una vez que se obtuvieron los resultados de este control informático, se procedió a visualizar el contenido en presencia de la demandante, de la RLT y encargados de instalar el software.

El TS se mostró partidario de reconocer la licitud de la instalación del *software* espía en el ordenador de la persona trabajadora como prueba que justificaba el despido. Llegó

⁶⁷⁸ N° recurso de casación para unificación de la doctrina 4053/2010, Id Cendoj: 28079140012011100741. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/6234178/Despido/20120118>.

⁶⁷⁹ SAN MARTIN MAZUCCONI, C. SEMPERE NAVARRO, A. (2018). “Sobre el control empresarial de los ordenadores”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n°. 3, pág. 1.

a concluir que se trató de un “sistema pasivo o poco agresivo, que capturaba lo que estaba en pantalla pero que no invadía la intimidad de la trabajadora, toda vez que la contraseña usada por ella impedía el acceso a sus archivos”. Por otro lado, afirmó que al determinar el empresario la prohibición expresa del uso personal de los dispositivos puestos a disposición de las personas trabajadoras, no sería válido que un convenio colectivo reconociera el derecho de uso de este. Por consiguiente, el hecho de que la persona trabajadora no respetase las normas de uso conllevaba como consecuencia que su confidencialidad pudiera quedar entre dicho, de forma que al utilizar un ordenador de la empresa para uso personal en contra de las directrices recibidas tenga alcance de protección y amparo su ámbito de intimidad.

Por tanto, el TS fue contundente al afirmar que si existe prohibición del uso personal del ordenador no se garantizan las condiciones de intimidad y, por tanto, de tolerancia a ese uso personal puesto que dicho uso es ilícito, y esto conllevaría privar al empresario de poder controlar y supervisar el uso de tales dispositivos⁶⁸⁰. Por tanto, consideró que ante la existencia de prohibición del uso personal del ordenador la legitimidad del empresario se encontraba justificada a efectos de supervisar incluso sin previo aviso. Sobre este aspecto, en su fundamento jurídico cuarto el TS admitió que precisamente era esta la cuestión clave a resolver, es decir, discernir si existirá o no un derecho de la persona trabajadora a que se respetase su intimidad cuando aun existiendo prohibición expresa del empresario decide utilizar el ordenador para fines personales. El TS respondió a este respecto que si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales no habrá tampoco derecho para hacerlo en unas condiciones que impongan un respeto a la intimidad o al secreto de las comunicaciones⁶⁸¹. En definitiva, porque al no existir una

⁶⁸⁰ *Vid.*, un análisis más exhaustivo en la jurisprudencia de los TSJ en SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. (2007). “El uso y el control empresarial de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral. Algunas pautas recurrentes en la doctrina judicial, para tener en cuenta. Comentario de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Eibar (Guipúzcoa), de 30 de mayo de 2006, y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 18 de enero de 2007”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 26. CALVO GALLEGO, F.J. (2012). “TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales. STSJ La Rioja 23 mayo 2011”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 71.

⁶⁸¹ En el mismo sentido la STS de 13 de septiembre de 2016, que dispone en el fundamento jurídico quinto lo siguiente “Que «[l]a cuestión clave -admitida la facultad de control del empresario y la licitud de una prohibición absoluta de los usos personales- consiste en determinar si existe o no un derecho del trabajador a que se respete su intimidad cuando, en contra de la prohibición del empresario o con una advertencia expresa o implícita de control, utiliza el ordenador para fines personales. La respuesta parece clara: si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales, no habrá tampoco derecho para hacerlo en unas condiciones que impongan un respeto a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, porque, al no existir una situación de tolerancia del uso personal, tampoco existe ya una expectativa razonable de intimidad y

situación de tolerancia del uso personal tampoco existe ya una expectativa razonable de intimidad, por lo que si el uso personal es ilícito no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo⁶⁸².

Por último, la STS de 8 de febrero de 2018 (RJ 2018/666⁶⁸³), comúnmente conocida como “Caso Inditex”. El TS resolvió un interesante recurso por el que debía determinar la licitud o ilicitud de las pruebas aportadas por la empresa que consistían en la comprobación del correo electrónico de la persona trabajadora.

La persona trabajadora, con categoría profesional de comprador y con el cargo de directora de sucursal, disponía de acceso a internet y era conocedora de la existencia de varias políticas empresariales: normativa sobre los sistemas de información y política de seguridad de la información. En resumen, ambas políticas declaraban el uso exclusivamente para fines profesionales de los dispositivos digitales, en este caso del ordenador, prohibiendo su uso para fines personales⁶⁸⁴.

Pese a lo anterior, fue despedida por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza al haber realizado compras a una entidad proveedora por importe de 15.734.080 dólares entre los años 2008 a 2013 así como haber recibido dos transferencias bancarias por esta entidad, de 11.000 y 39.000 euros, el 19 de junio de 2013. La persona trabajadora se envió a su cuenta corporativa un correo en el que se adjuntaban las

porque, si el uso personal es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo». N° recurso de casación 206/2015, Id Cendoj: 28079140012016100682. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3749312e5c18f305/20161005>

⁶⁸² GIL PLANA, J. (2014). “Control empresarial del uso personal por el trabajador de los medios tecnológicos de trabajo. Comentario a la STC 170/2013, de 7 de octubre”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 164, p. 35.

⁶⁸³ N° recurso de casación para unificación de la doctrina 1121/2015, Id Cendoj: 28079140012018100124. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/caec97ebe1e1545f/20180305>

⁶⁸⁴ Sobre el contenido de estas políticas, concreta el TS en su fundamento jurídico sexto que “los empleados del Grupo Inditex, cada vez que acceden con su ordenador a los sistemas informáticos de la compañía, y de forma previa a dicho acceso, deben de aceptar las directrices establecidas en la Política de Seguridad de la Información del Grupo Inditex, en la que se señala que el acceso lo es para fines estrictamente profesionales, reservándose la empresa el derecho de adoptar las medidas de vigilancia y control necesarias para comprobar la correcta utilización de las herramientas que pone a disposición de su empleados, respetando en todo caso las legislación laboral y convencional sobre la materia y garantizando la dignidad e intimidad del empleado, por lo que el actor era conocedor de que no podía utilizar el correo para fines particulares y que la empresa podía controlar el cumplimiento de las directrices en el empleo de los medios informáticos por ella facilitados”. Por lo que se desestima la alegación de la trabajadora que desconocía la prohibición del uso del correo electrónico corporativo para fines particulares así como su posible monitorización a efectos de control por la empresa.

mencionadas transferencias. Además, casualmente otro compañero de trabajo se encontró en las dependencias de las fotocopadoras copia sobre estas transferencias, entregándolas a su superior jerárquico. Por este motivo, la empresa llevó a cabo un proceso de auditoría interna que concluyó con la obtención de la prueba informática discutida en este proceso que se encontraba alojada en la cuenta corporativa de la persona trabajadora.

En cuanto a la calificación de las pruebas por las que la empresa justificó la procedencia del despido, el TSJ de Galicia en suplicación declaró la nulidad tanto las documentales como las testificales prestadas sobre este extremo ya que fueron obtenidas de forma ilícita. Sin embargo, sí aceptó las pruebas obtenidas de forma casual por otra persona trabajadora de la empresa en un lugar de acceso libre, las fotocopadoras.

La importancia que recae sobre esta sentencia es que se produjo con posterioridad a la doctrina del TEDH *Bărbulescu I*. De hecho, el TS puso de manifiesto que pese a tratarse de supuestos de hechos distintos pueden asimilarse entre ambos que la resolución “estriba en la ponderación de los intereses en juego, al objeto de alcanzar un justo equilibrio entre el derecho del trabajador al respeto de su vida privada y de su correspondencia, y los intereses de la empresa empleadora”. Concretamente, el TS cercó el interés en los siguientes aspectos para tener en cuenta: a) el grado de intromisión del empresario; b) la concurrencia de legítima razón empresarial justificativa de la monitorización; c) la inexistencia o existencia de medios menos intrusivos para la consecución del mismo objetivo; d) el destino dado por la empresa al resultado del control; e) la previsión de garantías para el trabajador.

Tras este análisis, el TS concluyó que la doctrina del TEDH no venía a añadir nada nuevo a la propia doctrina asentada por la Sala cuarta como por la doctrina del TC que se mencionará continuación. Por tales motivos consideró que la doctrina del TEDH recondujo la obligada ponderación de intereses, básicamente, a la superación del juicio de proporcionalidad.

En primer lugar, respecto al juicio de idoneidad se declaró probado que existían sospechas previas que motivaron el inicio de la monitorización, concretamente, el hallazgo causal de la prueba documental (las fotocopias de las transferencias bancarias). Ello pese a que existía un conocimiento previo sobre la prohibición expresa contenida en las políticas de la empresa respecto al uso personal de los dispositivos. De lo anterior se deduce que no existía una situación de tolerancia por parte de la empresa al uso personal por lo que tampoco existía una expectativa razonable de intimidad. Por otro lado, en

cuanto a la necesidad se justificó en que el proceso de auditoría interna que conllevó la fiscalización de la cuenta corporativa respondía a alcanzar un fin concreto y legítimo de la empresa, verificar como contrastar las irregularidades cometidas. Y, por último, fue además una medida ponderada y equilibrada en cuanto el examen de contenido del correo electrónico fue limitado y a través del servidor de la empresa conforme a parámetros de búsqueda que limitasen la invasión de la intimidad⁶⁸⁵.

Es por lo que concluyó que en el presente caso se cumplieron escrupulosamente los parámetros que impera el juicio de proporcionalidad expuestos respecto a las facultades de control del empresario que colisionan con los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. Concluyendo este análisis doctrinal del TS, se ha puesto de manifiesto la importancia de contar con una política de buen uso de los dispositivos digitales por las personas trabajadoras como medida que legitima al empresario a efectuar una monitorización sin previo aviso. Pero, también, como garantía para las personas trabajadoras de conocer de forma transparente los criterios de uso y las posibles consecuencias disciplinarias que de este puedan derivar ante una posible monitorización del empresario como para sus derechos fundamentales.

1.1.2. La doctrina del TC en relación con el control y acceso de dispositivos digitales.

A continuación de esta evaluación sobre la doctrina del TS respecto a la necesidad de contar con un criterio o política de buen uso de los dispositivos puestos a disposición de las personas trabajadoras, se comienza el estudio con el TC en su sentencia 241/2012, de 17 de diciembre⁶⁸⁶.

⁶⁸⁵ Concretamente, expone el TS en el fundamento jurídico sexto que “se examinó el contenido de ciertos correos electrónicos de la cuenta de correo corporativo del actor, pero no de modo genéricos e indiscriminado, sino tratando de encontrar elementos que permitieran seleccionar que correos examinar, utilizando para ello palabras clave que pudieran inferir en qué correos podría existir información relevante para la investigación, [y atendiendo a la] proximidad con la fecha de las transferencias bancarias» [así, en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, pero con valor de HDP (..); y sin que deje ser relevantes dos circunstancias: a) que el contenido extraído se limitó a los correos relativos a las transferencias bancarias que en favor del trabajador le había realizado -contrariando el Código de Conducta-un proveedor de la empresa; y b) que -además y según se indica en la misma resolución del J/S- el control fue ejercido sobre el «correo corporativo del demandante, mediante el acceso al servidor alojado en las propias instalaciones de la empresa; es decir, nunca se accedió a ningún aparato o dispositivo particular del demandante...; a lo que se accedió es al servidor de la empresa, en la que se encuentran alojados los correos remitidos y enviados desde las cuentas corporativas de todos y cada uno de los empleados”.

⁶⁸⁶ Recurso de Amparo núm. 7304/2017, (Aranzadi JUR\ RTC 2012\241).

En este procedimiento, la persona trabajadora en coautoría con otra compañera de trabajo instaló sin autorización ni conocimiento de la empresa en un ordenador de uso común el programa “*Trillian*”. Ambas trabajadoras utilizaron este programa, que consistía en un sistema de mensajería instantánea, para arrojar “comentarios críticos, despectivos o insultantes en relación con sus compañeros de trabajo, superiores y clientes”. Este tipo de actitudes fueron descubiertas por otro compañero de trabajo cuando se accedió a la “unidad C” del citado ordenador que era utilizado de forma indistinta por toda la plantilla.

Tras las comprobaciones efectuadas por la empresa se notificó a ambas trabajadoras la asistencia a una reunión a la que también acudieron cuatro responsables y dirigentes de la empresa. El fin fue la lectura de alguna de las conversaciones y el resumen de las restantes de aquellas que fueron almacenadas en este programa informático. Descontentas por esta acción, las trabajadoras presentaron demanda contra la empresa por vulneración de derechos fundamentales, derecho a la intimidad personal *ex art. 18.1 CE* y al secreto de las comunicaciones *ex art. 18.3 CE*, siendo desestimadas en el Juzgado de lo Social núm. 9 de Sevilla, por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía y por la Sala de lo Social del TS por el que se inadmitió el recurso de casación para la unificación de la doctrina.

Como se podrá comprobar el objeto de debate en esta cuestión era determinar si se había vulnerado tales derechos por la empresa al acceder a las conversaciones que habían sido almacenadas en el programa de mensajería instalado por las recurrentes. Respecto al derecho a la intimidad, el TC estimó que no existía expectativa de privacidad por cuanto fueron las propias trabajadoras quienes instalaron conscientemente un programa de mensajería en la denominada “unidad C” del ordenador de acceso común. Por lo tanto, ante una actuación consciente y voluntaria fueron ellas mismas las que posibilitaron que otras personas de la empresa pudieran tener acceso a las conversaciones, motivo por el que se justificó que no existió vulneración de este derecho.

Por otro lado, en relación con el secreto de las comunicaciones el TC manifestó que en el ámbito de las relaciones laborales es común el uso de dispositivos informáticos como el ordenador. A este respecto, también señaló que el empresario en el ejercicio de sus facultades de dirección y control puede fijar las condiciones de uso de estos dispositivos así como determinar las posibilidades de vigilar y controlar a través de la monitorización de estos dispositivos del cumplimiento de las obligaciones laborales. Es decir, a través de “de diferentes instrumentos como órdenes, instrucciones, protocolos o

códigos de buenas prácticas, de manera que la empresa no quede privada de sus poderes directivos ni condenada a permitir cualesquiera usos de los instrumentos informáticos sin capacidad alguna de control sobre la utilización efectivamente realizada por el trabajador⁶⁸⁷.”

Una vez expuesto lo anterior y para evaluar si la actuación objeto de controversia forma parte del ámbito de protección del art. 18.3 CE destaca el TC que deben evaluarse dos aspectos. Por un lado, se declaró probado que el ordenador era de uso común para la totalidad de la plantilla y que, por tanto, no era posible estimar un uso exclusivamente privado de este. Por otro lado, existía una prohibición expresa y previa de la empresa de instalar programas en este ordenador de uso común, eliminando cualquier tipo de expectativa de tolerancia sobre el uso personal del dispositivo de propiedad empresarial⁶⁸⁸.

Por consiguiente, el TC concluyó que dado que existía una incompatibilidad entre el uso personal efectuado por ambas recurrentes a un dispositivo de propiedad empresarial. Esta incompatibilidad se materializó en la transgresión de la buena fe contractual al haber instalado un programa informático pese a las instrucciones contrarias recibidas a tal respecto. Además, se trataba de comunicaciones entre dos trabajadoras a través de un programa informativo constituyendo en este caso, dado el carácter y acceso común del ordenador, de comunicaciones en régimen abierto. En definitiva, estas actuaciones impiden considerar la existencia de una expectativa razonable de confidencialidad que encontrase cobertura constitucional puesto que no se justifican los parámetros necesarios.

Por lo tanto, la actuación del empresario fue legítima, tanto en la proporcionalidad como en el alcance puesto que se llevó cabo con una estricta finalidad de verificación de los incumplimientos laborales cometidos por las trabajadoras y de forma limitada en el tiempo.

En segundo lugar, en la STC 170/2013 de 7 de octubre⁶⁸⁹, se planteó un caso de despido tras la comprobación por la empresa que la persona trabajadora había compartido

⁶⁸⁷ Fundamento jurídico quinto párrafo segundo.

⁶⁸⁸ NAVARRO NIETO, F. (2018). “El alcance del derecho al respeto de la correspondencia del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Temas Laborales*, nº 145, p. 172.

⁶⁸⁹ Recurso de Amparo núm. 2907/2011, (Aranzadi JUR\ RTC 2013\170).

información confidencial a otra entidad mercantil. Para ello, la persona trabajadora se valió de los medios digitales, tales como el teléfono móvil y el correo electrónico, puestos a su disposición por la empresa. En consecuencia, la empresa solicitó la presencia de un notario en las instalaciones para que levantase acta respecto al contenido de los SMS del teléfono móvil y, en compañía de un técnico informático, de la identificación del disco duro para efectuar una copia de este.

El objeto de debate, y no es casualidad, era determinar si se había violentado conjuntamente el derecho a la intimidad *ex art. 18.1 CE* y el derecho al secreto de las comunicaciones *ex art. 18.3 CE* de las personas trabajadoras ante la monitorización llevada a cabo por el empleador. Téngase en cuenta que en este caso el Convenio Colectivo aplicable preveía como infracción leve la utilización por las personas trabajadoras de los medios informáticos propiedad de la empresa para fines distintos a los propios de la prestación laboral.

Por tanto, el TC debía despejar la incógnita sobre si la determinación de una cláusula infractora en el convenio colectivo aplicable a la relación laboral permitía sustentar la actividad de control y fiscalización del empresario *ex art. 20.3 ET*, calificándose o no de ilícita la prueba obtenida⁶⁹⁰. De hecho, lejos de la calificación infractora que se ha señalado, en este caso no existía una comunicación previa tanto del uso de los dispositivos digitales como de las posibilidades de monitorización a efectos de controlar la actividad laboral puesto que la actuación empresarial encontraba legitimidad en los intereses constitucionalmente protegidos, *ex art. 33.1 y 38 CE*, en sintonía con el respeto del principio de proporcionalidad como salvaguarda de la dignidad del trabajador *ex art. 10.1 CE*.

⁶⁹⁰ GIL PLANA plantea que esta pauta interpretativa genera serias dificultades por los siguientes motivos. Por un lado, si la previsión legal del art. 20.3 ET no fuera suficiente para justificar el control laboral de los dispositivos electrónicos no parece acertado que una previsión convencional en el régimen sancionador sí se considerase habilitante a este respecto. Por este motivo concluye que debe afirmarse si el art. 20.3 ET habilita expresamente al empresario a ejercer su facultad de control con sujeción a los criterios constitucionales de proporcionalidad en observancia de los derechos fundamentales. O por el contrario, el art. 20.3 ET no es suficiente para justificar o legitimar este control y negar esta posibilidad implicaría en el mismo sentido que tampoco fuese posible encontrar la habilitación en una cláusula convencional como la examinada. GIL PLANA, J. (2014). “Control empresarial del uso personal por el trabajador de los medios tecnológicos de trabajo. Comentario a la STC 170/2013, de 7 octubre”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 164, p. 34.

Siguiendo la doctrina marcada por la anterior STC 241/2012⁶⁹¹, el TC llegó a concluir un aspecto bastante interesante respecto a si el correo electrónico alcanzaba protección constitucional bajo el paraguas de los arts. 18.1 y 18.3 CE. Dictaminó a tal respecto que en este supuesto “no podía existir una expectativa fundada y razonable de confidencialidad respecto al conocimiento de las comunicaciones mantenidas por el trabajador a través de la cuenta de correo proporcionada por la empresa y que habían quedado registradas en el ordenador de propiedad empresarial”.

Ello sugiere una doble interpretación, la expectativa de confidencialidad no existe para los correos electrónicos corporativos pero sí respecto a los correos electrónicos de uso personal aunque se envíen desde ordenadores propiedad de la empresa. Y ¿cuál es motivo para llegar a esta conclusión? Pues como justifica el TC que la remisión de mensajes se llevó a cabo a través de un canal de comunicación abierto, es decir, al ámbito de la empresa que permitía el ejercicio del poder de fiscalización por el empresario y por tal motivo no puede entenderse conculcado el art. 18.3 CE puesto que no se ha producido “una interceptación o conocimiento antijurídicos de comunicaciones ajenas realizadas en canal cerrado”.

En definitiva, el TC estimó que la cláusula convencional habilitaba al empresario, como titular de estas herramientas informáticas, a ejercer su facultad de vigilancia y control con respaldo constitucional (arts. 33.1 y 38 CE) y legal (art. 20.3 ET). En consecuencia, se desestima la existencia de una expectativa razonable de privacidad que impidiese esta actuación. Dicho lo anterior, la medida cumplió estrictamente con el principio de proporcionalidad en cuanto a la idoneidad, justificación, necesidad y ponderación en cuanto que la aportación de los correos electrónicos como medio de prueba solo se refería contenidos profesionales sin reflejo de aspectos específicos sobre la vida privada de la persona trabajadora⁶⁹².

⁶⁹¹ Recurso de Amparo núm. 7304/2007, (Aranzadi JUR\ RTC 2012\241).

⁶⁹² Así, es posible diferenciar como consecuencia de esta doctrina del TC una doble posibilidad en cuanto al control y vigilancia por el empresario de los dispositivos electrónicos. En primer lugar, un control genérico de la actividad laboral que es realizada que no necesariamente debe centrarse en el uso de estos medios tecnológicos y que deberá observar los parámetros del juicio de proporcionalidad. Y, en segundo lugar, una vigilancia empresarial específica centrada, exactamente, en el uso de las herramientas digitales por el trabajador. Para efectuar este control el empresario deberá previamente analizar la política empresarial al respecto para luego aplicar el test de proporcionalidad a la posible acción de monitorización, por lo que se refleja un doble requisito. ¿Por qué motivo? Pues evidentemente para determinar si existe o no la denominada “expectativa razonable de privacidad”. GIL PLANA, J. (2014). “Control empresarial del uso personal por el trabajador de los medios tecnológicos de trabajo, *ob. cit.*, p. 33.

Este pronunciamiento es cuanto menos controvertido puesto que inclinó la balanza hacia la facultad disciplinaria como respuesta a una actuación *in vigilando* del empresario. Y ello pese a la inexistencia de unas instrucciones previas sobre buen uso como de las posibilidades de fiscalización. Pero, sin embargo, se ha podido comprobar que la restricción de los derechos fundamentales en cuestión se encontraba justificada, cumpliendo escrupulosamente los parámetros constitucionales y así se manifestó con el sentido del fallo por el que se le otorgó al empresario el amparo constitucional⁶⁹³.

1.1.3. La doctrina del TEDH en relación con el control y acceso de dispositivos digitales.

Respecto a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en lo que se refiere a los límites al poder de vigilancia y control del empresario, vamos a señalar la doctrina existente en los casos *Copland* y *Bărbulescu I y II*.

La STEDH de 3 de abril de 2007 (caso *Copland* contra Reino Unido) analizó el carácter lícito de la facultad de control llevada a cabo por el empleador en cuanto a verificar que respeta lo previsto en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El tribunal basó su argumentación en una sentencia anterior y de similares características a la que estudiamos, el caso *Halford* contra Reino Unido. El máximo garante de los derechos humanos planteó que debía respetarse la intimidad de las personas trabajadoras respecto al uso de los dispositivos tecnológicos facilitados para el desempeño de la actividad laboral. De forma que, a raíz del art. 8 del Convenio el gobierno británico debió

⁶⁹³ El razonamiento del TC por el que justificó la proporcionalidad de la medida es el siguiente. “Se trataba en primer lugar de una medida justificada, puesto que, conforme consta en la Sentencia de instancia, su práctica se fundó en la existencia de sospechas de un comportamiento irregular del trabajador. En segundo término, la medida era idónea para la finalidad pretendida por la empresa, consistente en verificar si el trabajador cometía efectivamente la irregularidad sospechada: la revelación a terceros de datos empresariales de reserva obligada; al objeto de adoptar las medidas disciplinarias correspondientes. En tercer lugar, la medida podía considerarse necesaria, dado que, como instrumento de transmisión de dicha información confidencial, el contenido o texto de los correos electrónicos serviría de prueba de la citada irregularidad ante la eventual impugnación judicial de la sanción empresarial; no era pues suficiente a tal fin el mero acceso a otros elementos de la comunicación como la identificación del remitente o destinatario, que por sí solos no permitían acreditar el ilícito indicado. Finalmente, la medida podía entenderse como ponderada y equilibrada; al margen de las garantías con que se realizó el control empresarial a través de la intervención de perito informático y notario, ha de partirse de que la controversia a dirimir en este recurso se ciñe a los correos electrónicos aportados por la empresa como prueba en el proceso de despido que fueron valorados en su decisión por la resolución judicial impugnada: en concreto, los relativos a datos sobre la cosecha de 2007 y 2008. No consta en las actuaciones que el contenido de estos mensajes refleje aspectos específicos de la vida personal y familiar del trabajador, sino únicamente información relativa a la actividad empresarial, cuya remisión a terceros, conforme a la Sentencia recurrida, implicaba una transgresión de la buena fe contractual.”

respetar la vida privada de las personas trabajadoras, integrada esta en los correos electrónicos, las llamadas telefónicas y los accesos a internet⁶⁹⁴. Ante la falta de notificación de las condiciones de uso como de aviso previo por el empresario de la posibilidad de supervisar tales medios la privacidad de las personas trabajadoras fue vulnerada. Por lo que, la injerencia en el ámbito privado debiera estar amparada de forma expresa por una ley o con el propio consentimiento de la persona trabajadora⁶⁹⁵.

Con posterioridad, en la STEDH de 12 de enero de 2016 (conocida como *Bărbulescu I*) y que fue corregida posteriormente por el criterio sentado por la Gran sala el 5 de septiembre de 2017, se distingue de la anterior porque el análisis se suscita respecto al uso personal de la cuenta de correo⁶⁹⁶ de la persona trabajadora aun contando con una instrucción empresarial que lo prohibía.

El Sr. Bărbulescu interpuso demanda por despido al comprobar y notificarle que había utilizado la cuenta de correo para fines personales⁶⁹⁷, contraviniendo la normativa interna de buen uso de esta⁶⁹⁸. Al acudir a esta instancia, se planteó si existió vulneración del art. 8 del CEDH o, por el contrario, se había garantizado el equilibrio entre derechos y deberes en la relación laboral. Tomando como referencia la teoría del caso *Copland*

⁶⁹⁴ TRUJILLO PONS, F. (2016). “El uso del correo electrónico en el ambiente laboral y el modo en que éste puede afectar al derecho a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 41, p. 4.

⁶⁹⁵ CARRIZOSA PRIETO, E. (2016). “Despido y derecho a la intimidad informática ¿Un sistema de garantías pendiente de construcción?”, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 132. p. 222.

⁶⁹⁶ Si se lleva a cabo una lectura detenida de la sentencia, es posible darse cuenta de que la empresa solicita al trabajador a crear una cuenta personal de Yahoo! para fines laborales. Es decir, no estamos ante una cuenta de correo corporativa titularidad de la empresa, sino que los trabajadores abren su cuenta por orden del empleador. APARICIO ALDANA plantea la licitud de tal medida puesto que se trata de una cuenta de correo de carácter personal a la que se da un uso profesional. A su modo de entender esta cuestión, debe ser la empresa la que debe aportar al trabajador todos los medios necesarios para desarrollar la prestación laboral. Un problema que se pone de relieve es la titularidad de los sistemas informáticos y del ordenador a los que el empresario quiere supervisar y controlar. En este sentido, sostiene que el empleador sí que estaba facultado para ejercer la supervisión como titular de los ordenadores. Incluso, podría haber controlado los periodos de tiempo en los que se utilizaba la cuenta de correo Yahoo! pero no para acceder al contenido, por ser titular de la cuenta el trabajador. APARICIO ALDANA, R. (2016). “Servicios de mensajería personal del trabajador y ordenador de la empresa. A propósito de la STEDH, de 12 de enero de 2016 (Caso BĂRBULESCU v. Rumanía)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, nº 1, pp. 109-114.

⁶⁹⁷ ORTEGA LOZANO, P. G. (2018). “La buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo como causa de finalización de la relación laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 213, pp. 1-45.

⁶⁹⁸ MARIN ALONSO, I. (2005). *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 45.

respecto a la expectativa de privacidad de las personas trabajadoras ante la inexistencia de comunicación de política interna o posibilidad de revisión por el empresario, este no podía haber actuado de forma legítima para llevar a cabo tal comprobación. Pero, en este caso el Sr. Bărbulescu si era conocedor de la existencia de una política de uso lo que despeja la noción del ámbito privado del trabajador⁶⁹⁹. Aunque, en cualquier caso, no parece que el demandante hubiera sido informado con antelación del alcance y la naturaleza de la supervisión efectuada por su empleador o de la posibilidad de acceder al contenido de sus comunicaciones⁷⁰⁰.

El Tribunal acogió este criterio en su sentencia al corroborar que de las pruebas aportadas se desprende que el demandante había sido informado del reglamento interno de la empresa, que prohibía el uso de los recursos de la empresa para fines personales⁷⁰¹, por tanto, conocía el contenido de este documento y lo había firmado el 20 de diciembre de 2006⁷⁰². Además, la empresa distribuyó una nota informativa de fecha 26 de junio de 2007 entre todos los empleados, en la que recordaba la prohibición de uso de los recursos de la empresa para uso personal y precisó que una empleada había sido despedida por violar tal prohibición⁷⁰³. El demandante tenía conocimiento de esa nota y la firmó en una

⁶⁹⁹ MOLINA NAVARRETE, C. (2019). “Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral”, en ARENAS RAMIRO, M. ORTEGA GIMÉNEZ, A. *Protección de Datos: Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*. Madrid, España Editorial Sepin, p.371.

⁷⁰⁰ Apartado 78 de la sentencia.

⁷⁰¹ Apartado 12 de la sentencia: “El reglamento interno de la empresa prohibía la utilización por parte de los empleados de los recursos de la empresa en los siguientes términos: Artículo 50 “Está estrictamente prohibido perturbar el orden y la disciplina en el recinto de la empresa y particularmente: (...) - (...) usar los ordenadores, fotocopiadoras, teléfonos, el télex y la máquina de fax con fines personales.”

⁷⁰² Apartado 14 de la sentencia: “Se desprende de los documentos presentados al expediente por el Gobierno que el demandante había sido informado del reglamento interno de la empresa, y lo había firmado, tras haberlo leído en fecha 20 de diciembre de 2006”.

⁷⁰³ Apartado 15 de la sentencia: “El 3 de julio de 2007, la oficina de Bucarest recibió y distribuyó a todos los empleados una nota informativa (“la nota informativa”) redactada y enviada el 26 de junio de 2007 por la oficina central de Cluj. La empresa pidió a los empleados que leyeran la nota y la firmaran. En sus partes aplicables, la nota decía: “1. (...) El tiempo que se pasa en la empresa debe ser tiempo de calidad para todo el mundo! Acudid al trabajo para ocuparos de los problemas de la empresa y profesionales, y no de los problemas privados! No paséis el tiempo en internet, hablando por teléfono o haciendo fotocopias de cuestiones que no competen a vuestro trabajo ni vuestras funciones. Estáis obligados a ello por [la educación elemental], el buen sentido y la ley! La empresa se ve en la obligación de verificar y vigilar el trabajo de los empleados y de tomar las medidas oportunas contra los trabajadores en falta! Vuestras faltas serán en la alternativa vigiladas y castigadas! 2. Debido a las continuadas faltas [de indisciplina cometidas] en contra de su superior, [así como] a la utilización que hizo de internet, del teléfono y de la fotocopiadora con fines privados, su negligencia e incumplimiento de sus funciones, la Sra. B.A. ha sido despedida por motivos disciplinarios! Tomad nota de este ejemplo negativo! No cometáis los mismos errores! 3. Leed atentamente el convenio colectivo, el reglamento interno de la empresa la descripción de vuestro puesto de

fecha que no se especifica, pero que fue entre el 3 y el 13 de julio de 2007⁷⁰⁴. Por último, el Tribunal recordó que el 13 de julio de 2007 el demandante fue citado dos veces⁷⁰⁵ por su empleador para explicar el uso personal de Internet⁷⁰⁶.

En esta comparativa de criterios, el TEDH consideró que el tribunal de instancia dejó a un lado el liberalismo empresarial, palpable en el caso *Copland*, en pro de un derecho mínimo de un espacio reservado de intimidad de las personas trabajadoras, caso *Bărbulescu*, considerando a tal respecto que debía corregir la jurisprudencia de la monitorización sin advertencia previa, es decir, el denominado control oculto. El motivo, que esta teoría rompe totalmente con el espacio reservado que garantiza la expectativa o garantía de intimidad⁷⁰⁷. Por tanto, las instrucciones de una empresa no pueden anular el ejercicio de la privacidad social en el puesto de trabajo en donde el respeto a la privacidad y confidencialidad de las comunicaciones sigue siendo necesario, aunque pueden limitarse dentro de las medidas de necesidad⁷⁰⁸.

En cuanto a la legitimidad de la medida, el tribunal afirmó que contaba con la observación de los principios de proporcionalidad y razonabilidad puesto que el fin fue constatar el incumplimiento de la recomendación de uso del correo electrónico. Este criterio también fue compartido por los tribunales rumanos en primera instancia

trabajo y el contrato de trabajo que habéis firmado! Estos son la base de nuestra colaboración! Aquella entre la empresa y el trabajador! (...)”

⁷⁰⁴ Apartado 16 de la sentencia: “Asimismo, se desprende de los documentos presentados al expediente por el Gobierno, entre otros el registro de presencia de la empresa, que el demandante tuvo conocimiento de esta nota y la firmó entre el 3 y el 13 de julio de 2007”.

⁷⁰⁵ Apartado 18 de la sentencia: “El 13 de junio de 2007 a las 16 h. 30, el demandante fue convocado por su director. La convocatoria le informaba de que se habían supervisado sus conversaciones en Yahoo Messenger y que ciertos elementos indicaban que había utilizado internet con fines personales, contrariamente al reglamento interno. Se adjuntaban gráficas que indicaban que su navegación por internet era superior a la del resto de sus colegas. En este momento no fue informado si la supervisión de sus comunicaciones también afectaba a su contenido. La convocatoria estaba redactada en los siguientes términos: “Deberá explicar por qué utiliza los recursos de la empresa con fines personales (conexión a internet, Messenger) durante las horas de trabajo, tal y como demuestran los gráficos que se adjuntan.”

⁷⁰⁶ Apartado 20 de la sentencia: “A las 17 h. 20 fue convocado por segunda vez. La convocatoria estaba redactada en los siguientes términos: “Explique por qué toda la correspondencia intercambiada entre los días 5 y 12 de julio de 2007 utilizando el identificador en internet de S. Bucarest era de interés privado, como lo demuestran las 45 páginas que se adjuntan.”

⁷⁰⁷ BERMEJO BOSCH, R. BOTELLA VIVÓ, S. (2016). “La sentencia del TEDH sobre el control por el empleador del uso del correo electrónico (mensajería instantánea) por sus empleados (Caso *Bărbulescu vs Rumanía* nº 61496/08 de 12 de enero de 2016)”, *Revista Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº 43, p. 92

⁷⁰⁸ Apartado 80 de la sentencia.

estimando la procedencia del despido al respetar la legislación local. El tribunal constató que la medida adoptada por el empresario no fue abusiva y que dichos tribunales internos mantuvieron el equilibrio apropiado entre el art. 8 del CEDH y los intereses de su empresario⁷⁰⁹. En definitiva, que no había existido transgresión del art. 8 del CEDH y había primado la facultad control y vigilancia del empresario para comprobar el grado de cumplimiento por la persona trabajadora de los medios que utiliza en el desarrollo de la prestación laboral.

Por contra y dejando constancia de su opinión, el magistrado portugués Pinto de Albuquerque argumentó que el caso ofreció una excelente ocasión para que el TEDH desarrollara su jurisprudencia en el campo de la protección de la privacidad con respecto a las comunicaciones de los empleados por Internet. Las características novedosas de este caso se referían a la inexistencia de una política de vigilancia de Internet, debidamente implementada y aplicada por el empleador, la naturaleza personal y sensible de las comunicaciones del empleado a las que tuvo acceso el empleador y el amplio alcance de divulgación de estas comunicaciones durante el proceso disciplinario incoado contra el empleado. Estos hechos deberían haber incidido en la forma en que se evaluó la validez del proceso disciplinario y la sanción pero, lamentablemente, tanto los tribunales nacionales como la mayoría de la Corte pasaron por alto estas características fácticas cruciales del caso.

El magistrado Pinto manifestó que las personas trabajadoras “no abandonan su derecho a la privacidad y la protección de datos todas las mañanas en las puertas del lugar de trabajo”. Las nuevas tecnologías hacen que la intromisión en la vida privada del empleado sea más fácil para el empleador y más difícil de detectar para el empleado, agravando el riesgo por la desigualdad connatural de la relación laboral. Un enfoque centrado en los derechos humanos para el uso de Internet en el lugar de trabajo requiere un marco regulatorio interno transparente, una política de implementación coherente y una estrategia de aplicación proporcionada por parte de los empleadores. Dicho marco regulatorio, política y estrategia estaban totalmente ausentes en el presente caso. La interferencia con el derecho del solicitante a la privacidad fue el resultado de una decisión de despido tomada sobre la base de una medida *ad hoc* de vigilancia de Internet por parte

⁷⁰⁹ CUADROS GARRIDO, M.E. (2017). “La mensajería instantánea y la STEDH de 5 de septiembre de 2017”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 11, p. 12.

del empleador del solicitante, con drásticos efectos indirectos en la vida social del solicitante⁷¹⁰.

Posteriormente, y tomando como referencia el análisis efectuado por el magistrado Pinto, la Gran Sala acogió en cierto modo su razonamiento. Así, en septiembre de 2017 dictaminó sobre el recurso a la sentencia comentada y dio lugar al *Caso Bărbulescu II*⁷¹¹. Este nuevo criterio del TEDH significó un vuelco al pronunciamiento anterior ya que determinó que, pese a existir una normativa interna de uso debía existir una advertencia previa del empresario de las posibilidades de control a las personas trabajadoras⁷¹². Concretamente, respecto a indicar de hecho, la naturaleza y alcance de los controles antes de adoptar las medidas que podría generar una expectativa razonable de confidencialidad no neutralizada⁷¹³. El Tribunal fue consciente de que la sociedad de la información está

⁷¹⁰ Su criterio se puede plasmar en el análisis de los siguientes apartados: a) La inexistencia de una política de uso de internet debidamente implementada en la organización: la normativa interna dada por la empresa al trabajador omitió cualquier referencia a una política de vigilancia de Internet que se esté implementando en el lugar de trabajo. La propia mayoría del tribunal reconoce que se discute si la política de vigilancia de Internet de la empresa había sido notificada al solicitante antes de la interferencia con sus comunicaciones por Internet. La mera comunicación del empleador a los empleados de que “su actividad estaba bajo vigilancia” es manifiestamente insuficiente para brindar a estos últimos información adecuada sobre la naturaleza, alcance y efectos del programa de vigilancia de Internet implementado. Una “política” tan mal redactada, si existía, ofrecía muy poca protección a los empleados. Desafortunadamente, pese a esta duda manifiesta la mayoría de los magistrados no mostraron mayor interés sobre este hecho que considera el magistrado portugués de crucial en la resolución. b) El marcado carácter sensible de las comunicaciones del empleado: la naturaleza de algunos de los mensajes de la demandante se refirió a los problemas de salud sexual que afectaban al demandante ya su prometida. Este tema pertenece al núcleo de la vida privada del solicitante y requiere la protección más intensa en virtud del artículo 8 CEDH. Además de estos datos sensibles, los mensajes también tratan de otra información personal, como su malestar con el entorno laboral hostil. El empleador accedió no solo a la cuenta de Yahoo Messenger profesional creada por el solicitante, sino también a su propia cuenta personal. El empleador no tenía derechos de propiedad sobre la cuenta de Yahoo Messenger del empleado, a pesar de que el ordenador utilizado por el empleado pertenecía al empleador. c) El conocimiento de terceros de dichos datos por la divulgación de las comunicaciones: la injerencia del empleador al acceder al correo electrónico del trabajador tuvo amplios efectos sociales adversos, ya que las transcripciones de los mensajes se pusieron a disposición de los colegas del demandante e incluso éstos las discutieron. Incluso, si se aceptara que la injerencia en el derecho del solicitante al respeto a la vida privada estaba justificada en este caso, lo cual no fue así, el empleador no tomó las medidas cautelares necesarias para asegurar que los mensajes altamente sensibles se restringieran.

⁷¹¹ STEDH de 5 de septiembre de 2017.

⁷¹² ROSENBAUM CARLI, F. (2020). “El derecho a la vida privada del trabajador y los poderes del empleador: jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista IUSLabor*, n° 2, p. 59.

⁷¹³ Uno de los aspectos más relevantes de esta sentencia es que es dictada tras la aprobación del RGPD, de 27 de abril de 2016 tomándolo en consideración junto con la Recomendación CM/Rec. (2015)5 relativa al tratamiento de datos personales en el ámbito laboral. Apoyado en la normativa anterior y lo dispuesto en el CEDH como en la normativa interna de Rumanía, entiende el tribunal que el empresario no puede acceder al contenido de los correos electrónicos del trabajador porque existía una expectativa razonable de confidencialidad no neutralizada. Este hecho pone de relieve la vulneración del art. 8 del CEDH señalando como requisitos: la información previa de la posibilidad de control antes de adoptar tales medidas, la priorización de medidas frente a los controles como puede ser limitar el acceso a determinados sitios web,

en un proceso de evolución constante plantea que para garantizar la proporcionalidad y garantías contra la arbitrariedad del empleador aseveró que las autoridades nacionales deberán tener en cuenta lo siguiente:

1. Las personas trabajadoras deben ser informadas de la posibilidad de supervisión y control por parte del empresario de forma clara, previa y de la naturaleza de este.
2. En lo que se refiere al alcance de la supervisión debe tenerse en cuenta varios aspectos: el control de flujo de comunicaciones y su contenido, el acceso a la totalidad o parte de ellas, así como la duración y el número de personas que acceden a tal información.
3. El empresario, en cuanto a su ejercicio de legitimidad en las facultades de control y supervisión, deberá justificar que al momento de la revisión ha llevado a cabo la medida menos invasiva en cuanto a la vulneración del espacio reservado de las personas trabajadoras.
4. El principal fin de la supervisión y control de los medios informáticos las personas trabajadoras es alcanzar el objetivo propuesto por la medida. Por ejemplo, en la revisión del correo electrónico constatar que se ha utilizado para fines contrarios a los profesionales⁷¹⁴.
5. Por último y no menos importante, para garantizar la legitimidad de todo lo expuesto anteriormente las personas trabajadoras han de tener conocimiento del acceso a dicho contenido, prosperando la buena fe necesaria en las relaciones laborales⁷¹⁵.

Conforme a lo expuesto anteriormente, se comparte con ROJO TORRECILLA que “los tribunales nacionales no verificaron si el trabajador había sido advertido con

así como garantizar la transparencia en el tratamiento de datos personales. LÓPEZ DE LA FUENTE, G. (2017). “La doctrina jurisprudencial del tribunal europeo de derechos humanos sobre el control de las comunicaciones electrónicas en el trabajo: ¿el fin de una eterna cuestión?” *Revista de estudios europeos*, nº 69. p. 11.

⁷¹⁴ GRAU PINEDA, C. (2008). “La transgresión de la buena fe contractual en el uso personal del ordenador de la empresa: la legitimidad del control empresarial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 11, pp. 1-11.

⁷¹⁵ *Cfr.*, con la STEDH *Libert v. Francia*, de 22 de febrero de 2018. En este caso, el TEDH entendió que, de conformidad con la jurisprudencia francesa, no existió injerencia en el derecho a la vida privada de la persona trabajadora ex art. 8 CEDH puesto que había almacenado en un dispositivo de carácter profesional datos sin distinción del carácter personal y/o profesional. Por tanto, los ficheros creados por la persona trabajadora “se presumían de carácter profesional, excepto si el empleado los identificaba como personales, y por tanto el empleador podía abrirlos en su ausencia. Se deducía del derecho positivo, tal como estaba establecido en la época de los hechos de la causa, que el empleador dentro de estos límites podía abrir los archivos almacenados en el ordenador profesional de un empleado”.

anterioridad de la vigilancia que iba a llevarse a cabo de sus comunicaciones electrónicas efectuadas desde la cuenta profesional, ni tampoco hasta qué punto se ha producido una intromisión en la vida privada del trabajador en el ámbito de la relación de trabajo que hubiera podido alcanzarse por vías menos invasivas⁷¹⁶. Y este es el criterio del TEDH, constatando que los tribunales nacionales rumanos no observaron el cumplimiento del test de proporcionalidad.

Este nuevo pronunciamiento, apodado como *Bărbulescu II* reforzaría el carácter privado e íntimo de las personas trabajadoras en las relaciones laborales avalando el equilibrio de los derechos fundamentales con las facultades de dirección del empresario⁷¹⁷. En esta segunda valoración de los hechos, el Tribunal dejó a un lado la advertencia previa del empresario al trabajador⁷¹⁸ pero ello no es óbice para que el empresario en el ejercicio de su interés legítimo puede reducir a la nada la vida privada social en el lugar de trabajo. Por tanto, constatada la vulneración del art. 8 del CEDH, se abandonaron las posiciones existentes hasta el momento, a saber: las que argumentaban que el control empresarial es una medida legítima e inherente al contrato de trabajo y que la prohibición expresa despeja la posible confidencialidad⁷¹⁹, y, en contra, quienes se mostraron partidarios a que la empresa no pudiera realizar un control general en el uso del ordenador e internet ante la prohibición de este uso para fines ajenos a los profesionales⁷²⁰.

⁷¹⁶ ROJO TORRECILLA, E. (6 de septiembre de 2017). De *Barbulescu I* a *Barbulescu II*. La Gran Sala del TEDH refuerza la protección del trabajador frente al control y vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el ámbito laboral por parte empresarial. Notas a la importante sentencia de 5 de septiembre de 2017, y amplio recordatorio de la sentencia de la Sala Cuarta de 12 de enero de 2016, disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/09/de-barbulescu-i-barbulescu-ii-la-gran.html>

⁷¹⁷ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL F. GARCÍA RUBIO, M. (2017). “El control empresarial sobre las comunicaciones electrónicas del trabajador: criterios convergentes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 196, p. 11.

⁷¹⁸ MOLINA NAVARRETE, C. (2016). “Expectativa razonable de privacidad” y poder de vigilancia empresarial: ¿Quo vadis justicia laboral, Comentario a la Sentencia del TEDH de 12 de enero de 2016, asunto *Barbulescu c. Rumanía*, demanda núm. 61496/2008”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, nº 399, p. 177.

⁷¹⁹ GALLARDO MOYA, R. (2017). “Un límite a los límites de la vida privada y de la correspondencia en los lugares de trabajo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2017 en el caso *Bărbulescu II c. Rumanía*”, *Revista de Derecho Social*, nº 79, pp. 141-156.

⁷²⁰ DESDENTADO BONETE, A., DESDENTADO DAROCA, E. (2018). “La segunda sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Barbulescu* y sus consecuencias sobre el control del uso laboral del ordenador”, *Revista de Información Laboral*, nº 1, p. 14.

La sentencia *Bărbulescu II* puso fin a esta variedad de criterios doctrinales, dejando patente que para destruir la expectativa de confidencialidad no es suficiente con la prohibición del uso personal de tales medios. Aportó, además, como garantía adicional la premisa de que el empresario informe con carácter previo⁷²¹ a las personas trabajadoras de la posibilidad de controlar el uso de los recursos tecnológicos. De forma que, en el caso de llevar a cabo una actividad de control, el empresario deba observar las cinco medidas analizadas anteriormente para cumplir con los estándares mínimos de intimidad de las personas trabajadoras. Este nuevo pronunciamiento puso de relieve el justo equilibrio en la convivencia de los derechos de las partes en el contrato⁷²².

A su vez, otorgaría mayor seguridad jurídica ante la casuística del uso de las tecnologías en el ámbito laboral que va en detrimento de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. Pero, lo más importante, requería la revisión de la doctrina de los tribunales españoles en pro de una uniformidad de criterios. No era el caso del TS, ya que la doctrina judicial del TEDH se encontraba en consonancia con la doctrina de la STS de 26 de septiembre de 2007, garante del criterio de la expectativa razonable de intimidad del trabajador y que se trató anteriormente. Pero sí era el caso concreto del TC⁷²³ respecto a los pronunciamientos señalados con anterioridad, ya que manifestaba un posicionamiento opuesto al nuevo criterio expuesto por el TEDH.

⁷²¹ GARCÍA SALAS, A. I. (2018). “El deber empresarial de informar acerca de la videovigilancia ejercida sobre los trabajadores. Comentario a la STEDH de 9 de enero de 2018”, *Revista de Información Laboral*, nº 2, p.117-147.

⁷²² SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (2018). “El despido disciplinario en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 214, p. 17.

⁷²³ El posicionamiento del TC no ha pasado inadvertido en la doctrina que ha criticado la postura adoptada por el garante de los derechos fundamentales ya que en nada se asemeja al criterio mantenido por el TS más proteccionista y próximo al TEDH. Carrasco Durán, desde su punto de vista, manifiesta que es un error subordinar un derecho fundamental como el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones a lo que dispongan las leyes, convenios colectivos o instrucciones del empresario. Lo que en cierto modo acarrea una “desfundamentación” de tales derechos en el contexto laboral. En cierto modo goza de razón ya que el TC inclina la balanza hacia el poder de organización del empresario respecto a las posibilidades de monitorización de los dispositivos electrónicos desvirtuando la denominada “expectativa razonable de intimidad”. Pero, sin embargo, también es plausible reconocer que le obliga a determinar mediante una política interna los criterios de utilización de tales dispositivos. Este hecho se traduce en un ejercicio en la práctica del principio de buena fe entre las partes de la relación laboral ya que se esclarecen de forma clara y concisa los criterios de utilización como las posibilidades de revisión por el empresario. CARRASCO DURÁN, M. (2013). “El Tribunal Constitucional y el uso del correo electrónico y los programas de mensajería en la empresa”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9, p.3.

2. El derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral.

El art. 87 LOPD recoge el derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en las relaciones laborales. Se ha proclamado la consagración del derecho a la intimidad, es decir, al espacio reservado de la esfera privada de las personas trabajadoras respecto al uso de dispositivos tecnológicos. En una primera lectura del precepto puede constatar que la novedad es la integración de la jurisprudencia ordinaria y comunitaria que ha consolidado estos criterios. Por lo que se ha puesto fin, en principio, plasmando en este nuevo texto los principios que debe cumplir el empresario a fin de evitar conflictos que afecten a la intimidad de los trabajadores.

En este sentido, no debe olvidarse que el uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral genera un conflicto entre varios derechos. Así lo manifestó la sentencia del TS de 26 de septiembre de 2007⁷²⁴, al expresar que ante el uso por las personas trabajadoras de los medios informáticos facilitados por la empresa puede producirse conflictos que afectan a la intimidad de los trabajadores, tanto en el correo electrónico, en el que la implicación se extiende también, como ya se ha dicho, al secreto de las comunicaciones, como en la denominada navegación por Internet y en el acceso a determinados archivos personales del ordenador”.

En su primer apartado, el art. 87 reconoce que “los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador”. En efecto, los trabajadores en general tienen reconocido y garantizado tal y como se establece en el art. 18.1 CE su derecho fundamental a la intimidad personal y familiar⁷²⁵. Es un derecho que se caracteriza por su carácter personalísimo, delimitado por un ámbito propio y reservado frente a terceras personas. Siendo así, los derechos fundamentales también se integran

⁷²⁴ Nº recurso de casación para unificación de la doctrina 966/2006, Id Cendoj: 28079140012007101065. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/326542/Despido/20071018>

⁷²⁵ La STC 142/1993, de 22 de abril señala en este sentido que “los derechos fundamentales operan como tales en el seno de la empresa o en las relaciones laborales (en este sentido, SSTC 47/1985, 88/1985, 6/1988, 177/1988, 129/1989, 126/1990). Ello no obstante, la jurisprudencia constitucional también ha señalado que el ejercicio del derecho fundamental debe enmarcarse en el específico ámbito de derechos y obligaciones derivadas de la relación laboral, sin que pueda invocarse lícitamente para romper el marco normativo o contractual de la misma, ni constituir por sí mismo una ilimitada cláusula de excepción que justifique el incumplimiento de los deberes laborales o, en fin, servir de base para que una de las partes imponga a la otra las modificaciones contractuales que considere oportunas”, Recurso de inconstitucionalidad núm. 190/191 (Aranzadi JUR\ RTC 1993\142).

dentro de las relaciones laborales puesto que la celebración de un contrato de trabajo no conlleva consecuencias negativas como puede ser privar a las personas trabajadoras de sus derechos constitucionales⁷²⁶.

Aunque con plena efectividad en el ámbito de las relaciones profesionales, los conflictos surgen respecto de la injerencia del poder de vigilancia y control reconocido al empresario por el ET. En su puesto de trabajo, las personas trabajadoras cuentan con una serie de herramientas digitales que permiten desarrollar la prestación laboral con mayores comodidades y efectividad puestos a disposición del empresario. Respecto a su buen uso por las personas trabajadoras a través de las prescripciones recibidas por el empresario⁷²⁷, se produce la monitorización de las comunicaciones electrónicas a través de, por ejemplo, el teléfono móvil o el correo electrónico, que maneja bien a través del ordenador o de otros dispositivos (móvil, Tablet).

Efectivamente, la información que las personas trabajadoras pueden acumular en cada uno de los variados dispositivos electrónicos señalados una inmensa cantidad de información sobre su vida privada y profesional, la STC 173/2011, de 7 de noviembre⁷²⁸ resume perfectamente:

- Por un lado, porque la acumulación de información puede ser variada, es decir, ya sean documentos, carpetas, fotografías, vídeos propios o descargados.
- Por otro lado, sería posible descubrir aspectos sobre la vida privada e íntima de las personas trabajadoras (personalidad, ideología, aficiones, orientación sexual o religiosa) mediante la observación del historial de búsqueda en internet, la participación en foros públicos o privados, las operaciones de compra online, seguimiento o alerta de noticias, entre otras.

⁷²⁶ RODRÍGUEZ COARASA, C. (2003). “Algunas proyecciones del derecho constitucional a la intimidad en el ámbito laboral”. *Datospersonales.org*, nº 6, p. 190.

⁷²⁷ En la STC 170/2013, de 7 de octubre se expone el supuesto en el que se prevé a través del Convenio Colectivo la tipificación como falta leve “la utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa (correo electrónico, Intranet, Internet, etc.) para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral”. Como podemos observar, a través de la negociación colectiva se regula la prohibición de utilizar en la relación laboral el uso personal del correo de titularidad empresarial. Por tanto, la expresa prohibición prevista en el convenio va ligada al poder de vigilancia y control del empresario previsto en el art. 20.3 del ET a fin de comprobar el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales, y la buena fe del trabajador en su puesto de trabajo, de acuerdo con el art. 5.a) del ET. Recurso de Amparo núm. 2907/2011, Aranzadi JUR\ RTC 2013\1170).

⁷²⁸ Recurso de amparo núm. 5928/2009, (Aranzadi JUR\ RTC 2011\173).

De lo anterior, destaca el TC que el aspecto más significativo no es el conocimiento de forma aislada de tales datos personales, sino precisamente su análisis en conjunto. En definitiva señala a tal respecto que esta acumulación de información sobre el personal “no cabe duda de que configuran todos ellos un perfil altamente descriptivo de la personalidad de su titular, que es preciso proteger frente a la intromisión de terceros o de los poderes públicos, por cuanto atañen, en definitiva, a la misma peculiaridad o individualidad de la persona⁷²⁹”.

En consecuencia se puede admitir que, abandonando la tesis primaria del ordenador como principal medio de desarrollo de la prestación laboral, los diferentes dispositivos electrónicos facilitados por el empresario a las personas trabajadoras pueden originar desencuentros en varios derechos fundamentales. Entre ellos, efectivamente, la afectación en el derecho al secreto de las comunicaciones *ex art. 18.3 CE* respecto al uso que ofrece la tecnología como medio de comunicación e intercambio (envío y recepción) de información. Así mismo respecto al derecho a la intimidad personal y familiar *ex art. 18.1 CE* en cuanto a que podría revelarse un volumen de información considerablemente sensible dado el estricto carácter íntimo y reservado en cuanto que podría determinarse un perfil con bastante precisión sobre la personalidad de la persona trabajadora. Pero, también, en el derecho a la protección de datos personales *ex art. 18.4 CE* ya que de acuerdo con el art. 4.1 RGPD el almacenamiento y recogida de toda esta información podría permitir que la persona trabajadora fuese identificada o identificable. En cierto modo, porque en el contexto tecnológico actual en el que se encuentra inmerso el Derecho del Trabajo propicia situaciones propias de un uso indebido o malicioso de la informática. Siendo necesario, por consiguiente, establecer pautas como medio de salvaguardia y garantía de los derechos fundamentales en cuestión ante la nítida posibilidad de ser transgredidos por el uso de las Tics.

Por tanto, la introducción de estas herramientas digitales en las relaciones laborales como consecuencia de un proceso de transformación digital determina un cambio de paradigma y de consciencia en la necesidad de otorgar un equilibrio entre ambos intereses de las partes. De tal forma que, en el caso de que primen los intereses del empresario, *ex arts. 33.1 y 38 CE*, y ello implique una restricción o limitación de derechos fundamentales de las personas trabajadoras, esta acción o actuación debe encontrarse

⁷²⁹ Fundamento jurídico tercero párrafo cuarto.

justificada por un juicio de proporcionalidad⁷³⁰ que no haya atentado contra la dignidad de las personas trabajadoras⁷³¹, aspectos que serán analizados en el siguiente apartado.

2.1.El acceso por el empleador a los contenidos de los medios digitales puestos a disposición de las personas trabajadoras.

Por otro lado, en su segundo apartado dispone que en cuanto al empleador, “podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos”. Lo que viene a trasladar y regular con fijeza el legislador son los parámetros de licitud en virtud de los cuáles el empresario podría ejercer su poder de acceso a los contenidos de los dispositivos digitales puestos a disposición de las personas trabajadoras.

En primer lugar es preciso detenerse en un aspecto concreto de este precepto que, sin lugar a duda, no ha pasado desapercibido por la doctrina iuslaboralista. A tal respecto, se cuestiona la concreción o deficiencia de redacción de este segundo apartado, dado que el legislador a diferencia de lo que sí previó en el primer apartado se olvida de los empleados públicos al mencionar únicamente a los “trabajadores”. Aunque, si bien es cierto, termina por concretar que la finalidad del acceso tendrá como objetivo controlar el cumplimiento de las “obligaciones laborales o estatutarias”. Es por ello por lo que se suscita un debate acerca de la interpretación extensiva o restrictiva de los derechos fundamentales, puesto que no debe pasarse por alto que el art. 87 LOPD es un desarrollo claro del derecho fundamental a la intimidad *ex art. 18.1 CE*.

Sobre esta cuestión PRECIADO DOMÈNECH se muestra contrario a la interpretación extensiva basándose en la doctrina sentada por el TC al respecto. Esta

⁷³⁰ La STC 96/2012, de 7 de mayo pone de manifiesto que para evaluar si una medida limita o restringe un derecho fundamental superando el juicio de proporcionalidad, requiere comprobar si se cumplen una serie de parámetros: “si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”, Recurso de amparo núm. 8640/2010, (Aranzadi JUR\ RTC 2012\96).

⁷³¹ En palabras de BAZ RODRÍGUEZ, respecto a las personas trabajadoras en su relación social o desde su puesto de trabajo, “se invoca un cierto grado de privacidad del empleado, que ha de equilibrarse con los derechos e intereses del empleador, vinculados no sólo con la búsqueda de la eficiencia empresarial, sino incluso con la posible responsabilidad derivada de las actuaciones de los empleados”, BAZ RODRÍGUEZ, J. (2019). “La Ley Orgánica 3/2018 como marco embrionario de garantía de los derechos digitales laborales. Claves para un análisis sistemático”, *Revista de trabajo y derecho*, nº 54, p.55.

doctrina determina que “la Constitución y las leyes han de ser interpretadas de la forma más favorable a la efectividad de los derechos y a la optimización de su contenido y, al contrario, las restricciones de los derechos han de ser interpretados de forma restrictiva⁷³²”. En consecuencia, se suscita una cuestión de suma relevancia puesto que “si el legislador cita a los empleados públicos como titulares de la intimidad y no los cita como destinatarios de una norma restrictiva de dicho derecho, ningún juez o tribunal puede interpretar extensivamente el precepto e incluirlos en el ámbito subjetivo de una norma que no los contempla⁷³³”.

Como se ha podido reflejar, la crítica efectuada no es insignificante por los efectos que podría tener en la práctica en cuanto que se puede constatar un desplazamiento o desamparo normativo a los empleados públicos bajo el paraguas protector del art. 87.2 LOPD respecto al control de dispositivos electrónicos por el empleador, en este caso, la Administración Pública. Esta actuación que responde a un olvido no intencionado o quizás sería mas oportuno declarar, respetuosamente por supuesto, que adolece de altas dosis de una técnica legislativa cuanto menos cuestionable que en una clara intención del legislador de alcanzar este fin. Esta actuación pudiera devenir en degradar, en cierto modo, el protagonismo y popularidad que alcanzaron los derechos digitales durante el debate parlamentario.

Otra circunstancia que ya se puso de manifiesto durante la tramitación parlamentaria fue la determinación de la finalidad a la que debía responder la medida de control. Esta preocupación se planteó a través de la única enmienda de adición que recibió este precepto, concretamente, fue la enmienda núm. 28 planteada por el Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea que propuso una redacción alternativa al art. 87.2 LOPD, quedando de la siguiente manera “el empleador podrá acceder a los contenidos, relacionados con su actividad laboral, de los dispositivos digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias, de cumplir las medidas de seguridad del Reglamento UE 2016/679, de 27 de abril (RGPD), de proteger los activos de la empresa y de garantizar la integridad y ciberseguridad de dichos dispositivos.”.

⁷³² PRECIADO DOMÈNECH, C. H. (2019). *Los Derechos Digitales de las Personas Trabajadoras. Aspectos laborales de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, Navarra, Aranzadi, p. 115.

⁷³³ *Ibidem*.

De la lectura de la alternativa legislativa planteada durante la tramitación de la LOPD se puede comprobar una doble intencionalidad. La primera era esclarecer el alcance del acceso, en este caso limitados al contenido relacionado con su actividad laboral excluyendo el acceso generalizado por el empleador a los contenidos que aglutinan tales dispositivos. La segunda, precisar con exactitud cuál iba a ser la finalidad o finalidades específicas del acceso por el empleador a los dispositivos puestos a disposición a la plantilla.

Por otro lado y sin escapar de la crítica al precepto examinado, también ha sido calificado de ser “voluntariamente ambiguo” puesto que “no recoge los criterios muy estrictos que la jurisprudencia del TEDH en la muy comentada Sentencia *Bărbulescu II*, de manera que la norma no asume la incorporación plena de los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad previstos en dicha sentencia, ni aclara el contenido y la dirección que debe tener esa obligación de información al trabajador⁷³⁴”. Queda superado, por tanto, el debate respecto a que los derechos fundamentales y el poder de control empresarial son conceptos que cuesta poner equilibrio y aun se ha agravado más tal dificultad debido a la integración de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales⁷³⁵.

Por lo que se refiere al ámbito estrictamente relativo a la protección de datos personales y, concretamente de los parámetros de la licitud, la prueba obtenida al realizar dicho control por el empresario dependerá de si se ha respetado, en primer lugar; el deber de información previa⁷³⁶, en segundo lugar; los criterios de utilización, es decir, determinar los fines profesionales y/o privados del uso de los dispositivos, en tercer lugar; el respeto por el empresario de los estándares mínimos de intimidad de las personas trabajadoras.

Sin embargo, más dudas genera el uso secundario de la información obtenida por la actividad de control, disipándose de forma inmediata puesto que el art. 87.2 es bastante

⁷³⁴ BAYLOS GRAU, A. P. (15 de noviembre de 2018). La garantía de los derechos digitales en el trabajo. El proyecto de ley ya aprobado en el congreso. Un texto decepcionante, disponible en <https://baylos.blogspot.com/2018/11/la-garantia-de-los-derechos-digitales.html>

⁷³⁵ TASCÓN LÓPEZ, R. (2007). “El lento (pero firme) proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial en la era tecnológica”, *Revista Aranzadi Social*, nº 17, pp. 1-24.

⁷³⁶ CASAS BAAMONDE, M.E. (2018). “Informar antes de vigilar. ¿Tiene el Estado la obligación positiva de garantizar un mínimo de vida privada a los trabajadores en la empresa en la era digital? La necesaria intervención del legislador laboral”, *Derecho de las relaciones laborales: ediciones Francis Lefebvre*, nº 2, p. 103-121.

claro al declarar que el acceso será “a los solos efectos” de controlar el cumplimiento de obligaciones laborales⁷³⁷. Ello quiere decir que, por un lado, se acota la justificación de legitimidad del empresario y, por otro, para alcanzar el fin propuesto debe de cumplir con el principio de limitación de la finalidad *ex arts. 5 y 6 RGD*.

Por consiguiente, el empleador en el acceso a los contenidos de los dispositivos digitales deberá concretar o especificar el carácter necesario, la finalidad de la medida *ex art. 6.1 b) RGD*. O bien, en su caso, que se ha adoptado en ejercicio de su interés legítimo, *ex art. 6.1 f) RGD* en garantizar la integridad o seguridad de sus dispositivos electrónicos, evitando vulneraciones en la red informática de la empresa y los datos almacenados en ella⁷³⁸. Se pone coto, por tanto, a las estructuras del “capitalismo de la vigilancia⁷³⁹” jurídico laboral en observancia de los derechos y libertades que les corresponden a las personas trabajadoras⁷⁴⁰.

En definitiva, es evidente que respecto a las finalidades legítimas a las que el empresario puede recurrir a fin de justificar el control y acceso de los dispositivos puestos a disposición de las personas trabajadoras podrían ser dos: la finalidad preventiva y la finalidad reactiva. La primera tiene lugar como una mera actuación rutinaria por la que el empresario *ex art. 20.3 ET* pretende comprobar que la persona trabajadora está

⁷³⁷ Por ejemplo, en la STSJ de Castilla y León 486/2021, se corroboró que existió un exceso de control por la empleadora al momento de efectuar un control efectivo de la jornada de la persona trabajadora ante indicios de bajo rendimiento, concretamente, no codificar llamadas ni responder por el chat de Skype de la empresa. De hecho, la fiscalización de la actividad laboral se llevó a cabo a través del de un *software* de monitorización instalado en su “cuenta de administrador” que cuenta con acceso privilegiado a recursos del ordenador, es decir, ni siquiera se instaló en una cuenta de acceso secundaria y específica para el trabajo en el dispositivo portátil que la persona trabajadora aportó para desarrollar la prestación laboral. Pese a tales hechos probados, el TSJ estimó que “el incumplimiento de dicho estándar no vicia de nulidad el despido pues el mismo no se ha producido con vulneración del derecho a su intimidad porque la información sobre los hechos que se imputan se ha obtenido por medios distintos de lo que constituye el exceso de control en la aplicación”. En definitiva, discrimina la prueba sobre la que pesa el vicio de nulidad (monitorización a través de software) y otorga validez a la prueba obtenida “al no codificar llamadas e intervención en el foro de trabajadores”, por lo que justifica la procedencia del despido de la persona trabajadora. Recurso de duplicación núm. 2576/2021 (Aranzadi JUR\ 2022\56594).

⁷³⁸ BAZ RODRÍGUEZ, J. (2019). “La Ley Orgánica 3/2018 como marco embrionario de garantía de los derechos digitales laborales”. *ob., cit.*, p. 8.

⁷³⁹ Este término fue acuñado por ZUBOFF en su célebre obra sobre la “mercantilización de los datos personales”. *Vid.*, ZUBOFF, SHOSHANA. (2019). *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York, PublicAffairs, y la traducción al español en ZUBOFF, SHOSHANA. (2020). *La era del capitalismo de la vigilancia: La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*, Barcelona, Editorial Planeta.

⁷⁴⁰ BAZ RODRÍGUEZ, J. (2020). “Capitalismo de la vigilancia y organización del trabajo”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 11, p. 4.

cumpliendo fielmente con sus obligaciones en el puesto de trabajo *ex art. 5 ET*. Y la segunda, responde comúnmente a verificar y contratar por empleador si son ciertas una serie de sospechas o indicios fundados que han llegado a su conocimiento⁷⁴¹.

En ambas situaciones de no adoptarse la medida de control de acuerdo con los parámetros marcados por el TEDH en la sentencia *Bărbulescu II* y, por ende, no superar el juicio o test de proporcionalidad podría provocar consecuencias negativas para ambas partes. Primero para las personas trabajadoras ya que se han visto vulnerados sus derechos fundamentales por una transgresión ilegítima por el empleador. Y segundo, porque el empleador que en teoría pretendía hacer valer sus facultades de control y vigilancia *ex art. 20.3 ET*, justifica la proporcionalidad de la acción acometida que supone la restricción de derechos fundamentales. Sin embargo, puede acometer un exceso de poder al no haber superado esta el denominado juicio de proporcionalidad que tendría como resultado el cuestionamiento de la validez de la prueba, es decir, licitud o ilicitud de esta, respecto a las consecuencias que de su obtención derivan para la persona trabajadora que en la mayoría de los casos se materializa en un despido disciplinario⁷⁴².

⁷⁴¹ En este punto se ha considerado oportuno señalar el criterio establecido por la STSJ de Cataluña 2418/2022 de 20 abril sobre un proceso de monitorización de los dispositivos tecnológicos puestos a disposición de la persona trabajadora, existiendo un protocolo de uso de carácter exclusivamente profesional que fue informado previamente en forma de cláusula contractual incorporada al contrato de trabajo. Sobre este aspecto, el TSJ señala que lo principal a efectos de validar y respaldar el registro de tales dispositivos sería necesario esclarecer conceptos como la causa, el modo y la decisión adoptada conforme a los resultados obtenidos. Así, señala que debería existir una causa suficiente que motivara el registro, es decir, unas sospechas previas o pruebas fehacientes. Por otro lado, respecto a la forma, que se accediera de forma limitada, específica y de forma discriminada a fin alcanzar el objetivo propuesto que no es otro que la búsqueda de aquellas sospechas o pruebas sin que el alcance de la inspección fuera total. Y respecto a los resultados, que exista una valoración proporcional entre la información recabada y la decisión a adoptar, de manera que se evite cualquier extralimitación del material que fuese obtenido. Porque, de lo contrario, podría justificarse que existió una “extralimitación en el uso del material obtenido del registro, injustificado e ilícito”. Recurso de suplicación núm. 7603/2021 (Aranzadi JUR\ 2022\194649).

⁷⁴² En este punto se comparte con TOLODÍ SIGNES que la tendencia resolutoria instaurada en la jurisprudencia por la que se prioriza el interés legítimo del empresario de controlar la prestación de servicios va en detrimento de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. Y, en definitiva, se materializa la teoría de “pillar a los incumplidores” adquiriendo validez la prueba de monitorización en sacrificio de los derechos fundamentales aquí examinados, intimidad *ex art. 18.1 CE*, secreto de las comunicaciones *ex art. 18.3 CE* y derecho a la protección de datos personales *ex art. 18.4 CE*. Por tales motivos, se insta necesario una reorientación de la jurisprudencia por la que se tome en consideración y se adopte un cumplimiento riguroso de los parámetros que introduce el RGPD (información previa, transparencia, minimización) asumiendo un papel protector de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras y que constituyen un límite a la libertad de elección de métodos de vigilancia electrónica por el empresario. *Vid.*, TOLODÍ SIGNES, A. (2022). Control tecnológico: una propuesta de aplicación del triple juicio de proporcionalidad conforme a la normativa europea de protección de datos, en Digitalización, Recuperación y Reformas Laborales – XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Economía – Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones, pp. 250-252.

3. Los dispositivos digitales: ¿qué tipos de pruebas electrónicas pueden constituir?

Respecto a los medios de prueba que el empresario puede utilizar interesa poner de manifiesto la denominada prueba electrónica ya que encaja con el contexto digital de las relaciones laborales que aquí se analiza⁷⁴³. A este respecto una primera referencia a este medio de prueba, *ex art.* 299 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil⁷⁴⁴ (en adelante, LEC), desarrolla en los arts. 382-384 ubicados en la Sección 8ª “De la reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos relevantes para el proceso”, del Capítulo VI, Título I, Libro II de esta ley.

En el ámbito puramente laboral, el art. 90 LRJS reconoce como medios de prueba a aquellos que “se encuentren regulados en la Ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba, incluidos los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos, que deberán ser aportados por medio de soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos”.

En consecuencia, el empleador que aporte al procedimiento judicial medios de prueba electrónicas deberá percatarse de que podrá garantizar su reproducción de manera que se permita su constancia en autos. Ello significa, por ejemplo, que en el caso de pruebas electrónicas que acompañen gráficos, sonidos, imágenes, vídeos, etc., se aporte la oportuna transcripción o los dictámenes o medios de prueba instrumentales para acreditar su autenticidad, *ex art.* 382.2 LEC⁷⁴⁵. Esta cuestión obedece indudablemente a las

⁷⁴³ Como señala GONZÁLEZ DÍAZ “los avances tecnológicos han generado un cambio de postura exigiendo, en esta materia, una adaptación a las innovaciones en el ámbito de la información, telecomunicaciones y ofimática o de las tecnologías de la imagen y del sonido”, en GONZÁLEZ DÍAZ, F. A. (2005). *Los medios de prueba en el proceso laboral*, Navarra, Aranzadi, p.195.

⁷⁴⁴ BOE núm. 7, de 08/01/2000.

⁷⁴⁵ Esta valoración será realizada por el tribunal, *ex art.* 382.3 LEC, conformes a las reglas de la sana crítica, es decir, según la naturaleza del medio y siempre de acuerdo con las circunstancias del caso concreto. *Vid.*, un interesante debate sobre la aplicación de esta regla en ABEL LLUCH, X. (2015). “Los medios de prueba a la luz de las reglas de la sana crítica”, *Diario La Ley*, nº 8658, pp.12-24. Esta valoración libre de la prueba es una facultad exclusiva del Juez o Tribunal que no encuentra otros límites que; en primer lugar, la comentada regla de la “sana crítica” a fin de dotar de motivación las sentencias conformes a las reglas de la lógica y la razón *ex art.* 218.2 LEC; en segundo lugar, cuando se trate de pruebas a las que una norma legal le otorgue un valor determinado, como es el caso del documento público o privado. *Vid.*, ALONSO OLEA, M., MIÑAMBRES PUIG, C. (1997). *Derecho procesal del trabajo* (9ª ed.), Madrid, Civitas, p. 185.

innegables posibilidades de adulterar o modificar en beneficio de la parte proponente el sentido de la prueba y que en cualquier caso serán objeto de valoración por el tribunal, *ex art. 382.3 LEC*.

El concepto de prueba electrónica ha sido abordado de forma amplia por la doctrina pero, sin embargo, existe una falta de consenso que en cierto modo obedece a una disociación terminológica al respecto. Es definitiva, la problemática responde a las diferentes y variopintas posibilidades de aportar como prueba un medio digital (documental, visual, audiovisual). Sin embargo, puede ofrecerse cierto consenso y definir a la prueba electrónica como aquella “información obtenida a partir de un dispositivo electrónico o medio digital, el cual sirve para adquirir convencimiento de la certeza de un hecho⁷⁴⁶”. De otra manera más precisa, “la información obtenida a partir de un dispositivo electrónico o medio digital, el cual sirve para formar la convicción en torno a una afirmación relevante para el proceso⁷⁴⁷”.

En consonancia con lo expuesto, es posible distinguir o subdividir los medios de prueba electrónica en función de la fuente. De este modo, PRECIADO DOMÈNECH plantea la siguiente distinción entre los diferentes tipos y medios de prueba entre⁷⁴⁸:

- Prueba electrónica nominada (art. 299.1 y 2 LEC)
- Documento electrónico (art. 326.3 LEC)
- Medios de prueba audiovisuales (arts. 382-383 LEC)
- Medios de prueba informática (art. 384 LEC)
- Prueba electrónica innominada (art. 299.3 LEC)

Como puede desprenderse de esta clasificación, la doctrina también atribuye una doble virtualidad a la prueba electrónica, es decir, como objeto y como medio de prueba. De tal forma que la prueba “puede ser objeto de prueba, y así se habla de probar un hecho electrónico”, piénsese, por ejemplo, cuando se pretende demostrar el envío de correos

⁷⁴⁶ ABEL LLUCH, X. (2011). Prueba electrónica, en ABEL LLUCH, X. Y PICÓ I JUNOY, J. *La prueba electrónica*, Barcelona, JMB-Bosch, p. 23.

⁷⁴⁷ *Ibidem*

⁷⁴⁸ PRECIADO DOMÈNECH, C.H. (2020). Monitorización: GPS, Wearables y especial referencia a los controles biométricos para el registro horario. Aspectos procesales, en TODOLÍ SIGNES, A. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*, Navarra, Aranzadi, p. 243.

electrónicos en distintas franjas horarias y/o a qué destinatarios⁷⁴⁹. Por otro lado, también puede actuar como medio de prueba cuando se pretende “probar electrónicamente un hecho”, por ejemplo, acreditar la prestación de un servicio o una transacción. Y, por último, también es posible que actúe simultáneamente como objeto y medio de prueba a fin de corroborar la suscripción a un determinado servicio a través de los mails enviados⁷⁵⁰.

Por lo tanto como se puede comprobar se ha dejado constancia de las extensas posibilidades de las que dispone el empresario para aportar algún tipo de prueba electrónica en el proceso laboral a fin de justificar algún tipo de incumplimiento contractual por las personas trabajadoras. Así, por ejemplo, el empresario podrá justificar el registro de llamadas telefónicas de un dispositivo móvil, el historial de búsqueda en la web, el envío y/o contenido de un correo electrónico, la ubicación o el contenido documental, fotográfico y/o audiovisual de un Smartphone, Tablet o computadora portátil o sobremesa⁷⁵¹.

⁷⁴⁹ No obstante, es preciso señalar que pese a que la STS de 23 de julio de 2020 reconoció un concepto amplio de documento abarcando el contenido de un correo electrónico y que se justifica en el contexto tecnológico actual en el que existen numerosos soportes electrónicos, ello no significa que todo correo electrónico pudiera ser válido a efectos de revisión en fase de suplicación de hechos probados *ex art.* 193 b) LRJS. N° recurso de casación 239/2018, Id Cendoj: 28079149912020100028. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a300242c85b950d9/20201001>. Y, del mismo modo, la STS 1469/2022 ha dictaminado en el mismo sentido respecto a una prueba de reproducción de sonido o imagen, declarando que “tal consideración documental no puede abarcar una grabación de audio de una conversación entre dos personas porque en sí misma tal conversación no tiene el carácter de documento que se incorpora a un soporte electrónico. Se trata de un medio de reproducción de la palabra reconocido como medio de prueba en el artículo 90 LRJS, pero no incorporado como hábil a efectos revisorios en el artículo 193 b) LRJS”. N° recurso de casación para unificación de la doctrina 1370/2020, Id Cendoj: 28079140012022100278. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c6ec72dfe7018b2f/20220502>. Sobre esta última cuestión existe una jurisprudencia consolidada por el TS al respecto. *Vid.*, N° recurso de casación para unificación de la doctrina 3983/2010, Id Cendoj: 28079140012011100553. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/831cb3794e2d0a7a/20111017>. N° recurso de casación para unificación de la doctrina 786/2012, Id Cendoj: 28079140012012100926. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ce622f5d16537964/20130107>. N° recurso de casación 22/2016, Id Cendoj: 28079149912016100025. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/810ed25d9942e197/20160916>. N° recurso de casación 166/2018, Id Cendoj: 28079140012020100019. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e8c1fdf0ee602092/20200210>

⁷⁵⁰ GARCÍA PAREDES, A. (2005). “La prueba en juicio ¿y si es electrónica?”, *Revista de la contratación electrónica*, n° 62, p. 4.

⁷⁵¹ Tal y como opina DE URBANO CASTRILLO respecto a la supremacía de la prueba electrónica respecto a las pruebas clásicas, dispone que la primera “no representa en sí una superioridad probatoria, sino que requiere del complemento o refuerzo de otras pruebas tradicionales para, en un ejercicio de valoración global, acceder a un resultado determinado”. DE URBANO CASTRILLO, E. (2011). “La regulación legal de la prueba electrónica: una necesidad pendiente (1)”, *La Ley Penal*, n° 82, p.3.

Dejando constancia de las variopintas posibilidades que surgen a raíz del desarrollo de las nuevas tecnologías que introducen en el sistema procesal nuevos medios de prueba que pueden utilizarse a fin de probar posibles incumplimientos por el trabajador, se expondrá a continuación la validez o invalidez de estos medios utilizados por el empresario. De tal forma que se pondrá de relieve que el poder de control, vigilancia y auto-ordenación del empresario en las relaciones laborales *ex art. 20.3 CE* en ejercicio de valores constitucionalmente protegidos, arts. 33.1 y 38 CE, no es absoluto.

Ello supone que el empresario deberá respetar y observar la dignidad de las personas trabajadoras a fin de salvaguardar los derechos fundamentales al momento de adoptar una medida de monitorización que le permita obtener una prueba fidedigna ante la sospecha de un ilícito laboral⁷⁵². Puesto que, en determinadas situaciones, la prueba obtenida podría carecer de validez y sería calificada como nula, aspectos que serán desarrollados en mayor detalle a continuación⁷⁵³.

3.1. La validez o invalidez de la prueba obtenida por el empresario tras acometer una medida de control y acceso a dispositivos digitales.

Desde el ámbito procesal, el hecho de argumentar por el empresario la licitud de la prueba⁷⁵⁴ obtenida en un procedimiento laboral es un principio consagrado en el art. 24 CE. De lo anterior se deduce que el empresario está facultado a utilizar los medios de prueba que estime más pertinentes en un proceso judicial a efectos de preparar la defensa

⁷⁵² GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (1994). *La prueba en el proceso de trabajo*, 1º ed., Madrid, Civitas, p. 127.

⁷⁵³ La calificación de la prueba será el resultado de un proceso de valoración o apreciación por el Juez o Tribunal que conozca del asunto. Esta actividad consiste en “la operación intelectual realizada por el juez con la que se determinará la eficacia de los medios de prueba practicados para la fijación de los datos fácticos mediante, según los casos, la convicción judicial o la constatación de los presupuestos legalmente previstos. Actividad que por servirse de criterios psicológicos y humanos, ha llegado a ser calificada como “espiritual, de fijación de hechos mediante la apreciación y depuración de los resultados que arrojan los medios de prueba. Se trata de una actividad de gran relevancia práctica para las partes puesto que, al margen de la prueba de oficio, a través de la misma se determinará si sus esfuerzos probatorios han logrado el objetivo de fijación del material fáctico base para la aplicación del derecho y, de ese modo, lograr en definitiva una decisión judicial estimatoria de su pretensión”. *Vid.*, BONET NAVARRO, J. (2021). Valoración y carga de la prueba, en AA.VV. *Valoración de la prueba y resolución mediante inteligencia artificial*, Universidad de Valencia, pp. 283-284.

⁷⁵⁴ Este tratamiento también es válido en cuanto a la medida de control y vigilancia adoptada por el empresario que implique la implementación de un sistema de videovigilancia o de un sistema de control GPS. Por lo que es oportuno, a efectos de evitar la repetición durante esta investigación, remitirse a este apartado para valorar los aspectos que aquí se exponen respecto a la calificación de las pruebas.

y ofrecer convicción al juzgador. Sin embargo, esta habilitación constitucional no es absoluta ya que encontrará, como se podía esperar, como límite infranqueable la imposibilidad de vulnerar los derechos fundamentales en la obtención de esta. Ello es consecuencia, así mismo, en cuanto que el art. 24 CE goza de interoperabilidad para ambas partes en la obtención de una tutela efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos⁷⁵⁵.

Esta cuestión ha preocupado al legislador en el ámbito laboral respecto a la necesidad de establecer una regulación del medio de prueba en el ámbito procesal, como por ejemplo en determinados aspectos, como pueden ser su introducción y práctica en el correspondiente proceso judicial⁷⁵⁶.

Este requisito es insalvable y se encuentra previsto en el art. 11 LOPJ, por el que se dispone que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. Y colateralmente, el art. 90.2 LRJS establece que “no se admitirán pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas”.

Téngase en cuenta, como se tuvo la oportunidad de avanzar en epígrafes anteriores, que la referencia al término derechos fundamentales o libertades públicas se refiere a

⁷⁵⁵ Conviene precisar en este momento, en base a la STC 119/1993, “el hecho de que un Juez o Tribunal seleccione mal la norma aplicable o la interprete o aplique incorrectamente no vulnera, sin más, el art. 24.1 de la Constitución”. Por consiguiente, en el caso de el trabajador agotase todas las opciones jurisdiccionales en fase ordinaria, no es razonable ni ajustado a la LOTC que alegue como objeto del recurso “simples errores de hecho o de interpretación y aplicación de la legalidad, con la pretensión de que como tales, por el simple hecho de haber interpretado incorrectamente esa legalidad, ya producen automáticamente una violación, digamos indirecta, de los referidos derechos constitucionales”. En suma, reitera el TC que esta afirmación tiene una repuesta bastante simple y es que a través del “recurso de amparo, que no constituye una tercera instancia dentro de la jurisdicción ordinaria, no pueden revisarse las resoluciones judiciales a las que no se imputa la violación directa de derechos constitucionales susceptibles de amparo”. Recurso de amparo núm. 479/1990 (Aranzadi JUR\ RTC 1993\119). En otra ocasión, la STC 160/1997 en su fundamento jurídico cuarto que “La Constitución, por el contrario, y muy particularmente los derechos fundamentales, inspiran y alientan todo nuestro ordenamiento, hasta sus últimas o más modestas manifestaciones. Ahora bien, ello no puede implicar el que este Tribunal esté llamado a imponer su criterio determinando, hasta el último extremo, la medida en que todas y cada una de las interpretaciones de la legalidad, llamada ordinaria, deben quedar influidas por los contenidos constitucionales. Tal cosa equivaldría a extender el ámbito de las “garantías constitucionales” (art. 123.1 C.E.) que marca el límite de nuestra jurisdicción a la interpretación de todo el ordenamiento.” Recurso de amparo núm. 704/1995 (Aranzadi JUR\ RTC 704\1995)

⁷⁵⁶ PRECIADO DOMÈNECH, C.H. (2020). Monitorización: GPS, Wearables y especial referencia a los controles biométricos para el registro horario. Aspectos procesales, en TODOLÍ SIGNES, A. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., *ob. cit.* p. 240.

aquéllos que integran la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la CE. Y en este caso es precisamente necesario despejar esta duda puesto que “de no ser así sería difícil justificar la limitación del derecho a la prueba (que también es un derecho fundamental), por otro derecho de un rango constitucional inferior⁷⁵⁷”.

Interesa poner de relieve en este punto que se ha suscitado un tratamiento controvertido en la doctrina penalista como iuslaboralista sobre la diferenciación entre varias calificaciones de la prueba que se aporta en el procedimiento: legal e ilegal, lícita e ilícita, concretándose especialmente en lo que respecta a esta última⁷⁵⁸. La discusión en torno a esta cuestión fue introducida por la STC 114/1984 de 29 de noviembre, que dictaminó acerca de un proceso de despido basado en una conversación grabada por uno de los interlocutores. En este caso, el TC llevó a cabo una comparación legislativa entre los ordenamientos jurídicos occidentales y el anglosajón, llegando a concluir que existen claras diferencias entre ambos, en definitiva, que existen diferencias en cuanto a la calificación de la prueba ilícita. Y en suma, mientras que en los ordenamientos jurídicos occidentales (como ejemplo cita a países como Francia e Italia) se sigue la doctrina de la exclusión de la prueba ilícita del procedimiento por ser contraria a los principios constitucionales, no sucede lo mismo en el derecho anglosajón.

Por ello el TC diferencia entre países de *common law* en los que se prioriza el interés público en obtener la verdad procesal respecto a la causa ilícita de la prueba y, la excepción del Derecho norteamericano, en el que se limita a la calificación de prueba ilícita cuando ha sido obtenida por un agente público en una actuación irregular y contraria a un derecho constitucional⁷⁵⁹.

Tras este análisis puede verificarse que el TC se constriñe a favor de una postura estricta, propia de países continentales, sobre la calificación de la prueba ilícita que ha violentado los derechos fundamentales y libertades públicas. En confrontación con aquellas posturas más laxas o generalistas propias de países de *common law* que priorizan

⁷⁵⁷ VALLE MUÑOZ, F. A. (2021). “Las cámaras de videovigilancia en la empresa como medio de prueba en el proceso laboral”, *Revista IUSLabor*, nº 3, p. 34.

⁷⁵⁸ *Vid.*, en profundidad una reflexión sobre esta falta de paridad en CABEZAS LEFLER, F. (2020). “Obtención de la prueba y vulneración de derechos fundamentales. Prueba nula... ¿despido nulo?”, *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, nº 211, pp. 34-45.

⁷⁵⁹ Fundamento jurídico tercero párrafo cuarto.

la obtención de la verdad procesal otorgando un amplio alcance a la calificación de la prueba ilícita, cuando se ha violentado cualquier norma del ordenamiento⁷⁶⁰.

Téngase en cuenta que el TC examina esta doble distinción, prueba ilícita/prueba ilegal, que conllevaría alcanzar resultados distintos. Si bien estima que la imposibilidad de admitir procesalmente una prueba ilícita en el proceso encuentra su justificación en que constituye una “garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales”, motivo por el cual se requiere desestimar toda prueba que lesione tales derechos.

Sin embargo, no sucede lo mismo con aquella prueba antijurídica puesto que su obtención no implica necesariamente la lesión de un derecho fundamental. Y en caso de producirse, será por referencia a derechos con virtualidad propia en el proceso como es el derecho a la proposición de prueba *ex art. 24.2 CE*, aunque ello no óbice para que esta hipotética lesión de un derecho fundamental pueda ser objeto de reclamación en amparo constitucional *ex art. 55 LOTC*.

Por consiguiente, se estima necesario determinar claramente la diferenciación entre ambos tipos de prueba a efectos prácticos. De acuerdo con el art. 283.3 LEC la prueba ilegal aquella que responda a “cualquier actividad prohibida por la ley”, es decir, quebrantando las leyes vigentes, mientras que la prueba ilícita está estrechamente ligada a que en su obtención se han podido violentar derechos fundamentales y libertades públicas⁷⁶¹.

Pero llegados a este punto surge una duda a tal respecto, ¿la calificación de la ilicitud de la prueba se refiere a la fuente o al medio? No es una cuestión baladí, puesto que es necesario determina a efectos procesales una diferenciación entre ambas por el interés que se suscita en el ámbito procesal, así se distinguirá entre la fuente de la prueba

⁷⁶⁰ Esta posibilidad no es asimilable en nuestro ordenamiento jurídico y así lo ha puesto de manifiesto el TC en varias ocasiones. En primer lugar, la STC 14/1982 en su fundamento jurídico sexto explicita que “hay que tener en cuenta que el control por la vía jurisdiccional ordinaria y por la constitucional no tiene la misma extensión, pues el Tribunal Constitucional no controla la violación de la Ley, sino sólo la violación de la Constitución.” Recurso de amparo núm. 373/1981 (Aranzadi JUR\ RTC 1982\14) En segundo lugar, la STC cuando afirma en el fundamento jurídico cuarto que “este Tribunal, que es intérprete y guardián de la Constitución, pero no del resto del ordenamiento jurídico”. Recurso de amparo núm. 373/1981 (Aranzadi JUR\ RTC 1982\14) Por consiguiente, el TC no podrá realizar una interpretación de la ley si esta no genera un problema de inconstitucionalidad, puesto que de contrario, podría extralimitarse en las funciones atribuidas constitucionalmente.

⁷⁶¹ PICÓ Y JUNOY, J. (2007). “Alcance de la prueba ilícita en la LEC”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, nº 3-4, p. 124.

como un elemento *ad extra* del proceso que se introduce en este a través del medio de prueba, es decir, el cauce legal establecido y habilitado en la ley como reflejo del art. 24.2 CE.

Y es que el art. 11 LOPJ hace expresa referencia a “las pruebas obtenidas” que no a los “medios de prueba”, por lo que incide notablemente en que la posible ilicitud podría producirse en el momento de la obtención, que no en el momento de la admisión o de la práctica de la prueba. Con más claridad se muestran tanto el art. 90.2 LRJS y el art. 287 LEC que señalan precisamente el motivo de la ilicitud de la prueba en la fuente u origen por haber violentado derechos fundamentales.

En conclusión y cerrando este debate, la STC 64/1986 de 21 de mayo⁷⁶² despeja las dudas al determinar que la ilicitud de la prueba obtenida se focaliza al momento en el que se produce la lesión de derechos fundamentales, y este tiene lugar *ad extra* proceso. Mientras que los problemas que susciten al momento de su admisión o práctica durante el proceso “se reconducen a la regla de la interdicción de indefensión⁷⁶³” que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva *ex art.* 24.1 CE.

Por lo tanto se dictaminan dos consecuencias distintas, la prueba ilícita sería aquella que se obtiene en su origen violentando derechos fundamentales y libertades públicas cuya consecuencia principal es su exclusión del procedimiento y por ende, inadmitida y no valorada. Mientras que la prueba ilegal o antijurídica se identifica con aquellas pruebas que se han obtenido con infracción de otras normas jurídicas que nada tienen que ver con los derechos fundamentales y que podrían ser admitidas, valoradas y practicas en el proceso.

3.2. Las consecuencias derivadas de la calificación de la prueba ilícita.

Superado el análisis sobre las vicisitudes que plantea la prueba ilícita se antoja preciso señalar cuáles son los efectos que se derivan de su calificación en el proceso laboral respecto a la calificación del despido. Por ello se ha propuesto la valoración de corrientes doctrinales que si bien han sido criticadas por la iuslaboralista, bien porque

⁷⁶² BOE núm. 144, de 17 de Junio de 1986

⁷⁶³ Fundamento jurídico segundo.

constituyen “una progresiva degradación de la garantía⁷⁶⁴” de la exclusión de la prueba ilícita o bien porque son más propias de un proceso penal en los que se pretende determinar el alcance o los efectos de la ilicitud de la prueba sobre las actuaciones por deferencia con procesos dispositivos como el laboral predominantemente verbal⁷⁶⁵. Por el interés que se suscita al respecto, se examinan a continuación.

3.2.1. La regla de la exclusión.

De acuerdo con esta primera tesis y tal como indica su nomenclatura, la intención es alcanzar la exclusión de la prueba. Dicho lo anterior, esta tesis se encuentra anclada en los preceptos que ya han sido examinados, los arts. 11.1 LOPJ que se pronuncia en términos de “no surtirán efectos” y el 90.2 LRJS “no se admitirán” las pruebas ilícitas quedando, por lo tanto, *ad extra* proceso. Ello supone que la regulación de la exclusión trae como consecuencia, precisamente, la exclusión de la prueba ilícita del proceso, sin embargo, existen posibilidades de que esta regla procesal *ex art.* 11.1 LOPJ encuentre excepciones en la práctica. Es decir, que la regla de la exclusión se plantee igualmente a tal fin el incidente de ilicitud de prueba, bien al momento de su proposición o bien al momento de la práctica si fuese finalmente admitida.

Otra de las consecuencias que derivan de la exclusión del proceso de la prueba ilícita por haber sido calificada de nula es la imposibilidad de subsanación, es decir, que no puede volver a ser practicada ni siquiera a través de otros medios de prueba. Este sería el caso, por ejemplo, de la aportación de una declaración testifical de un compañero de trabajo que comunica ciertas irregularidades por otro compañero en el devenir de la prestación laboral cuando ha sido excluida la monitorización por *software* espía, videovigilancia por vídeo y/o audio o por geolocalización.

Sin embargo, es posible aporta algunas excepciones a esta regla general sobre la exclusión de la prueba ilícita que denigran en cierto modo la garantía y salvaguarda de

⁷⁶⁴ PRECIADO DOMÈNECH, C.H. (2020). Monitorización: GPS, Wearables y especial referencia a los controles biométricos para el registro horario. Aspectos procesales, en TODOLÍ SIGNES, A. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., *ob. cit.* p. 251.

⁷⁶⁵ FALGUERA BARÓ, M.A. (2016). “Nuevas tecnologías y trabajo (y III): perspectiva procesal”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 22, p. 38.

los derechos fundamentales ante las suspicacias de los medios de prueba tecnológicos utilizados.

Esta teoría que ha sido examinada profundamente por la doctrina penalista ha sido objeto de confrontación en la doctrina iuslaboralista como se adelantó previamente. Precisamente porque, por una parte, no se estima oportuna su traslación al proceso laboral en los mismos términos que en el proceso penal. Y, por otra parte, para quienes sí entienden posible esta traslación o implementación en el ámbito laboral dado “el carácter transversal de los derechos fundamentales⁷⁶⁶”.

Será esta última corriente la que plantee hasta cuatro excepciones a la regla procesal de la exclusión de la prueba ilícita⁷⁶⁷, a saber:

- La primera excepción se formula en base a la buena fe, cuando en la ponderación de la prueba ilícita se permite alcanzar un acuerdo en el que se corrobora que no ha existido dolo o imprudencia grave en la vulneración de un derecho fundamental.
- La segunda excepción tiene como fundamento en la determinación de una existencia de nexo causal o no entre las pruebas lícitas e ilícitas. Ello sugiere discernir entre pruebas lícitas y pruebas ilícitas que aún teniendo correlación entre sí ambas no tendrán las mismas consecuencias procesales. En cierto modo porque al ser medios de prueba diferentes y que alcanzarían el mismo fin, pueden ser calificados de forma independiente sin afectación entre ellos.
- La tercera excepción consiste en que es preciso discernir entre las fuentes jurídicas, lícitas e ilícitas, de tal forma que gozan de independencia unas de otras. Encuentra una estrecha relación con la anterior excepción y es que el objetivo de esta es distinguir las pruebas calificadas como lícitas de aquellas que son ilícitas. De tal forma que aun existiendo conexión entre ambas únicamente obtendría validez la prueba lícita, siendo excluida la ilícita.
- La cuarta y última, se sostiene la validez de la prueba ilícita como consecuencia de un descubrimiento inevitable o probablemente inevitable. Esta posibilidad es la que mayores dificultades plantea ya que es la única que

⁷⁶⁶ PRECIADO DOMÈNECH, C.H. (2020) Monitorización: GPS, Wearables y especial referencia a los controles biométricos para el registro horario. Aspectos procesales, en TODOLÍ SIGNES, A. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., *ob. cit.* p. 262.

⁷⁶⁷ *Ibidem.*

admite validez a la prueba ilícita, es decir, la que ha violentado los derechos y libertades fundamentales. En cierto modo podría justificarse que pese a realizar una actuación ilícita y contraria a los derechos fundamentales, la comprobación o conocimiento de otro hecho o acontecimiento ilícito “blanquearía jurídicamente” la actuación ilícita y ello conllevaría que fuese inevitable las consecuencias adoptadas a raíz de este descubrimiento.

Como se ha podido comprobar, no es ni mucho menos desdeñable que pese a las críticas vertidas sobre la incorporación o traslación de este tipo de doctrinas penalistas puedan encontrar acomodo en el ordenamiento laboral. Aunque, si bien es cierto, que podrían chocar frontalmente con las previsiones establecidas en el art. 90.2 LRJ pero, no obstante, se ha expuesto pormenorizadamente que existen ciertos resquicios que permitirían abandonar la tesis restrictiva que amplía el campo de calificación de la prueba ilícita.

3.2.2. La doctrina de los frutos del árbol prohibido.

En segundo lugar, la doctrina de los frutos del árbol prohibido tiene su origen en la doctrina jurisprudencial anglosajona puesta en práctica en el caso *U.S Silverthorne Lumber* contra Estados Unidos. En este procedimiento, los agentes del Gobierno y como consecuencia de un registro previo (sin permiso) de las oficinas de la empresa, procedieron a la detección de *W. Silverthorne* quien alegó la ilegalidad de la prueba obtenida a raíz de este allanamiento en sus instalaciones.

El símil al que responde esta teoría es el siguiente: hacer uso de una prueba ilegal, el árbol, (el registro sin autorización previa) que conlleva la obtención de un ilícito, el fruto envenenado, (irregularidades en los libros de contabilidad) tiene como consecuencia la nulidad de la prueba. En definitiva, que a diferencia de la cuarta excepción a la regla de la exclusión examinada anteriormente, la ilicitud de una actuación que permite comprobar otra actuación ilícita irradia por completo a ambas, es decir, conlleva la imposibilidad de ser validadas jurídicamente cualquiera de ellas en el proceso.

Efectivamente, esta teoría sí se caracteriza o tiene mayor virtualidad en el proceso laboral si se razona el sentido finalista al que obedecen los arts. 11.1 LOPJ y 90.2 LRJS, aunque no deja de gozar de un protagonismo singular en el procedimiento penal que

encuentra inspiración su génesis en la fase de investigación y de aportación de indicios probatorios a fin de determina el grado de culpabilidad del imputado.

También se plantean para esta tesis una excepción a la regla común, esta es la desconexión causal entre pruebas lícitas y pruebas ilícitas. De esta manera, el principio que justificaría la exclusión probatoria sería la antijuricidad, es decir, determinar que existe un nexo causal entre ambas. En consecuencia, la irradiación anticonstitucional de las pruebas ilícitas al haber violentado derechos fundamentales alcanzaría a las pruebas lícitas, descartando la admisibilidad de ambas. En este sentido la STC 81/1998, de 2 de abril⁷⁶⁸ determinó que para demostrar la conexión de antijuricidad entre la prueba lícita y la prueba ilícita es necesario llevar a cabo un análisis interno y externo de la prueba. De tal forma que se permitiría comprobar “la índole y características de la vulneración del derecho fundamental”.

En primer lugar, respecto a la perspectiva interna se pretende demostrar si la inconstitucionalidad de la prueba ilícita que ha vulnerado un derecho fundamental se transmite a la prueba obtenida como resultado de aquella acción. En segundo lugar, desde la perspectiva externa se pretende valorar la especial necesidad de tutela que la realidad y efectividad del derecho fundamental exige. En pocas palabras, si es acertado prever excepciones a la regla común, exclusión de pruebas que vulneren derechos fundamentales, ya que de lo contrario podría significar un incentivo al atropello de los derechos y libertades fundamentales careciendo de efectividad en la práctica.

Tales perspectivas, interna y externa, son complementarias puesto que es determinante a fin de determinar si “si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo⁷⁶⁹”.

Visto lo anterior, la STC 66/2009, de 2 de abril⁷⁷⁰ instauró como requisito indispensable a la valoración de las pruebas interconectadas un análisis a dos niveles.

⁷⁶⁸ BOE núm. 144, de 17 de Junio de 1986.

⁷⁶⁹ Fundamento jurídico cuarto párrafo sexto.

⁷⁷⁰ BOE núm. 91, de 14 de abril de 2009.

Respecto al primer nivel considera que el objetivo es esclarecer si existe o no conexión causal entre ambas pruebas, puesto que es condición sine qua non para la calificación de prueba derivada. Por otro lado, en cuanto al segundo nivel, solo después de haberse corroborado la existencia de dicha conexión se procedería al análisis de la conexión de antijuricidad. El TC a este respecto planteó que también podrían derivarse dos resultados contradictorios; por un lado, de no llegarse a verificar la conexión causal no sería necesario ni procedente analizar la conexión de antijuricidad; por otro lado, de superarse el análisis de antijuricidad la valoración de pruebas que implica la relación de causalidad y, por ende, de conexión entre ambas pruebas son calificadas independientemente pese a la vulneración de derechos fundamentales⁷⁷¹.

3.2.3. La calificación del despido disciplinario que se sustenta con una prueba ilícita.

Como se ha podido comprobar, respecto a la regla general que declara como nula la prueba que se obtenga con vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas aparecen otro tipo de aportaciones que si bien proceden de otros procedimientos con características distintas según una parte de la doctrina son perfectamente trasladables al proceso laboral. Sin embargo, esta aceptación no es ni mucho menos plena ni en la doctrina científica ni por supuesto en la doctrina judicial o jurisprudencial, mostrándose bastantes recelos al respecto y caracterizándose por una variedad de criterios.

Un debate bastante candente ya que se plantean cuestiones de índole procesal cuyas consecuencias, determinar la licitud o ilicitud de la prueba, pueden conllevar resultados distintos, a saber: la procedencia, improcedencia o nulidad del despido *ex art. 55.3 ET*. Tras todo lo anterior, ha llegado el momento de determinar cuál es la calificación que recibe el despido disciplinario que acomete el empresario *ex arts. 20.3 ET y 87.2 LOPD* como consecuencia de la constatación plausible de un incumplimiento contractual de las personas trabajadoras. Por tanto, se ha acotado el estudio a la calificación del despido disciplinario que el empresario comprueba través de algún medio de prueba justifica por cumplirse alguna de las causas que señala el art. 54.2 ET como incumplimientos contractuales cometidos por las personas trabajadoras.

⁷⁷¹ Fundamento jurídico cuarto párrafo quinto.

Alcanzado este punto es necesario señalar que tanto el art. 55.5 ET como el art. 108.2 LRJS se inclinan expresamente a favor respecto a la determinación de aquel despido que se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas sea calificado como nulo. Sin embargo, tampoco existe cierto consenso en la doctrina iuslaboralista ni en la doctrina judicial acogida por los TSJ⁷⁷², ni por la jurisprudencia del TC sobre la calificación del despido⁷⁷³. Así, por ejemplo, hay quienes son partidarios de una tesis de

⁷⁷² A favor de la improcedencia, por ejemplo, la STSJ de Cataluña de 5 de septiembre de 2000, sostuvo que la calificación del despido debe vincularse al “móvil que lo determina o a la violación de los derechos y libertades a que se refiere el art. 55.5 ET y no a la ilegalidad de alguna de las pruebas incorporadas al proceso”. Y ello, pese que estas circunstancias puedan tener transcendencia en la decisión que se llegue a adoptar. Por todo ello, consideró que la calificación de nulidad de la prueba no afecta de forma directa a la calificación que merezca la cesión disciplinaria de la empresa. En el mismo sentido, STSJ Castilla-La Mancha de 19 de junio de 2014, STSJ Castilla-La Mancha de 28 de noviembre de 2014. Recurso de suplicación núm. 2890/2000 (Aranzadi AS\ 2000\4574) Recurso de suplicación núm. 1162/2013 (Aranzadi AS\ 2014/1619). Recurso de suplicación núm. 1040/2014 (Aranzadi AS\2015/484). Recurso de suplicación núm. 899/2019 (Aranzadi AS\ 2020\1437). Recurso de suplicación núm. 1111/2020 (Aranzadi JUR 2021\40347). Y, en sentido contrario, a favor de la nulidad, la STSJ del País Vasco de 10 de mayo de 2011 que declaró al respecto que el art. 55.5 ET “no solo los supuestos en los que el cese se produce como consecuencia del ejercicio legítimo de un derecho fundamental, sino también aquellos otros en que los hechos que lo sustentan han sido conocidos por el empresario mediante métodos que conculcan los derechos fundamentales del afectado”. Así como la STSJ del País Vasco de 12 de septiembre de 2006 en la misma línea, a favor de la doctrina de los frutos del árbol envenenado, concluyó que cuando se obtuvieran pruebas de forma directa o indirecta que ocasionen una violación de derechos fundamentales o libertades públicas “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. Recurso de suplicación núm. 1270/2006 (Aranzadi AS 2006\2602). Recurso de casación contencioso-administrativo núm. 644/2011 (Aranzadi AS\ 2012\2277). Recurso de suplicación núm. 568/2014 (Aranzadi AS\ 2015\404). Recurso de suplicación núm. 314/2014 (Aranzadi JUR\ 2015\16206). Recurso de suplicación núm. 39/2017 (Aranzadi AS 2017\549).

⁷⁷³ En la STC 61/2021, de 15 de marzo, se ha suscitado esta problemática en un procedimiento de despido disciplinario con causa en una prueba de monitorización del ordenador puesto a disposición de la trabajadora. En cuanto a las cuestiones que debe responder el TC una de ellas es determinar si es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con los derechos a la intimidad (art. 18.1 CE) y el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) la interpretación que del art. 55.5 LET realiza la Sección Cuarta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Específicamente respecto a determinar si la sentencia objeto de amparo ha resuelto correctamente la calificación del despido puesto que pese a confirmar que una de las pruebas ha sido obtenida con vulneración de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (art. 18.1 y 3 CE) calificó el despido de improcedente en lugar de nulo. El TC, consciente de que existe en la doctrina diferentes se muestra contundente sobre la valoración que merece el despido cuando se ha utilizado como baza una prueba que lesiona derechos fundamentales al declarar que “no puede proclamarse que entre la calificación del despido y la reconocida lesión extraprocesal de un derecho fundamental pueda afirmarse la existencia de una «consecutividad lógica y jurídica». Dicho, en otros términos, no existe un derecho constitucional a la calificación del despido laboral como nulo”, situación que ha generado un auténtico revuelo en la doctrina laboralista, entre los más críticos, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, para quien no se pone en duda que en este procedimiento, se “profundiza y acentúa la línea de debilitamiento de la protección de los derechos constitucionales” cuando hace referencia a que “la prohibición constitucional de la prueba ilícita no es una mera prohibición incidental para asegurar la igualdad de las partes en el proceso sino un instrumento de garantía y de fortalecimiento de los derechos fundamentales”. *Vid.*, en profundidad la crítica que realiza a esta sentencia en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (2021). “Prueba ilícita y nulidad del despido” *Revista Trabajo, Persona, Derecho, Mercado* 3, nº 7-8, pp. 13-27. En el mismo sentido por el interés que despierta, CASAS BAAMONDE, M^a. E. (2021). “Prueba ilícita y despido. Desconexión de la nulidad de la prueba lesiva de derechos fundamentales y la nulidad del despido producido con violación de derechos fundamentales”,

la irradiación de la prueba⁷⁷⁴, aplicando de forma más estricta el sentido finalista del art. 11.1 LOPJ y art. 90.2 LRJS, que implica la calificación inconstitucional por extensión de ambas, de la prueba ilícita respecto a la prueba lícita. Es decir, pese a que ambas pruebas están conectadas causalmente entre sí, no pueden ser calificadas independientemente porque las segundas provienen de las primeras, motivo por el cual sostienen que el despido debe calificarse nulo al ser la prueba de cargo ilícita.

Por otro lado, quienes defienden una tesis de la independencia o incomunicación entre prueba lícita e ilícita, de forma que la calificación de ilícita no alcanza por extensión a la que ha sido calificada como lícita⁷⁷⁵. En definitiva, impera una incomunicación entre sentidos jurídicos contrapuestos de ambas pruebas sin que pueda verse interferido el sistema procesal. De tal manera que la declaración de nulidad de una fuente de prueba no puede de forma contundente y derivada de aquella implicar la calificación del despido como nulo. Esta teoría encuentra justificación en que se manifiesta una falta de causalidad del despido nulo (la vulneración del derecho fundamental), por lo que sería más acertado calificar el despido de improcedente⁷⁷⁶.

Pero también hay partidarios de una posición intermedia cuya postura se sostiene en base a que las anteriores soluciones, la incomunicación como la irradiación de la prueba lícita e ilícita, son igual de válidas pero que, sin embargo, debe atenderse a cada caso

Revista de Jurisprudencia Laboral, nº 4. Así como el Voto particular formulado en la sentencia, Recurso de amparo núm. 6838/2019 (Aranzadi JUR\ RTC 2021\61).

⁷⁷⁴ COLÀS NEILA, E. (2002). “Nuevas tecnologías, obtención de pruebas y derechos fundamentales. Sentencia comentada: STSJ de Madrid de 31 de enero 2002”, *Revista Aranzadi Social*, nº 5, p. 5.

⁷⁷⁵ En cuanto a esta postura, GIL PLANA sostiene que “la exclusión de una prueba ilícita en un proceso por despido no dará lugar a la nulidad salvo que se aprecie en la motivación del despido la lesión de un derecho fundamental, siendo la improcedencia la calificación que procede cuando no hay causa extintiva. Se trata, por tanto, de una teoría que despliega su virtualidad dentro de la actividad probatoria, no siendo posible su traslación a la actividad calificadora que se concede al juez en materia de despido.” En conclusión, este autor estima que la aceptación de la tesis de la irradiación plantearía un problema añadido, que el empresario decidiera despedir sin causa obteniendo mayor rédito. La explicación a por qué elegiría esta estrategia procesal encuentra respuesta a que pretendería evitar cualquier opción probatoria que justificase el despido y que posteriormente pudiera ser calificada como nula. GIL PLANA, J. (2012). “El uso particular por los trabajadores de las nuevas tecnologías empresariales en los códigos de conducta”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, nº 155, p. 66.

⁷⁷⁶ Ello no obsta para que, con independencia de la calificación final del despido, cuando se verifique la calificación de la prueba que sustenta el despido disciplinario como ilícita, proceda “en todo caso una indemnización resarcitoria por los daños causados” a tenor de lo dispuesto en el art. 183 LRJS. *Vid.*, VALLE MUÑOZ, F. A. (2022). “Control tecnológico empresarial y licitud de la prueba en el proceso laboral (1)”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 87, pp. 14-15.

concreto abandonándose la calificación genérica de improcedencia o nulidad del despido⁷⁷⁷.

Efectivamente, no se pone en duda la incidencia de las tecnologías en cuanto al respeto y garantía de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. Por este motivo, el empresario pese a encontrarse habilitado *ex art. 20.3 ET y 87.2 LOPD* no podrá justificar la protección de los intereses empresariales mediante la adopción de cualquier tipo de acciones que superen los límites que aquí se analizan⁷⁷⁸.

Por consiguiente, la valoración que merece este apartado es que dado el contexto actual de creciente digitalización en el que se encuentra inmerso el Derecho del Trabajo desde hace ya unos años y, que probablemente no sea una cuestión que finalice al corto plazo, requiere una atención sumamente especial. De tal modo que el empresario deberá andarse con bastante cautela a fin de no irrumpir o violentar los derechos fundamentales con las consecuencias que de esta acción se derivan⁷⁷⁹. Siendo posible, desde su perspectiva, la adopción de otro tipo de actuaciones más éticamente comprometidas, como se expondrá a continuación, en cuanto a garantizar la salvaguardia de los derechos fundamentales que permitirían en las mismas posibilidades alcanzar los objetivos corporativos previstos a fin de salvaguardar su actividad económica.

4. La utilización de dispositivos digitales facilitados por el empresario a la plantilla.

En tercer lugar, en cuanto a los criterios de utilización de los dispositivos “los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando los estándares mínimos de protección de su intimidad (..) respetando los usos sociales y derechos reconocidos constitucional y legalmente”.

⁷⁷⁷ LOUSADA AROCHENA, J.F. (2006). “La prueba ilícita en el proceso laboral”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, nº 11, p. 7.

⁷⁷⁸ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. (2007). “El uso y el control empresarial de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral. Algunas pautas recurrentes en la doctrina judicial, para tener en cuenta. Comentario de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Eibar (Guipúzcoa), de 30 de mayo de 2006, y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 18 de enero de 2007”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 26, p. 2 y ss.

⁷⁷⁹ PÉREZ YÁÑEZ, R. (1999). “De nuevo sobre la distribución de la carga de la prueba en procesos sobre la presunta vulneración empresarial de derechos fundamentales”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1, p. 480.

En este punto el legislador hace hincapié en que es habitual el uso de tales medios para fines particulares y para zanjar la problemática entre partes establece la necesidad de fijar un criterio de uso. Como se puede comprobar el precepto recoge perfectamente la doctrina del TS, concretamente de la STS 26 de septiembre de 2007, que reconoció la existencia de cierta tolerancia al uso personal de medios de la empresa constituyendo un hecho social que así mismo también crea una expectativa de confidencialidad.

Así mismo, la sentencia del caso *Bărbulescu I* también se manifestó respecto a que tanto el derecho a la privacidad como el derecho a la confidencialidad o secreto de las comunicaciones siguen estando vigentes pese a la utilización de este tipo de dispositivos. Y ello pese a que existan situaciones en las que el empresario pudiera fijar límites en el uso de tales dispositivos digitales⁷⁸⁰.

La justificación del empresario en cuanto al acceso al contenido de los medios digitales parte del propio interés legítimo de garantizar la integridad y el buen uso de estos para alcanzar los objetivos empresariales. Entre otros es posible considerar relevantes los datos personales de clientes, personas trabajadoras, documentación propia y reservada de la empresa, la instalación de programas informáticos que no cumplan con las garantías de seguridad informática, entre otros. De hecho, en el último apartado de este artículo queda plasmada la obligación del empresario de precisar la posibilidad de dar uso privado de los dispositivos y las personas trabajadoras deberán estar informados de tal acuerdo⁷⁸¹.

En consecuencia, el art. 87 LOPD contempla requisitos a cumplir por ambas partes ya que de un lado, se reconoce el derecho a la intimidad de los trabajadores y empleados públicos y, por otro lado, se fija el derecho del empresario de controlar la actividad laboral accediendo a tales medios.

Más relevante aún sobre el debido respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores y, en suma, de la observancia de la dignidad de estos, el apartado tercero del mismo, fija los requisitos que deben cumplirse escrupulosamente por el empresario para

⁷⁸⁰ En referencia a la aplicación esta doctrina europea sobre la expectativa de privacidad, *vid.*, Nº recurso suplicación 744/2018, Id Cendoj: 41091340012019100716. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fc7bc26b991c8ae1/20190425>

⁷⁸¹ Recurso de suplicación nº 754/2021 (Aranzadi JUR 2022\73372).

ejercer el control legítimo de forma que respete el derecho fundamental a la intimidad⁷⁸². Sobre esta cuestión señala acertadamente GOÑI SEIN que “una cosa es que se reconozca la expectativa de la intimidad aun en las situaciones de prohibición absoluta de uso personal de los medios informáticos, y otra distinta que venga reconocido el derecho a un uso personal de tales medios propiedad de la empresa⁷⁸³.”

De tal manera que, en un primer momento de acuerdo con la doctrina del TEDH en las sentencias del caso *Halford y Copland*, si el empresario comunica unas reglas de uso privado y tras la realización de un control comprueba algún tipo de incumplimiento respecto a estas instrucciones de buen uso personal, no se entenderá infringida la denominada “expectativa razonable de intimidad” de las personas trabajadoras. Sin embargo, el TEDH se desmarcó de esta doctrina con el caso *Bărbulescu II* y precisó que aun existiendo prohibición absoluta no sería posible llevar a cabo un control arbitrario y generalizado de las comunicaciones de las personas trabajadoras. Y con carácter imprescindible, siempre y cuando acredite haber observado los parámetros establecidos por el test o juicio de proporcionalidad a la medida que decida implementar como monitorización de la actividad laboral.

4.1. La política corporativa sobre buen uso de los dispositivos digitales: la necesaria comunicación previa del empresario para el efectivo cumplimiento por las personas trabajadoras.

A este respecto, el legislador acertadamente contempla, *ex art.* 87.3 LOPD, que el estándar de intimidad⁷⁸⁴ se cumplirá de forma gradual en función de si se admite o no el uso privado de tales dispositivos y, para ello, deberá comunicarse de forma previa a las personas trabajadoras unas pautas concretas en el uso correcto de estos. Esta cuestión también fue adelantada por la STS 26 de septiembre de 2007 al disponer que para zanjar esta incertidumbre que acarrea una gran problemática, lo más acertado sería que el

⁷⁸² SERRANO OLIVARES, R. (2018). “Los derechos digitales en el ámbito laboral: comentario de urgencia a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *Revista Iuslabor*, nº 3, p. 219.

⁷⁸³ GOÑI SEIN, J.L. (2020). “Uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 11, p. 7.

⁷⁸⁴ LÓPEZ BALAGUER, M., RAMOS MORAGUES, F. (2020). “Control empresarial del uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral desde la perspectiva del derecho a la protección de datos y a la intimidad”, *Revista jurídica de los Derechos Sociales*, nº 2, p. 521.

empresario en virtud del principio de buena fe determinase “previamente las reglas de uso de esos medios -con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- e informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones⁷⁸⁵”.

Este pronunciamiento tuvo un efecto determinante a la hora de atribuir un cierto protagonismo a los denominados “códigos de conducta” sobre buen uso de los dispositivos electrónicos. La configuración de este código de conducta o código de buenas prácticas sobre el uso de los dispositivos digitales constituye un compromiso ético de la empresa con la plantilla. Ello supone que su adopción es una clara evidencia de alzar el ejercicio como el cumplimiento de la buena fe entre las partes *ex art. 20.2 ET* en las relaciones laborales. Y así mismo porque en la práctica, supondría menguar las facultades de control y fiscalización del empresario *ex art. 20.3 ET*⁷⁸⁶.

Ante este hecho, las empresas han implementado modelos o políticas con la intención de crear una reputación pública socialmente responsable⁷⁸⁷. Efectivamente, se está ante el ejercicio de la responsabilidad social corporativa⁷⁸⁸, en adelante RSC, que desde el enfoque de las personas trabajadoras pretende conseguir la identificación e implicación de este con los ideales de la entidad⁷⁸⁹. La RSC se caracteriza por adoptar un

⁷⁸⁵ Fundamento jurídico cuarto.

⁷⁸⁶ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. Y THIBAUT ARANDA, J. (2007). “El uso laboral del ordenador y la buena fe (A propósito de la STS de 26 de septiembre de 2007, rec. 966/2006)”, *Revista relaciones Laborales*, nº 1, p. 555.

⁷⁸⁷ A este respecto, FERNANDO ARANGO sostiene que “la construcción de la reputación corporativa – de la misma forma que de los activos– no es una gestión de resultados positivos inmediatos, es decir, no se resuelve con acciones puntuales y aisladas; sino que debe conllevar una planificación previa en la que se conjugue la estrategia y las tácticas, para luego ejecutar acciones consistentes que a lo largo del tiempo permitan evaluar sus resultados y medirlos”, ARANGO, F. (2009) “La medición de la reputación corporativa”, pp. 17-21, en *Relaciones Públicas 2009. Radiografía: proyecciones y desafíos*, *ob. cit.*

⁷⁸⁸ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (2010). “Responsabilidad social de las empresas y Códigos de Conducta empresariales aproximación desde el Derecho del Trabajo”, *ob. cit.*, pp. 819-844.

⁷⁸⁹ VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (2012). “La responsabilidad social corporativa: una reflexión”, *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, nº 1, p. 172.

compromiso voluntario que se sustenta en la ética y el carácter transparente de sus actividades⁷⁹⁰.

La RSC como método de regulación de las relaciones laborales⁷⁹¹, permite la implantación de medidas que protejan y beneficien a las personas trabajadoras. Dicho de otra manera, la RSC “vendría a proporcionar nuevos instrumentos de ordenación dotados de una mayor eficacia para proteger los intereses de los trabajadores que encontrarían proyección⁷⁹²”. Además, también refuerza la motivación, potencia el comportamiento y la actitud del personal, así como el arraigo de la plantilla con los valores e ideas de la entidad⁷⁹³.

Esta actuación, es decir, la autoregulación interna por la que se comunican a las personas trabajadoras instrucciones sobre buen uso de las herramientas digitales, ha sido avalada por el TS que parte del criterio de que “no existe obstáculo alguno de orden lógico o jurídico para que tal normativa de autoordenación no se extienda también a materias de innegable naturaleza laboral, pues ello no significaría más que el simple ejercicio del poder de dirección que al empresario corresponde *ex art. 20 ET*”⁷⁹⁴. Pero siempre teniendo en cuenta que este poder no es absoluto ya que encuentra como límite los derechos fundamentales de las personas trabajadoras.

Sobre esta cuestión, el GT29 en su Dictamen de 29 de mayo de 2002 (WP55)⁷⁹⁵ relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo adelantó

⁷⁹⁰ GARCÍA ECHEVARRÍA, S. (2006). “Responsabilidad social corporativa la responsabilidad social corporativa como orientación del management empresarial”, *Conferencias y Trabajos de Investigación del Instituto de Dirección y Organización de Empresas (IDOE)*, p. 82.

⁷⁹¹ BAYLOS GRAU, A. P. (2004). “Códigos de conducta y buenas prácticas de las empresas en materia laboral el problema de su exigibilidad jurídica”, *Revista Estudios de derecho judicial*, nº 66, p. 251.

⁷⁹² CORREA CARRASCO, M. (2012). “Derecho del trabajo y responsabilidad social empresarial ante los retos de la globalización”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, nº 154, p. 3.

⁷⁹³ GARCÍA GUTIÉRREZ, D.M. (1997) “Políticas internas y externas de las pequeñas y medianas empresas que inciden en la gestión de la calidad”, *Revista de Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa*, nº 1, p. 18. DEL REY GUANTER, S. (2009) “Responsabilidad Social de las Empresas y Relaciones Laborales: algunas reflexiones sobre sus conexiones terminológicas y sustanciales”, *Revista Temas Laborales*, nº 100, pp. 143 y ss.

⁷⁹⁴ Nº recurso 132/2005, Id Cendoj: 28079140012007100246. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cbd6e2431e252e4f/20070426>

⁷⁹⁵ En el mismo sentido, la Comisión Europea se pronunció tiempo atrás sobre la necesidad de elaborar una política corporativa por el empresario en referencia al uso de los dispositivos electrónicos, vid., Recommendation CM/Rec(2015)5 of the Committee of Ministers to member States on the processing of personal data in the context of employment (Adopted by the Committee of Ministers on 1 April 2015, at

las siguientes recomendaciones específicas que el empresario debería incluir en la política de buen uso de dispositivos. Concretamente se centra en aspectos como el uso del correo electrónico y el acceso a Internet disponiendo lo siguiente:

“1. La política de la empresa en cuanto a utilización del correo electrónico e Internet, describiendo de forma pormenorizada en qué medida los trabajadores pueden utilizar los sistemas de comunicación de la empresa con fines privados o personales (por ejemplo, períodos y duración de utilización).

2. Los motivos y finalidad de la vigilancia, en su caso. Cuando el empleador autorice a los trabajadores a utilizar los sistemas de comunicación de la empresa con fines personales, las comunicaciones privadas podrán supervisarse en circunstancias muy limitadas, p. ej. para garantizar la seguridad del sistema informático (detección de virus).

3. Información detallada sobre las medidas de vigilancia adoptadas, p. ej. ¿quién? ¿qué? ¿cómo? ¿cuándo?

4. Información detallada sobre los procedimientos de aplicación, precisando cómo y cuándo se informará a los trabajadores en caso de infracción de las directrices internas y de los medios de que disponen para reaccionar en estos casos.”

Por consiguiente, si bien en una primera etapa los códigos de conducta respondían a un carácter voluntario fruto de un compromiso de la empresa con las personas trabajadoras en aras de manifestar la buena fe entre las partes⁷⁹⁶, en esta segunda etapa a raíz de la entrada en vigor del art. 87.3 LOPD su carácter es obligatorio⁷⁹⁷. Un deber u

the 1224th meeting of the Ministers' Deputies) Recuperado de https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c3f7a

⁷⁹⁶ MIRÓ MORROS, D. (2013). “El uso del correo electrónico en la empresa: protocolos internos”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 874, p. 4.

⁷⁹⁷ Téngase en cuenta que este tipo de código de conducta referidos a determinar los criterios de utilización de los dispositivos electrónicos es distinto al que hace referencia el art. 40 RGPD. Por un lado, porque la finalidad de estos últimos es bien distinta ya que con su implementación se pretende garantizar la aplicación del RGPD conforme a las características de “específicas de los distintos sectores de tratamiento y las necesidades específicas de las microempresas y las pequeñas y medianas empresas”. Y, por otro lado, otra diferencia se encuentra respecto a los sujetos a los que se les ha atribuido la titularidad en esta función de divulgación ya que ha sido atribuida a los Estados miembros, las autoridades de control, el Comité, la Comisión y a las asociaciones y otros organismos representativos de categorías de responsables o encargados del tratamiento”. Y, además, los códigos de conducta deben ser objeto de revisión por organismos certificados por la agencia o autoridad de control (AEPD, quien a su vez debe aprobarlos e inscribirlos. *Vid.*, en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2019). “Participación de los representantes de los trabajadores en el tratamiento de datos personales: Derechos de información y consulta: Jornada de Estudio. Gabinete de estudios jurídicos de CC.OO. 55ª Edición Los efectos laborales de la nueva regulación de

obligación que en caso de incumplirse e implementar una monitorización arbitraria conllevaría rotundamente la ruptura del principio examinado, la buena fe entre las partes con exaltación de abuso de poder, así como la posible vulneración del derecho fundamental a la intimidad *ex* art. 18.1, al secreto de las comunicaciones *ex* art. 18.3 CE o en su caso de la protección de datos personales *ex* art. 18.4 CE.

En congruencia con lo anterior, si no permite el uso privado primado la exclusividad profesional, el empresario deberá observar los estándares mínimos de intimidad conforme a los usos sociales y la legalidad vigente marcados por el TEDH caso *Bărbulescu II* que han sido tomados en consideración en el art. 87.3 LOPD⁷⁹⁸. Mientras que, si se admite un uso personal, deberá precisar de forma concisa tales usos y los periodos en los cuáles será posible. Se instaura pues, el requisito del deber de información previa como contenido esencial del derecho a la intimidad de las personas trabajadoras, *ex* art. 12-15 RGPD así como 11-18 LOPD⁷⁹⁹.

Por otro lado, el art. 87.3 LOPD especifica respecto a la determinación de los criterios de utilización de los dispositivos digitales que “en su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores”, por lo que puede afirmarse que constituye una referencia vaga y ambigua que genera una incertidumbre en torno a la participación de la RLT en la elaboración del código de conducta o política de buen uso de dispositivos digitales⁸⁰⁰.

protección de datos personales (Día 28 de febrero)”, *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, nº 198, p. 47.

⁷⁹⁸ A este respecto sostiene BAZ RODRÍGUEZ que lo que ya no resulta admisible es “la eliminación absoluta e injustificada de este derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales a partir del libre albedrío empresarial en la adopción de sus decisiones técnicas y organizativas. Así las cosas, la implementación, por ejemplo, de medidas de monitorización basadas en la necesidad de proteger los equipos informáticos y los datos manejados por la empresa, no pueden conducir a efectuar un control integral de la actividad en línea del trabajador”. BAZ RODRÍGUEZ, J. (2019). “La Ley orgánica 3/2018 como marco embrionario de garantía de los derechos digitales laborales. Claves para un análisis sistemático”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 54, p. 55.

⁷⁹⁹ LÓPEZ BALAGUER, M. RAMOS MORAGUES, F. (2020). “Control empresarial del uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral desde la perspectiva del derecho a la protección de datos y a la intimidad”, *ob.cit.*, p. 522.

⁸⁰⁰ Una cuestión que es necesario poner de relieve es que en la redacción del art. 87 LOPD el legislador no ha priorizado la regulación de los criterios de utilización de los dispositivos digitales a través de la negociación colectiva. Dicho lo anterior, si bien es cierto que el legislador no encomendó esta tarea a la negociación colectiva, es posible identificar algunas experiencias en la negociación colectiva que sí han optado por regular el contenido del art. 87 LOPD siendo posible identificar varios criterios al respecto. Esta circunstancia ha sido analizada de forma pormenorizada por SERRANO GARCÍA quien tras el análisis de esta serie de cláusulas en la negociación colectiva llegó a la conclusión de que existe, en general, una

Esta circunstancia ha sido puesta de manifiesto por la doctrina *iuslaboralista* con posiciones contrarias. En primer lugar quienes defienden una postura más restrictiva, por un lado, GOÑI SEIN quien sostiene que no es ni mucho menos la intención *a priori* atendiendo a la redacción del precepto, que el término participación actúe como sinónimo de codecisión⁸⁰¹. Por otro lado y en la misma línea, BAYLOS GRAU sostiene que, según la configuración del texto legislativo examinado es “el empleador quien determina el alcance y el contenido de los derechos digitales de los trabajadores⁸⁰²”. Por consiguiente, se muestra rotundo al afirmar que el empresario no será compelido ni mucho menos condicionado por la opinión o criterio colectivo alcanzado por la RLT⁸⁰³ y que, en

práctica habitual por la que se integran cláusulas prohibitivas del uso privado de los dispositivos electrónicos de la empresa por las personas trabajadoras. Por tanto, se reconoce, una facultad extralimitada de control del empresario sobre los dispositivos electrónicos puestos a disposición de las personas trabajadoras y que conculca tanto el deber de información previa como la expectativa de privacidad e intimidad. *Vid.*, en profundidad por el interés del estudio en SERRANO GARCÍA, J. M^a. (2019). *La protección de datos y la regulación de las tecnologías en la negociación colectiva y en la jurisprudencia*, Albacete, Editorial Bomarzo, p. 48-56.

⁸⁰¹ GOÑI SEIN, J.L. (2020). “Uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral”, *ob. cit.*, p. 21.

⁸⁰² BAYLOS GRAU, A. P. (2019). “Notas sobre el papel de la negociación colectiva en la configuración de los derechos derivados de la Ley de Protección de datos personales y garantías de derechos digitales”, *Labour Law Issues*, vol. 5, n^o 14, p. 13.

⁸⁰³ Como se ha destacado, ni siquiera la negociación colectiva ha venido a aportar mayores garantías y seguridad al respecto y, de hecho, la experiencia es bastante variopinta y negativa para la protección de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. Tal es así que el CC de establecimientos financieros de crédito, CC de Cruz Roja para la provincia de Lugo y II CC de Vodafone, además de instar a las empresas a adoptar los criterios de utilización de dispositivos digitales en el caso de que carezcan de ellos, también prevé como regla general que la utilización de “medios tecnológicos y dispositivos digitales puestos a disposición del trabajador tendrán un uso exclusivamente profesional”. Sin embargo, también prevé como posibilidad que se permita el uso privado y, para tal caso, las empresas deberán determinar qué tipos de usos se autoriza así como los periodos habilitados para ello. De forma más sorprendente se puede comprobar en el II CC de CEAR que se insta a la adopción de una serie de medidas de seguridad entre las que se encuentra la prohibición del acceso a redes wifi-públicas y la posibilidad de instalar en los móviles un software que posibilita la monitorización a efectos de control y aseguramiento de tales dispositivos. Por otro lado, el CC provincial de Oficinas y Despachos aglutina a qué fines puede obedecer esta acción fiscalizadora adoptada por el empleador: “controlar el material creado, almacenado, enviado o recibo en la red de la empresa, así como controlar sitios visitados por sus trabajadores y trabajadoras usuarias en internet, espacios de charla o grupos de noticias, revisar historiales descargados de la red de internet por personas usuarias de la empresa, revisar historiales de mensajes, de correo electrónico enviados y recibidos por los trabajadores y trabajadoras usuaria”. No obstante, establece con carácter indispensable que al momento de adoptarse esta medida deba cumplirse el criterio de necesidad y de proporcionalidad en aras de alcanzar el fin propuesto minimizando el riesgo de daño para los derechos fundamentales de las personas trabajadoras que podría tener como resultado una actuación arbitraria, injustificada y desproporcionada del ejercicio del poder de control y dirección *ex art.* 20.3 ET. Además, prevé que en el caso de que la persona trabajadora se niegue al acceso y comprobación de los dispositivos y herramientas digitales, desplaza el criterio de presunción de inocencia a favor del trabajador asignándole con carácter automático el pliego de cargos con atribución al régimen de sanciones que establece el convenio colectivo en cuestión. Por último, también existen cláusulas que muestran un mero reflejo del contenido del art. 87 y que poca seguridad aportan a esta situación, este es el caso, por ejemplo, del CC general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, el CC del Sector del Comercio Textil de Madrid y el III CC de Siemens.

consecuencia, el legislador desfortalece los derechos fundamentales de las personas trabajadoras en este contexto digital⁸⁰⁴.

En segundo lugar, para quienes defienden, como PRECIADO DOMÈNECH, una interpretación más garantista manifiesta que si bien es cierto que la norma no es ni mucho menos clara al respecto, debería como mínimo cumplirse el deber de consulta⁸⁰⁵. A este respecto, toma como sustento jurídico el art. 64.5 f) ET en el cual se determina que el comité de empresa tiene derecho a emitir informe con carácter previo a la adopción por el empresario de determinadas acciones. Por ejemplo, “la implantación de sistemas de organización y control del trabajo”, entre la que se podría subsumir la configuración de un código o política de buenas prácticas sobre el uso de los dispositivos electrónicos.

Es por ello por lo que se antoja más acertada esta interpretación teleológica más garantista para las personas trabajadoras que implicaría para el empresario cumplir con esta responsabilidad de efectuar la consulta a la RLT⁸⁰⁶ a efectos de evitar la imposición de sanciones y evitar la nulidad de la actuación implementada en el caso de que implicase una modificación sustancial de medidas *ex* art. 41.1 e) ET y 138.7 LRJS.

En definitiva, a través de esta interpretación más amplia del precepto se conseguiría paliar o subsanar la redacción deficiente del art. 87.3 LOPD por el legislador, frente a una interpretación gramatical o literal de la norma que implicaría mayores restricciones al respecto. Por consiguiente, como mínimo el empresario deberá consultar

⁸⁰⁴ En esta línea, SERRANO GARCÍA se muestra bastante crítica y puntualiza que el interés de las empresas en elaborar de forma unilateral estos protocolos que fijan los criterios de utilización de los dispositivos digitales puestos a disposición de las personas trabajadoras responde a “garantizar la seguridad de los datos de su organización sin pensar nunca en la legítima expectativa de privacidad de las personas trabajadoras” excluyendo la posibilidad de que la RLT participe en este proceso. SERRANO GARCÍA, J. M^a. (2022). *La protección jurídica de los datos de las personas trabajadoras*, *ob. cit.*, p. 56.

⁸⁰⁵ PRECIADO DOMÈNECH, C. H. (2019). *Los Derechos Digitales de las Personas Trabajadoras*, *ob. cit.*, p. 119.

⁸⁰⁶ Esta tesis ha sido refrendada por la sentencia de la AN 114/2022 de 22 de julio. En este procedimiento tiene lugar una reclamación por la sección sindical al entender que las cartas que fueron entregadas a la plantilla constituyeron un cambio unilateral de la política de uso de dispositivos digitales. De este modo, si bien es cierto que le corresponde al empleador *ex* art. 87.3 LOPD fijar los criterios de utilización de los dispositivos digitales puestos a disposición de las personas trabajadoras, la AN concreta que “para adoptar la decisión correspondiente debe haber participado la RLT, esto es, equivalente a la consulta a que hace referencia el art. 64 ET en sus apartados 5 y 6”. N^o recurso 178/2022, Id Cendoj: 28079240012022100112. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/52572263981ffe11a0a8778d75e36f0d/20220804>

a la RLT al momento de la elaboración del código de conducta, pudiendo emitir con carácter previo a su implementación el preceptivo informe *ex art. 64.5 f) ET*⁸⁰⁷.

Pese a las críticas señaladas se puede llegar a concluir que el legislador ha logrado incorporar los medios jurídicos necesarios para canalizar de forma correcta la nueva realidad productiva en las empresas por la introducción de las tecnologías en las relaciones laborales⁸⁰⁸.

Por consiguiente, tras la entrada en vigor del art. 87 LOPD se dio por finalizado a un periodo de inexistencia de previsión legislativa sobre esta materia, el control informático del empleador sobre los medios digitales puestos a disposición de las personas trabajadoras. En consecuencia, esta experiencia de inseguridad jurídica ha sido superado con la LOPD a fin de solventar las constantes luchas y vaivenes jurisprudenciales⁸⁰⁹ en los criterios de afectación de derechos de las personas trabajadoras por el ejercicio de las medidas organizativas del empresario. De este modo, se está favoreciendo el disfrute de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras evitando intromisiones ilegítimas al incorporar una norma garantista a este respecto como es el art. 87 LOPD.

⁸⁰⁷ En este punto se comparte con una doctrina que se posiciona a favor de la configuración *ex lege* de un denominado “Comité de Protección de Datos”, en analogía al funcionamiento del Comité de Seguridad y Salud. Una propuesta que se justifica por la necesidad garantizar el cumplimiento del derecho fundamental a la protección de datos personales de las personas trabajadoras y, por supuesto, de realzar las singularidades que su aplicación conlleva en el ámbito de las relaciones laborales. *Vid.*, TOLODÍ SIGNES, A. (2021). “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, *Revista de Derecho Social*, nº 84, p. 86.

⁸⁰⁸ GORDO GONZÁLEZ, L. (2017). “El derecho del trabajo 2.0: la necesidad de actualizar el marco de las relaciones laborales a las nuevas tecnologías”, *Revista Aranzadi de Información Laboral*, nº 12, p. 2.

⁸⁰⁹ GÓMEZ, E. (2018). “¿Tiene un trabajador derecho a la intimidad en el ámbito laboral?, *ob. cit.*, p. 2.

CAPÍTULO III

EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL

1. La eterna discusión sobre la delimitación del tiempo de trabajo.

Los conceptos de tiempo de trabajo y tiempo de descanso constituyen una de las principales preocupaciones primarias a tutelar por el derecho del trabajo. De hecho, este debate se remonta al desarrollo de la primera Revolución Industrial en la que el proceso de industrialización urbana provocó el traslado del capital humano de las zonas rurales a las grandes urbes de la industria, dando lugar a las ciudades industrializadas⁸¹⁰. En lo que se refiere al ámbito social, las diferencias entre pobres y ricos se engrandecieron generando serios problemas de hacinamiento y pobreza⁸¹¹. Estos problemas fueron caldo de cultivo de los primeros movimientos obreros⁸¹² en los que se manifiestan tensiones por las condiciones de vida y en gran medida por los horarios de trabajo exorbitados.

Ante estas circunstancias, el gobierno inglés comenzó a aprobar leyes de protección en materia de trabajo en las fábricas (*Factory Acts*)⁸¹³. Destacan, la Ley sobre las condiciones de trabajo de los niños (1819), la Ley contra el empleo a menores de 9 años (1833), la Ley de prohibición del trabajo de mujeres y niños en las minas (1842) y la Ley para la reducción de horas de trabajo en mujeres y menores (1844)⁸¹⁴. Pero, sin embargo, no sería hasta 1874 cuando la jornada laboral se establece en un máximo de 10 horas al día para todos los tipos de trabajo en Inglaterra. Constituyen, en este sentido, los

⁸¹⁰ CHAVES PALACIOS, J. (2004). “Desarrollo tecnológico en la primera revolución industrial”, *Norba: Revista de Historia*, nº 17, p. 98.

⁸¹¹ SÁNCHEZ MARROYO, F. (1997). “Pobreza y mendicidad en el mundo contemporáneo”, *Revista de estudios extremeños*, nº 23, pp. 51 y ss.

⁸¹² BERGIER, J. F. “La burguesía industrial y la aparición de la clase obrera”, en CIPOLLA, C. M. (1983). *Historia Económica de Europa: La Revolución Industrial*, Barcelona, España, Editorial Ariel, pp. 410-465.

⁸¹³ Informe sobre Los convenios 138 y 182 de la OIT: reformas normativas, avances y retos, en I Taller Interparlamentario Subregional “Legislación y Trabajo Infantil”, publicado el 1 de marzo de 2004, p. 19.

⁸¹⁴ Como precedentes en el ámbito español se encuentran, por un lado, la Ley Benot de 1873 cuyo objetivo fue limitar la jornada laboral de los menores de quince años. Y, por otro lado, la Ley del descanso dominical de 1904 que instauraba la prohibición de trabajar en domingo. A este respecto sobre el desarrollo de los cambios legislativos en el ámbito laboral de Gran Bretaña de forma comparada con España Vid., MARTÍNEZ PEÑAS, L. (2011). “Los inicios de la legislación laboral española: La Ley Benot”, *Revista Aequitas: Estudios sobre historia, derecho e instituciones*, nº 1, pp. 25-70.

primeros ejemplos internacionales de medidas adoptadas para limitar la duración máxima de la jornada de trabajo.

Posteriormente, en el periodo de la segunda Revolución Industrial a finales de los años ochenta, esta preocupación por la jornada de trabajo se acrecentó y gracias a la aparición de los sindicatos y la negociación colectiva como medios de representación de los intereses laborales, su actuación se intensificó para limitar la carga física y los periodos de recuperación de las personas trabajadoras⁸¹⁵.

Sin embargo, con la tercera Revolución Industrial fue necesaria una renovación de las infraestructuras y de los cimientos de la industria de cada país que precisó de una mano de obra tecnológicamente cualificada. En este sentido, se manifiesta un cambio en el modelo de producción, desterrando la carga física del obrero en la fábrica por la introducción de la tecnología en la cadena de producción. La introducción de la robotización de las cadenas de montaje supuso un cambio de paradigma desde el ámbito empresarial, es decir, se abandona la dimensión cuantitativa de la jornada de trabajo por la dimensión cualitativa de esta⁸¹⁶.

Por consiguiente, se puede corroborar que, con independencia de la ubicación temporal, los conceptos de tiempo de trabajo y tiempo de descanso constituyen una de las figuras jurídicas más complejas en el ámbito del derecho del trabajo al suscitar conflictos en cuanto al inicio y al término de la jornada laboral y comienzo, por tanto, del descanso efectivo de las personas trabajadoras. Hoy por hoy, las jornadas laborales deben adaptarse a los nuevos paradigmas organizativos y estructurales de las empresas en un contexto tecnológico como el que caracteriza a la cuarta Revolución Industrial que se vive en estos momentos. Pero, esta flexibilidad que exige la era digital no debe ir en detrimento de los derechos laborales de las personas trabajadoras, en concreto, del derecho al descanso concebido como lapso que no es tiempo de trabajo efectivo y que garantiza la salud de las personas trabajadoras⁸¹⁷.

⁸¹⁵ VILAR RODRÍGUEZ, M. (2014). “Revoluciones industriales, trabajo y Estado del Bienestar: la gran ruptura mundial contemporánea”, *Revista de Investigaciones de Historia Económica = Economic History Research*, nº 1, pp. 73-74.

⁸¹⁶ MARTÍN RODRÍGUEZ, O. (2017). “Flexibilidad y distribución del tiempo de trabajo. Especial referencia al caso español”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, nº 25, p. 7. BASTERRA HERNÁNDEZ, M. (2019). “El tiempo de trabajo en los instrumentos de la OIT: una perspectiva desde el ordenamiento español”, *Documentación laboral*. nº 116, p. 73-74.

⁸¹⁷ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. (2019). “La trascendencia de la disponibilidad horaria del trabajador en el contexto de las plataformas digitales”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar*

Efectivamente, el debate sobre la duración de la jornada de trabajo es un tema que siempre ha contado con una importancia notable y que ha sido objeto de reivindicación por las vulneraciones que se producían en los entornos de trabajo desde los inicios del periodo industrial (principalmente, primera y segunda revoluciones industriales). Con la incorporación de las TIC al terreno laboral fomentadas por las ventajas que ofrece eludiendo la necesidad de acudir presencialmente físicamente a la empresa, se disipan las fronteras de espacio y tiempo entre el ámbito del trabajo y de la vida privada del de las personas trabajadoras. Eliminar estas fronteras para disfrute de las personas trabajadoras puede ocasionar una invasión en su vida privada por el hecho de estar permanentemente conectado, incluso durante su tiempo de descanso⁸¹⁸, lo que, *in fine*, derivaría en la aparición de trastornos en la salud de las personas trabajadoras, entre los que destacan riesgos psicosociales como el estrés, la ansiedad o síndromes varios como el del *burnout*.

Por todo ello, en el ámbito propio de las relaciones laborales, la duración de la jornada de trabajo siempre ha sido un tema de preocupación constantemente. Ha constituido una de las principales reivindicaciones obreras⁸¹⁹ con el fin de ofrecer un trabajo digno que cumpliera con las notas de seguridad y dignidad. De hecho, la Organización Internacional del Trabajo⁸²⁰ (en adelante, OIT) ha velado, desde su nacimiento, por procurar la limitación de las jornadas de trabajo excesivas que conculcan tanto el derecho al descanso como el de conciliación de la vida laboral y familiar.

El primer Convenio aprobado por la OIT fue en 1919⁸²¹, y versaba justamente sobre la limitación de la jornada de trabajo, estableciendo que “no podrá exceder de ocho

social, nº 146, p.139. LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2021). “Trabajo remoto y derecho a la desconexión digital ante el riesgo de la flexibilidad horaria”, *Revista de Estudios Latinoamericanos*, vol. 1, nº 11, p. 85.

⁸¹⁸ AGUILERA IZQUIERDO, R. y CRISTÓBAL RONCERO, R. (2017). Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión, en VVAA: *El futuro que queremos*. Conferencia Nacional Tripartita, 28 de marzo de 2017, Vol. 2, p. 333.

⁸¹⁹ El día internacional del trabajador celebrado el 1 de mayo tiene su origen histórico en la manifestación de los “mártires de Chicago” el 1 de mayo de 1890. El objetivo de miles de personas era congregarse en Haymarket Square expresarse en favor de reducir las interminables horas de trabajo. Esto fue debido a que durante el siglo XIX se vivió un progreso industrial y económico que llevó aparejadas jornadas interminables de más de doce horas diarias. A raíz de esta reivindicación global, vivida de diferentes formas por las represiones de los gobiernos de la época, países como Francia y Alemania tomaron en consideración esta cuestión social.

⁸²⁰ La OIT se creó en 1919 formando parte del Tratado de Versalles que pondría fin a la I Guerra Mundial.

⁸²¹ En la Conferencia General de la Organización del Trabajo convocada en Washington por el Gobierno de EE. UU., el 29 de octubre de 1919 adopta el Convenio sobre las horas de trabajo (industria), nº 1.

horas por día y cuarenta y ocho por semana”. Se destaca, además, el Convenio nº 30 aprobado en 1930⁸²² en el que se detalla la expresión “horas de trabajo” como el “tiempo durante el cual el personal esté a disposición del empleador⁸²³”. Esta definición sería la que marcaría el camino a seguir tanto de la normativa nacional -como ocurre con el art. 34.1 del ET- como de la comunitaria -vía art. 2 de la Directiva 2003/88/UE⁸²⁴, relativa a los tiempos de ordenación del trabajo y de los periodos de descanso-, pero también internacional -como es el caso del artículo 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸²⁵ o el artículo 2 de la Carta Social Europea⁸²⁶-.

La OIT sigue contribuyendo a este debate, con recientes informes como el titulado “Trabajar para un futuro prometedor” en el que constata que “en la era digital, los gobiernos y las organizaciones de empleadores y de trabajadores tendrán que encontrar nuevos medios para aplicar de forma eficaz a nivel nacional determinados límites máximos de las horas de trabajo, por ejemplo, estableciendo el derecho a la desconexión digital⁸²⁷”. Se comprueba la necesidad de adaptar el derecho al descanso del trabajador a la transformación de las relaciones laborales debido al auge de la digitalización en el uso de nuevos medios tecnológicos que facilitan nuevas formas de organización y desarrollo del trabajo.

⁸²² Convenio sobre las horas de trabajo (comercios y oficinas) nº 30. Ratificado por España el 29 de agosto de 1932.

⁸²³ BASTERRA HERNÁNDEZ, M. (2019). “El tiempo de trabajo en los instrumentos de la OIT: una perspectiva desde el ordenamiento español”, *Documentación laboral*. nº 116, p. 74.

⁸²⁴ La Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (3), que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo en lo que se refiere a los periodos de descanso diario, de pausas, de descanso semanal, a la duración máxima de trabajo semanal, a las vacaciones anuales y a aspectos del trabajo nocturno, del trabajo por turnos y del ritmo de trabajo, ha sido modificada de forma significativa. En aras de una mayor claridad, conviene proceder, por tanto, a la codificación de las disposiciones en cuestión. Publicada en el DOUE el 18-11-2003.

⁸²⁵ Art. 24 DUDH: Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

⁸²⁶ Artículo 2 CSE. Derecho a unas condiciones de trabajo equitativas. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a unas condiciones de trabajo equitativas, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A fijar una razonable duración diaria y semanal de las horas de trabajo, reduciendo progresivamente la semana laboral en la medida en que lo permitan el aumento de la productividad y otros factores pertinentes.

⁸²⁷ OIT (2019). *Trabajar para un futuro más prometedor*, Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo, Oficina Internacional del Trabajo, p.41.

1.1. El proceso de digitalización de las relaciones laborales: la interacción prolongada del trabajador a los dispositivos tecnológicos.

La incipiente incorporación de las tecnologías en el ámbito de las relaciones de trabajo provoca cambios sumamente importantes en la organización y estructura de las empresas. El proceso de digitalización de dichas organizaciones conlleva un uso notablemente excesivo de herramientas o aplicativos tecnológicos. Las TIC están presentes en el día a día de la plantilla, ya sea por el uso del teléfono móvil, del ordenador portátil o sobremesa, la Tablet o el reloj inteligente, entre otros⁸²⁸. Ante estos hechos, es aquí donde comienza la preocupación y se pone el punto de mira en cuanto a la salud y seguridad laboral de las personas trabajadoras puesto que se genera periodos de conectividad excesivos provocados por la relación de dependencia digital.

Las empresas son un sistema vivo, cambiante y moldeable, que cuenta con la capacidad necesaria para adaptarse a los cambios de su entorno. Desde que España se integró en la Unión Europea 1986 y la entrada al euro en 1999, las entidades han sufrido auténticas metamorfosis en el tejido empresarial para evolucionar ante las exigencias marcadas por el espacio económico mundial⁸²⁹. Supone una auténtica revolución y transformación en la forma natural de trabajo de las empresas, ya que las TIC se caracterizan por favorecer en la optimización de los tiempos de trabajo y de producción (alteración del proceso) como de la flexibilidad de la jornada laboral. Muchas empresas han optado por modular la presencialidad de la plantilla primando las oficinas virtuales o el teletrabajo total o parcial a través de redes telemáticas. Tal y como se ha señalado, se está viviendo en plena era de la sociedad de la información constatada y reconocida por todos en el ámbito social pero que obtiene su refuerzo al trasladarse a las relaciones laborales⁸³⁰. Más aún si cabe, en tiempos difíciles por la pandemia del COVID -19, que de forma imprevista, ha obligado a las empresas a acelerar el proceso de transformación digital en la prestación laboral de las personas trabajadoras.

⁸²⁸ EUROFOUND. (2020). *Industrial relations Right to disconnect in the 27 EU Member States*, Telework and ICT-based mobile work: Flexible working in the digital age, Publications Office of the European Union, Luxembourg, p. 3.

⁸²⁹ PEÑA, I. ROJAS PARADA, A. (2017). *Empresa española: logros y retos*, en España 1987-2017. Transformaciones económicas, financieras y sociales, Afi Ediciones Empresa Global, p. 100.

⁸³⁰ MONTES CATÓ, J. S. (2011). “El trabajo en la sociedad de la información: desafíos para el movimiento obrero”, *KAIROS: Revista de Temas Sociales*, nº 27, pp. 1-22.

Es posible corroborar esta tesis mediante el análisis de los datos aportados por el INE constatando este proceso de digitalización de las relaciones laborales. A este respecto, la última encuesta sobre el uso de las TIC y del comercio electrónico en las empresas (año 2020-Primer trimestre de 2021)⁸³¹, se constata la integración tecnológica en la cultura empresarial. Según los datos del estudio, el 65,7% de los empleados en empresas con 10 o más trabajadores usan ordenadores con fines empresariales en el primer trimestre de 2021. Por su parte, más de la mitad (el 59,4%) utiliza ordenadores con conexión a Internet. Centrando el estudio en el ámbito de Canarias, si bien es cierto que es una de las CCAA que más puntuación obtiene en el cuanto a la firma digital y al uso de internet y web en la empresa (79 % el primero y 67,9 % el segundo), el resto de los datos continúan con un crecimiento singularmente lento. Así, se alcanzó el 60,8% de empresas que implementó el uso de medios sociales, el 26,3% servicios en la nube, un 9,5% en tecnología *Big Data* y 8,3 en el caso de la inteligencia artificial⁸³².

Superada la tesis de que las TIC se han integrado en el seno de las empresas y han modificado los modos y maneras de organización empresarial⁸³³, llama la atención que el nuevo contexto tecnológico se caracteriza por una mayor productividad a través de la automatización de tareas y ello supone, en general, imponer un ritmo de trabajo frenético y continuado en el tiempo que despierta opiniones encontradas⁸³⁴. La conexión

⁸³¹ Encuesta sobre el uso de TIC y del comercio electrónico en las empresas Año 2020 – Primer trimestre de 2021 Nota de prensa de 18 de octubre de 2021. Recuperado en https://www.ine.es/prensa/tic_e_2020_2021.pdf

⁸³² En buena medida este proceso de digitalización tuvo lugar a raíz de un programa político de transformación digital marcado ciertamente por el COVID-19. El Gobierno de Canarias anunció el pasado 15 de julio de 2020 que destinaría 2,5 millones de euros a impulsar dicha transformación (incluye gastos de software y hardware) y el teletrabajo en las pymes. En palabras de la consejera de Empleo Elena Máñez este Plan para la Reactivación Social y Económica de Canarias encuentra su justificación en la crisis del COVID – 19. Como consecuencia del impulso de estas medidas las pymes canarias estarán disponibles para implantar el trabajo a distancia, reforzando la base tecnológica de las islas ante la regulación de esta modalidad laboral. El Gobierno destina 2,5 millones de euros a impulsar la transformación digital y el teletrabajo en las pymes. Nota de prensa de la Consejería de Conocimiento, Economía, Conocimiento y Empleo del Gobierno de Canarias. Recuperado en <https://www3.gobiernodecanarias.org/noticias/el-gobierno-destina-25-millones-de-euros-a-impulsar-la-transformacion-digital-y-el-teletrabajo-en-las-pymes/>

⁸³³ LÓPEZ RUIZ, C. G. (2017). *Derechos digitales en el entorno laboral*, Editorial Sepin. p. 9.

⁸³⁴ De hecho, hay quienes señalan que “la apuesta por la desconexión digital puede enmarcarse en una corriente más amplia –el movimiento *slow*– que, en respuesta a la cultura de la velocidad antes citada, aboga por un estilo de vida más pausado. El movimiento *slow* denuncia la cultura de la prisa y sus consecuencias (la falta de paciencia, la hiperestimulación, la superficialidad y la multitarea, entre otras); frente a lo cual reivindica una forma alternativa de vida que cuestiona cualquier aceleración que no incorpore calidad a las diferentes actividades cotidianas”, en NAVAL, C., SERRANO-PUCHE, J.,

permanente e inmediata a la red permite desplazar el centro de trabajo a cualquier parte siendo innecesaria la presencia física de las personas trabajadoras -de la presencialidad física a la virtual, la cultura del presentismo se consolida *on line*-⁸³⁵.

Para hacer frente y paliar la vulneración de derechos fundamentales de las personas trabajadoras por el uso de las TIC, la LOPD introduce en su art. 88 el término “desconexión digital⁸³⁶”. No ha sido tarea fácil el hecho de garantizar el respeto a la intimidad laboral frente a las intrusiones del empresario en ejercicio de su poder de control, incrementado gracias al caldo de cultivo idóneo que las nuevas fórmulas tecnológicas y digitales han supuesto. Frente a esta situación, se ha consagrado la desconexión digital como un derecho laboral de las personas trabajadoras, previsto en el art. 20 bis ET y que pretende poner coto a los abusos derivados de la disponibilidad extraprofesional de las personas trabajadoras⁸³⁷. Aunque, atendiendo al contenido del art. 88, hay quienes se plantean si se trata de una “ocurrencia esnobista legal del legislador⁸³⁸”, por su escaso desarrollo legal marcado como por un insignificante carácter innovador que repercutirá previsiblemente en que no se alcance un verdadero impacto práctico, tal y como pretende ponerse de manifiesto en las páginas siguientes.

En el siguiente apartado se pretende analizar el grado de integración del derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral. Para ello, se propone un análisis crítico a

SÁDABA, C. Y ARBUÉS, E. (2016). “Sobre la necesidad de desconectar”, *Education in the knowledge society*, vol. 17, nº 2, p. 80.

⁸³⁵ Uno de los principales factores negativos como sostiene SÁNCHEZ CASTRO es que “las nuevas tecnologías tienen efectos transversales en todos los ámbitos de nuestra sociedad, de la misma forma estas facilidades se han vuelto obstáculos para establecer límites efectivos entre nuestra vida personal y laboral. Hace algunos años nuestra principal preocupación se enfocaba en generar las condiciones para incentivar la conciliación de la vida familiar y laboral; sin embargo, el día de hoy necesitamos de forma imperativa establecer límites para que ambas situaciones no se superpongan”. SÁNCHEZ CASTRO, I. (2019). “El derecho de desconexión digital, el revés de la aplicación de nuevas tecnologías sobre la relación laboral”, *Noticias CIELO*, nº 3, p. 4. En el mismo sentido LOZANO LAREZ, F. (2020). Tiempo de trabajo y derechos digitales, en GONZÁLEZ ORTEGA, S. (2020). *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de relaciones Laborales – Junta de Andalucía, p.294.

⁸³⁶ Si acudimos a la RAE para obtener una definición del concepto desconectar, constatamos entre otras, aquella “acción en la que dos o más objetos, personas o aparatos, dejan de tener relación y comunicación”. NARANJO COLORADO, L.D. (2017). “Vicisitudes del nuevo derecho a la desconexión digital: un análisis de la base del derecho laboral”, *Revista Saber, ciencia y libertad*, Vol. 12, nº 2, p. 53.

⁸³⁷ ZAMORA, S. (2019). “Desconexión digital ¿novedad o anécdota?”, *Diario La Ley*, nº 9363. p. 1.

⁸³⁸ VALLECILLO GÁMEZ, Mª R. (2017). “El derecho a la desconexión, ¿novedad digital o esnobismo del viejo derecho al descanso?”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, nº 408. p. 171.

partir de los criterios interpretativos de los tribunales tanto comunitarios como nacionales, que permita entender cómo se han ido perfilando sus contornos hasta plasmarse positivamente en la LOPD. Se continuará esta aportación trayendo a colación los antecedentes normativos previos a la aprobación de la LOPD en lo que a desconexión digital se refiere y que justifican su novedoso carácter. En definitiva, el objetivo general no es otro que abordar, cuáles han sido las principales cuestiones que han generado mayor controversia entre los derechos/deberes de las personas trabajadoras y justificado la regulación de nuevos derechos digitales como el de desconexión que aquí se aborda a raíz tanto del proceso de transformación digital como de la crisis sanitaria actual.

2. El contenido del derecho a desconectar del trabajador en la jurisprudencia del TJUE.

En materia de descanso laboral, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (en adelante, TJUE) se ha ocupado de sentar los límites de las facultades empresariales de organización y dirección para garantizar el respeto del derecho al descanso de las personas trabajadoras y, en concreto, al respeto a su derecho a la conciliación personal, familiar y laboral. En el último quinquenio, el TJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse en hasta en tres ocasiones sobre la materia que ocupa la atención de este apartado, pasan a ser examinadas a continuación.

El primero de los asuntos comentados es el referido a la STJUE de 10 de septiembre de 2015, asunto *Tyco*⁸³⁹. El TJUE⁸⁴⁰ analizó una cuestión prejudicial

⁸³⁹ La petición de decisión prejudicial tenía por objeto la interpretación del artículo 2, punto 1, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. ¿Debe interpretarse el artículo 2 de la Directiva 2003/88[...] en el sentido de que el tiempo invertido en el desplazamiento al inicio y al final de la jornada realizado por un trabajador que no tiene adscrito un centro de trabajo fijo, sino que ha [de] desplazarse cada día desde su domicilio al centro de un cliente de la empresa, diferente cada día, y volver a su domicilio desde el centro de otro cliente a su vez diferente (sobre una ruta o listado que le es fijado por la empresa el día anterior), situados siempre dentro de una zona geográfica más o menos amplia, en las condiciones del litigio principal explicitada en los fundamentos de esta cuestión, constituye “tiempo de trabajo” según la definición de ese concepto dada en el indicado artículo de la Directiva o, por el contrario, ha de considerarse como “período de descanso”?

⁸⁴⁰ Los empleados de la empresa *Tyco* dedicaban su actividad profesional a realizar por la mayor parte de las provincias españolas una actividad de instalación y mantenimiento de sistemas antirrobo en comercios. Sus trabajadores se dedican a la instalación y mantenimiento de los aparatos de seguridad. Todos y cada uno de ellos disponen de vehículo de empresa con el que se desplazan desde su domicilio a los centros donde deben realizar las tareas propias de su actividad profesional. El conflicto se planteó ante la duda de considerar las horas que transcurren entre el tiempo de desplazamiento del domicilio del trabajador al domicilio del cliente como tiempo de trabajo, periodo de tiempo que la empresa *Tyco* consideró como

planteada por la Audiencia Nacional, mediante auto de 22 de mayo de 2014, relativa a delimitar el concepto de tiempo de trabajo a efectos de la Directiva 2003/38. Antes las dudas surgidas respecto al concepto de tiempo de trabajo y tiempo de descanso, el TJUE dictaminó que “en circunstancias como las controvertidas en el litigio principal, en las que los trabajadores carecen de centro de trabajo fijo o habitual, el tiempo de desplazamiento que dichos trabajadores dedican a los desplazamientos diarios entre su domicilio y los centros del primer y del último cliente que les asigna su empresario constituye tiempo de trabajo.” Este sería uno de los supuestos controvertidos en los que no queda bien delimitado el derecho a la desconexión digital las personas trabajadoras por el uso del dispositivo móvil como herramienta de trabajo. Lo más oportuno sería que el protocolo interno de la empresa sea el instrumento idóneo para determinar las buenas prácticas en cuanto al uso de las tecnologías con el fin de respetar el derecho/deber de descanso.

El segundo de los asuntos que quiere traerse a colación es el analizado en la STJUE de 7 de septiembre de 2016, asunto *Commission versus United Kingdom*⁸⁴¹. En él, el TJUE fue tajante al considerar que “la armonización a nivel comunitario en materia de ordenación del tiempo de trabajo tiene por objeto garantizar una mejor protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, haciendo que éstos disfruten de períodos mínimos de descanso -diario y semanal-, así como de pausas adecuadas y estableciendo un límite máximo de cuarenta y ocho horas para la duración media de la semana de trabajo, límite respecto del cual se puntualiza expresamente que incluye las horas extraordinarias” (F.J. 36º). Aunque, si bien dejó constancia que son los Estados miembros los que tienen encomendada la promulgación de las directrices mínimas que fijan el derecho a disfrutar de un descanso efectivo, previendo a tal respecto que “el empresario no tiene obligación de velar porque los trabajadores disfruten efectivamente de éste, no garantiza el cumplimiento ni de las disposiciones mínimas reguladas en los artículos 3 y 5 de dicha Directiva ni del objetivo esencial de ésta” (F.J. 42º). Es una sentencia de gran interés por cuanto intenta dejar meridianamente claro que se está ante un derecho de la

tiempo de descanso. La ruta diaria era proporcionada a través de una aplicación de un teléfono móvil que disponen los trabajadores y mediante el cual también dejan constancia de las intervenciones realizadas.

⁸⁴¹ La Comisión reclamó ante el TJUE el reconocimiento por parte del Reino Unido e Irlanda del Norte del incumplimiento de las obligaciones derivadas en virtud del art. 17.1 de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, además de infringir también el art. 249 de la directiva, al no respetar el derecho al descanso diario y semanal de los trabajadores cuya jornada es irregular o puede ser determinada previamente por el trabajador.

persona trabajadora que deberá ser ejercitado por el mismo y que dependerá, en gran medida, de su intención de disfrutarlo puesto que se exceptúa como obligación del empresario.

El tercer caso que pretende analizarse es la STJUE de 21 de febrero de 2018, asunto *Ville de Nivelles*⁸⁴². El Tribunal Laboral superior de Bruselas, trasladó al TJUE cuatro cuestiones prejudiciales, en lo referido al interés de este litigio, se focaliza el interés en la cuarta, respecto a la consulta del órgano jurisdiccional remitente por la que planteó la siguiente pregunta: si el artículo 2 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que el tiempo de guardia que la persona trabajadora pasa en su domicilio con la obligación de responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos, debe considerarse “tiempo de trabajo”.

Esta cuestión prejudicial planteada por el tribunal belga ante la máxima instancia europea pretendía obtener una respuesta clara por la que se despejase la duda generada sobre si de la interpretación del art. 2 de la Directiva 2003/88 puede entenderse que la persona trabajadora cuando se encuentra en un periodo de guardia en su domicilio debe mostrar disponibilidad absoluta para responder a las indicaciones que procedan de su empleador en un periodo de tiempo tan corto como el adelantado.

En este asunto, se abordó, de un lado, el periodo considerado tiempo de trabajo y, de otro, la disponibilidad de la persona trabajadora que no se halla físicamente en su lugar de trabajo. El tribunal analizó las diferencias existentes entre ambos conceptos y dictaminó que, en primer lugar, en las guardias localizadas -la persona trabajadora tiene la obligación de estar presente en el lugar de trabajo- éste sí puede administrar su tiempo con menos limitaciones y dedicarse a sus intereses personales si fuera el caso; y, en segundo lugar, respecto de las guardias domiciliarias, dado que la persona trabajadora “debe presentarse en un periodo de tiempo en el lugar de trabajo, limitando de manera objetiva las posibilidades de un trabajador de dedicarse a sus intereses personales y sociales”. Concluyó, por tanto, que, en este segundo supuesto, el hecho de permanecer

⁸⁴² El Sr. Matzak empezó a trabajar para el servicio de protección de incendios en el municipio de Nivelles el 1 de agosto de 1980 y adquirió la condición de bombero voluntario un año más tarde. Posteriormente, el 16 de diciembre de 2009, interpone demanda ante el ayuntamiento de Nivelles solicitando el pago de un importe, fijado provisionalmente en 1 euro, en concepto de daños y perjuicios por no haberle abonado las retribuciones que corresponden con los servicios de guardia domiciliaria. El 14 de septiembre de 2015, el tribunal laboral superior de Bélgica responde ante el recurso de apelación interpuesto por el ayuntamiento al resolver el recurso se plantea la cuestión referida al pago de las retribuciones por los servicios de guardia del Sr. Matzak. Es por ello, que plantea la consulta al órgano jurisdiccional europeo ante tal pregunta de si debe considerarse tiempo de trabajo los servicios de guardia domiciliaria.

constantemente conectado y con el deber de presentarse en un periodo de tiempo fijado por el empresario en el lugar de trabajo constituye tiempo de trabajo⁸⁴³.

Y, por último, el cuarto caso a examinar es la STJUE de 28 de octubre de 2021, asunto *BX versus Unitatea Administrativ Teritorială D*. El Tribunal Superior de Lași – Rumanía, planteó dos cuestiones prejudiciales⁸⁴⁴ a las que el TJUE ofreció una respuesta tras interpretar únicamente la primera de ellas. La problemática principal versaba sobre

⁸⁴³ No obstante, esta doctrina del TJUE sobre la calificación de tiempo de trabajo o tiempo de descanso en las guardias localizadas no presenciales, ha sido matizada en las sentencias de 9 de marzo de 2021 (C-580/19 y C-344/19) y de 11 de noviembre de 2021 (C-214/20). El TJUE estimó que en casos de guardia no localizada por la que se permite la disponibilidad no presencial de la persona trabajadora, solo debe calificarse estos periodos como tiempo de trabajo cuando “las limitaciones impuestas al trabajador son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su capacidad para administrar libremente, en esos periodos, es decir, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicar ese tiempo a sus propios intereses”. Pero, por el contrario, “cuando las limitaciones impuestas al trabajador durante un determinado período de guardia no alcanzan tal grado de intensidad y le permiten administrar su tiempo y dedicarse a sus propios intereses sin grandes limitaciones, solo constituye tiempo de trabajo, a efectos de la aplicación de la Directiva 2003/88, el tiempo correspondiente a la prestación laboral efectivamente realizada, en su caso, durante dicho período”. Incluso, precisa el TJUE que no es oportuno tener en cuenta las posibles dificultades organizativas que el periodo de guardia puede ocasionar a la persona trabajadora. Así, concluyó que el hecho de que “el domicilio libremente elegido por el trabajador esté separado por una distancia considerable del lugar en el que debe poder presentarse dentro de un determinado plazo durante su período de guardia no es, como tal, un criterio pertinente para calificar todo ese período como «tiempo de trabajo» en el sentido del artículo 2, punto 1, de la Directiva 2003/88, al menos cuando dicho lugar es su lugar de trabajo habitual”. Precisamente, porque la persona trabajadora tuvo la oportunidad de apreciar previamente la distancia entre su domicilio y el lugar de trabajo a efectos de los periodos de no disponibilidad presencial. Por el contrario, sí constituye un criterio para tener en cuenta, el plazo que dispone la persona trabajadora para reanudar sus actividades profesionales en conjunto con la frecuencia media de intervenciones durante el periodo de guardia. De este modo, si el número de intervenciones de la persona trabajadora es notablemente alto, ello evidencia una disminución del margen de administración de sus periodos de inactividad puesto que las tasas de interrupción son mayores. Y, por consiguiente, estos periodos que normalmente no son de corta duración deben ser calificados a tenor de la Directiva 2003/8 como tiempo de trabajo en su totalidad. *Vid.*, un estudio más crítico en LOUSADA AROCHENA, J. F. (2022). “Guardias localizadas: a veces tiempo de trabajo, a veces periodos de descanso”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº1. ROJO TORRECILLA, E. (11 de marzo de 2021). A vueltas con los conceptos de “tiempo de trabajo” y “tiempo de descanso”, y las puertas abiertas que deja el TJUE a los tribunales nacionales. Notas a las sentencias de 9 de marzo de 2021 (asuntos C-580/19 y C-344/19), disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/03/a-vueltas-con-los-conceptos-de-tiempo.html>. ROJO TORRECILLA, E. (14 de noviembre de 2021). ¿Tiempo de trabajo o no? ¿Una sentencia que permite varias interpretaciones? Notas a la dictada por el TJUE el 11 de noviembre de 2021 (asunto C-214/20), disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/11/tiempo-de-trabajo-o-no-una-sentencia.html>

⁸⁴⁴ 1) ¿Debe interpretarse lo dispuesto por el artículo 2, punto 1, de la Directiva [2003/88] en el sentido de que constituye “tiempo de trabajo” el período durante el cual un trabajador realiza cursos de formación profesional obligatorios tras la finalización del horario de trabajo normal, en la sede del proveedor de los servicios de formación, fuera de su lugar de trabajo y sin ejercer funciones laborales?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión prejudicial ¿deben interpretarse el artículo 31, apartado 2, de la [Carta], y el artículo 2, punto 2, y los artículos 3, 5 y 6 de la Directiva [2003/88] en el sentido de que se oponen a una legislación nacional que, pese a establecer la necesidad de la formación profesional del trabajador, no obliga al empresario a respetar el período de descanso del trabajador en lo que se refiere al horario de realización de los cursos de formación?

si del art. 2.1 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse como tiempo de trabajo el período durante el cual la persona trabajadora cursó formación profesional impuesta por el empresario y desarrollada fuera del lugar habitual de trabajo, desarrollando la persona trabajadora, por consiguiente, funciones distintas a las habituales⁸⁴⁵. A este respecto, una de las cuestiones a dilucidar era la interpretación del concepto de tiempo de trabajo como aquel periodo en el cual la persona trabajadora se encuentra a disposición del empresario.

Pues bien, el TJUE consideró, respecto de las instrucciones del empresario a la persona trabajadora para cursar formación profesional, que sí debe considerarse tiempo de trabajo los periodos de formación profesional *ex art. 2.1* Directiva 2003/88. Matizando aún más, el TJUE estimó que era insignificante que la formación profesional que recibía la persona trabajadora fuese una obligación de la ley nacional para el puesto que ocupa⁸⁴⁶.

Igualmente, el TJUE manifestó que era irrelevante que tales periodos de formación tuviesen lugar total o parcialmente fuera del horario de trabajo habitual. Ello no obsta a que pese a que esta formación profesional fuese llevada a cabo en lugares distintos al habitual en el que la persona trabajadora llevaba a cabo la prestación, es decir en locales de la empresa, sea calificado como tiempo de trabajo, puesto que como manifestó el TJUE, el lugar de trabajo es “aquel lugar en el que el trabajador debe ejercer una actividad por orden del empresario”. Y en este caso, la persona trabajadora estaba obligado a acudir físicamente en el lugar determinado, esto es, en las dependencias de la empresa de formación.

Por consiguiente, estimó la primera cuestión prejudicial por lo que hizo decaer la segunda cuestión planteada por el sentido positivo de aquella respecto a la calificación del periodo de formación profesional que cursó la persona trabajadora por imposición del empresario como tiempo de trabajo a tenor del art. 2.1 de la Directiva 2003/88.

En suma, y como se deriva de lo anterior, todo ello obliga a abordar viejos y nuevos términos y conceptos relacionados directamente con la desconexión digital como son tiempo y/o derecho al trabajo y/o descanso, interconectividad, hiper-conectividad o

⁸⁴⁵ En este sentido, BX demandó previamente ante el Tribunal Vaslui (Tribunal del Distrito de Valui, Rumanía) a la administración para la que trabajaba a la calificación y abono del periodo de formación, concretamente 124 horas, como horas extraordinarias.

⁸⁴⁶ De acuerdo con el art. 17 de la Orden nº 96, para la aprobación de los criterios de rendimiento relativos a la constitución, asignación y dotación de los servicios voluntarios y de los servicios privados para situaciones de emergencia, “el personal contratado para los puestos específicos a que se refiere el artículo 14, apartado 1, y aquel que acumule puestos de jefe de servicio y de jefe de equipo especializado deberán tener la cualificación o las competencias profesionales específicas, certificadas de conformidad con las normas vigentes”.

hiperpresentismo⁸⁴⁷, entre otros, a los que habrá que ir dotando de un significado concreto y preciso en pos de la seguridad jurídica. Aunque pueda considerarse que los términos de conectividad y disponibilidad sugieren el mismo significado no deben confundirse porque, de hacerlo, podría provocarse la vulneración y extralimitación de los necesarios límites entre la vida privada y personal de la persona trabajadora.

En este sentido, ya hay quienes sostienen⁸⁴⁸ que existen empresas responsables que comienza a implementar medidas como la denominada “siesta digital” impidiendo la respuesta a correos electrónicos, acceso remoto o a utilizar el móvil de empresa durante el periodo de descanso y desconexión habilitado por la normativa, en la creencia de que estar conectados y pendientes del móvil o responder el correo institucional o personal, dificulta la desconexión mental influyendo negativamente en la salud física y psíquica de las personas trabajadoras. Al tratarse de hechos que pueden ser objeto de control, la actividad preventiva de la empresa es fundamental para organizar los tiempos de trabajo en un acto de responsabilidad social.

De otro lado, y tomando en consideración los hechos probados en los asuntos *Tyco* y de *Ville de Nivelles* antedichos es fácil constatar cómo se hace la misma interpretación del periodo considerado como “tiempo de trabajo”. En ambos supuestos la persona trabajadora no se encontraba físicamente en un centro de trabajo, sino que bien acudía a los centros de los clientes que les asignaba el empresario (puesto que no cuenta con centro de trabajo fijo) o se esperaba en su domicilio expectante a recibir un llamamiento (guardia domiciliaria).

Pues bien, el punto principal de discusión se basa en determinar qué integra el concepto tiempo de trabajo. Se comparte el criterio interpretativo amplio utilizado por el TJUE respecto del art. 2 de la Directiva 2003/88/UE, al precisar que, aunque la persona trabajadora no se encuentre físicamente en el centro de trabajo puede estar a disposición del empresario (guardia localizada) o en el ejercicio de sus funciones (los desplazamientos necesarios hasta los centros de los clientes).

⁸⁴⁷ Términos acuñados por ALEMÁN PÁEZ, *Vid.*, ALEMÁN PÁEZ, F. (2017). “El derecho de desconexión digital: una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi Travail N° 2016-1088”, *Revista Trabajo y Derecho*, n° 30, p. 4 y ss.

⁸⁴⁸ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (2018). “El derecho a la desconexión como medida preventiva frente a los nuevos riesgos psicosociales derivados del cambio tecnológico”, *Observatorio de riesgos psicosociales UGT. Boletín informativo*, n° 28, pp. 12-15. Disponible en <http://www.observatorioriesgospsicosociales.com/sites/default/files/publicaciones/Violencia%20y%20Acoso%20en%20el%20Trabajo.pdf>.

Tanto en el caso de los desplazamientos del personal de *Tyco* como de las guardias localizadas en *Ville de Nivelles*, las personas trabajadoras carecían de la posibilidad de disponer libremente de su tiempo y emplearlo en sus asuntos personales. Y ello bien porque durante los desplazamientos el empresario puede cambiar el orden de atención a los clientes, anular o incluir nuevas citas o porque requiere la presencia en un breve periodo de tiempo en el centro de trabajo. Por tanto, y ya que también se reciben las instrucciones por vía telefónica, es evidente que la persona trabajadora debe estar interconectado de forma constante al dispositivo tecnológico. Siendo así, deben adoptarse las medidas que fueran necesarias para preservar el objetivo de la Directiva en materia de la salud y seguridad de las personas trabajadoras garantizando el derecho al descanso. Y, estas medidas se asemejan bastante a las previstas en el art. 88 LOPD, como tendrá ocasión de analizarse a continuación.

Sin embargo, la STJUE en el asunto *Commission versus United Kingdom*, se parte de un enfoque muy similar al que le ha otorgado el legislador español a la desconexión digital, esto es, considerando que reconocer un derecho laboral sin hacerlo juntamente con una obligación empresarial, puede hacer decaer el sentido de este, inutilizarlo. Y es que, del mismo modo que se reconoce en el art. 88 LOPD el derecho a la desconexión, en este asunto, el tribunal afirmó que estamos ante un derecho de las personas trabajadoras, por lo que, tendrá que llevarlo a cabo su ejercicio y dependerá en gran medida de su intención de disfrutarlo puesto que se exceptúa como obligación del empresario. Dejar en manos de las personas trabajadoras el cumplimiento de su derecho al descanso implicaría que no se cumpliera bien por dejar constancia de su buen hacer, responsabilidad o por posibles represalias de su jefe. Se puede sostener que existen semejanzas entre el caso que se está analizando y el art. 88 de la LOPD y, que ante la existencia de un derecho laboral debe ir de la mano de la correspondiente obligación del empresario de respetar su ejercicio por el trabajador. Y, además, preverse un régimen de infracciones y sanciones en el caso de no cumplir con tal observación.

De haber sido así, no cabe la menor duda, aún a riesgo de adelantar conclusiones, que el contenido del art. 88 podría haber sido más completo y garantista en lo que se refiere a su disfrute por el trabajador. Pero, aún es pronto para hacer este tipo de valoraciones y será más adelante cuando se pueda afirmar o negar este tipo de preocupaciones latente en la doctrina iuslaboralista.

Por último, una cuestión de suma relevancia es si la imposición por el empresario a las personas trabajadoras de un periodo de formación profesional en determinadas

situaciones como puede ser en cumplimiento de la normativa nacional para un puesto de trabajo podría conculcar el periodo de descanso de las personas trabajadoras, y concretamente, el derecho a la desconexión digital. Es un tema que genera ciertas dudas ya que de ser así el empresario estaría transgrediendo el tiempo de descanso de la persona trabajadora instándole a que continúe desarrollando las funciones encomendadas. Efectivamente, el fallo del TJUE en el asunto *BX versus Uniatea Administrativ Teritorială D* podría haber tenido consecuencias negativas para las personas trabajadoras. Pero, sin embargo, el TJUE es consciente y deja constancia de ello en el considerando 47 de la sentencia, al manifestar que “las disposiciones de la Directiva 2003/88 no pueden ser objeto de una interpretación restrictiva en perjuicio de los derechos que la Directiva concede al trabajador”.

Téngase en cuenta, que el tema central versa sobre la calificación de tiempo de trabajo o tiempo de descanso, ambos términos son excluyentes entre sí, de los periodos de formación profesional obligatorios a los que se ve compelido la persona trabajadora. Y que como bien advierte el TJUE, siendo las personas trabajadoras ostentan la parte más débil de la relación laboral y de haber interpretado negativamente el concepto de tiempo de trabajo *ex art. 2.1*, por lo tanto, excluyendo de este a los periodos de formación profesional permitiría al empresario imponer obligaciones fuera de la jornada laboral normal. Por consiguiente, al no cercarse el límite de la duración máxima de la jornada de trabajo se conculcaría el derecho al descanso de las personas trabajadoras *ex art. 2.2* Directiva 2003/88 y 31.2 CDFUE.

En conclusión, teniendo en cuenta que el derecho a la desconexión en un contexto digital en el que la formación ocupa un espacio relevante por el canal *online* que no solo por la vía presencial, de haber obtenido una respuesta opuesta por el TJUE se habría dejado sin valor alguno a este derecho. Máxime, hubiera permitido la hiperconexión⁸⁴⁹ prolongada de las personas trabajadoras a los dispositivos digitales, ya no solo para llevar a cabo su prestación laboral sino para atender a la imposición del empresario de cursa una formación obligatoria. De tal forma, esta interdependencia humano-tecnológica traería consecuencias negativas para las personas trabajadoras, principalmente por la merma de su salud como consecuencia de la irrupción tecnológica en su periodo de descanso laboral impidiéndole desconectar laboralmente.

⁸⁴⁹ ALEMÁN PÁEZ, F. (2017). “El derecho de desconexión digital: una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi Travail N° 2016-1088”, *ob. cit.*, p. 4.

2.1. La desconexión digital y la interconectividad de las personas trabajadoras en la jurisprudencia española.

La conflictividad previa a la LOPD surgía, en términos generales, respecto del equilibrio entre el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (ex art. 18 CE) y el poder de dirección y control empresarial (ex art. 38 CE, además de los arts. 1.1, 5.c) y 20.2 ET). Eran los tribunales los encargados de interpretar los preceptos adelantados colmando los vacíos legales existentes al respecto. Ello exigía de una constante labor interpretativa de los tribunales y los consiguientes vaivenes jurisprudenciales que no terminaban de encontrar la solución al problema y alimentaban la inseguridad jurídica. Hoy por hoy, como se tendrá ocasión de analizar *infra*, el legislador consciente de los numerosos vaivenes y desavenencias en la jurisprudencia nacional y europea consagra el derecho de privacidad en las relaciones laborales en el título X de la LOPD garantizando unos derechos digitales al trabajador que actúan también como límite al ejercicio de control de la prestación laboral por el empresario.

La desconexión digital hace aparición una vez concluida la jornada de trabajo⁸⁵⁰, sin que sea posible mixturar o confundir los tiempos de trabajo con los de ocio y de conciliación familiar y personal de la persona trabajadora. Por consiguiente, su principal fin consiste en garantizar las condiciones de descanso y aislamiento de las personas trabajadoras, se pretende preservar los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en planos paralelos⁸⁵¹.

La interconectividad laboral está provocada por el uso de teléfonos, tabletas, etc., al responder llamadas, correos, finalizada la jornada de trabajo. Este tipo de situaciones están asociadas a los denominados riesgos psicosociales, que constituyen los nuevos riesgos de la sociedad de la información en el ámbito laboral. Términos como fatiga, estrés o agotamiento, surgen por el mero hecho de no desconectar del trabajo, en muchos casos por dar fe la persona trabajadora de su buen hacer, responsabilidad, compromiso y/o inmediatez a los requerimientos empresariales. Salvaguardar el derecho al descanso y a

⁸⁵⁰ MERCADER UGUINA, J. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (2016). “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*, nº 10.

⁸⁵¹ BARRIO ANDRÉS, M. Garantía de los derechos digitales en la LOPDGDD en LÓPEZ CALVO, J. (2019). *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, Wolters Kluwer, p. 250.

la desconexión en la era tecnológica y digital no es tarea fácil en lo que se refiere a las relaciones laborales.

Siendo cierto que el uso de las telecomunicaciones posibilita la racionalización, la simplificación, la celeridad en el tratamiento de la información⁸⁵², también lo es el derecho a la intimidad, derecho especialmente vulnerable y susceptible de ser lesionado con el uso que adquieren estos dispositivos en el ámbito del trabajo. Por lo tanto, es necesaria una protección jurídica de la intimidad, como un límite a la utilización de la tecnología y las comunicaciones ante la posibilidad de transgredir la esfera reservada de las personas trabajadoras. Y es que no es la tecnología, sino la utilización que se puede hacer de la misma, el uso abusivo o extendido de la misma, la que podría afectar a los derechos fundamentales⁸⁵³.

Debe tenerse muy presente que la evolución tecnológica y su inclusión en el ámbito de las relaciones de trabajo provocan una mayor exposición de la intimidad y, por tanto, posibilidades incrementadas de transgresión. La consecuencia inmediata ha sido positivar los derechos digitales como límite impuesto, entre otros, a las nuevas formas de organización flexible de la jornada laboral por la evidente y potencial sobreexposición de la intimidad. Y, es la propia flexibilidad organizativa de la jornada, la que posibilita la extensión de esta más allá de su duración legal, originando la hiperconectividad. Esta situación podría ocasionar que se difumine⁸⁵⁴ el espacio de libertad reservado de las personas trabajadoras una vez ha finalizado la jornada de trabajo, sin disfrutar de la desconexión digital⁸⁵⁵.

El TS por su parte, también ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones a propósito de delimitar el concepto de intimidad. Así, la STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000⁸⁵⁶ que ya tuvo ocasión de examinarse en la Parte I, llevó a cabo un

⁸⁵² REBOLLO DELGADO, L. (2014). *Vida privada y protección de datos en la Unión Europea. El Fundamento de la Protección de Datos*, ob. cit. p. 95

⁸⁵³ FREIXAS GUTIÉRREZ, G. (2001). *La protección de datos de carácter personal en el derecho español*, ob. cit., p. 37.

⁸⁵⁴ TALÉNS VISCONTI, E.E. (2018). “La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva”, *Revista de Información Laboral*, nº 4, p. 16.

⁸⁵⁵ GONZÁLEZ LABRADA, M. (2019). “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral: naturaleza y alcance”, *Revista de Derecho Social*, nº 82, p. 109.

⁸⁵⁶ BOE nº 4, de 4 de enero de 2000. Disponible en http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/cs-CZ/Resolucion/Show/SENTENCIA/2000/292#complete_resolucion

análisis comparativo entre el derecho a la protección de datos personales y el derecho a la intimidad personal y familiar. En este sentido, el TC manifestó que “el derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 de la Constitución es el de proteger al individuo frente a cualquier agresión o invasión que pueda realizarse en su espacio personal y familiar, que la persona excluye del conocimiento ajeno y de intromisiones de terceros ajenos a su voluntad”. Estas consideraciones han sido plasmadas en el art. 88.1 de la LOPD por el legislador, sensibilizado con la innegable intromisión de los dispositivos digitales de control laboral en el ámbito privado de las personas trabajadoras.

La LOPD otorga un valor importante a la protección de datos en el ámbito de las relaciones laborales al instaurar los derechos digitales. Estos actúan como un límite infranqueable ante la facultad de dirección y de control del empresario *ex art. 1.1, 5.c) y 20.2 ET*. Ha dado respuesta a los innegables desencuentros en la jurisprudencia nacional y comunitaria, que, pese a su discutible calidad técnica, ha querido acabar con la “penuria normativa y zigzagueos jurisprudenciales⁸⁵⁷”.

Siendo congruentes con lo detallado anteriormente, se han seleccionado los pronunciamientos judiciales que se consideran más relevantes en materia de desconexión digital y de uso de dispositivos digitales. En concreto, se tendrá ocasión de profundizar en aspectos tales como la interconectividad de las personas trabajadoras como consecuencia del uso de dispositivos electrónicos y el análisis del concepto de tiempo de trabajo a efectos de garantizar el periodo de descanso. Para ello, se analizará desde el ámbito de la jurisprudencia en dos momentos distintos. En primer lugar, respecto al periodo anterior a la entrada en vigor de la LOPD, será objeto de estudio las sentencias del TSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2013⁸⁵⁸ y la del TSJ de Castilla y León de 3 de febrero de 2016⁸⁵⁹ que hacen una relevante aportación previa en la creación del derecho a la desconexión digital. Y, en segundo lugar, respecto al periodo posterior a la entrada en vigor de la LOPD, la sentencia del TSJ de Galicia de 18 de diciembre de 2018⁸⁶⁰,

⁸⁵⁷ MORATO GARCÍA, R. M., (2020). “Derecho a la desconexión digital en la negociación colectiva, los planes de igualdad y los protocolos empresariales”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 11, p. 3.

⁸⁵⁸ N° recurso suplicación 6212/2012, Id Cendoj: 08019340012013103624. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c926d24e371df659/20130627>

⁸⁵⁹ N° recurso suplicación 2229/2015, Id Cendoj: 47186340012016100144. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ea15cd5fa4a7dbf3/20160218>

⁸⁶⁰ N° recurso suplicación 2852/2018, Id Cendoj: 15030340012018104159. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/35a7d459e2429cf9/20190130>

sentencia del TSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2020⁸⁶¹ y la sentencia del TSJ de Asturias de 29 de marzo de 2022⁸⁶².

2.1.1. El cumplimiento implícito de la desconexión digital con anterioridad a la aprobación de la LOPD.

La primera de las sentencias que pretende analizarse es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de mayo de 2013 que se inició como consecuencia del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante, ITSS) de Barcelona, por la que extendió acta de sanción a la empresa que se dedica a la fabricación y mantenimiento de aparatos elevadores por el uso indebido del denominado acelerómetro⁸⁶³. La actuación inspectora, en un principio, no había sido objeto de denuncia, pero en el momento de comprobar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, en concreto los riesgos psicosociales, se comprobó que este dispositivo solo había sido instalado en los dispositivos móviles (BlackBerry) de los trabajadores de mantenimiento y respecto del que la empresa comunicó previamente a la representación legal de los trabajadores (en adelante, RLT).

El principal argumento de la empresa fue que dicho aparato funcionaba como equipo de protección individual (en adelante EPI) puesto que permitía indicar cuando un operario estaba en apuros al detectar la falta de movimiento durante un periodo de dos minutos sin responder al aviso, realizándose automáticamente una llamada de emergencia al centro de control de la empresa.

El TSJ de Cataluña se encontró ante la dicotomía respecto a la determinación de si un dispositivo tecnológico constituye un sistema de protección de la salud de la persona trabajadora o, por el contrario, supone un método de control a esta. La empresa en cuestión alegó que el funcionamiento de este dispositivo consistía en detectar la ausencia

⁸⁶¹ N° de recurso suplicación 430/2020, Id Cendoj: 28079340022020100849 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/282f6806e10bae3a/20201223>

⁸⁶² N° recurso suplicación 959/2022, Id Cendoj: 33044340012022100675. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f717b887614e13db/20220509>

⁸⁶³ Se denomina acelerómetro a cualquier instrumento destinado a medir la aceleración asociada con el fenómeno de peso experimentado por una masa de prueba que se encuentra en el marco de referencia del dispositivo. Un ejemplo en el que este tipo de aceleraciones son diferentes es cuando un acelerómetro mide un valor sentado en el suelo, ya que las masas tienen un peso, a pesar de que no hay cambio de velocidad. En el ámbito laboral, se trata de detectar la ausencia de movimiento por “x” tiempo, lanzando un aviso acústico para verificar que el trabajador no ha sufrido ningún accidente.

de movimiento por más de dos minutos, lanzando un aviso acústico para verificar que la persona trabajadora no ha sufrido ningún accidente y que, por tanto, las personas trabajadoras estaban obligados a tenerlo consigo siempre y en todo momento tal dispositivo, no siendo posible su desconexión.

El tribunal, al momento de analizar si podía equipararse un EPI a un dispositivo de control como afirmó la empresa, manifestó que la finalidad no era precisamente proteger la salud y seguridad de sus empleados sino llevar a cabo el control de la prestación. Y es que si bien el poder de dirección y organización del empresario debe garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, ello no es óbice para que en la adopción de medidas de control laboral necesarias y que no infrinjan estas previsiones constitucionales sea oportuno realizar un juicio de proporcionalidad, cumpliéndose siempre que, uno, tal medida consiga el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); dos, la necesidad de adoptar tal medida dado que no existe otra más moderada que permita alcanzar el mismo propósito (juicio de necesidad); tres, el equilibrio entre los beneficios para el interés general y los perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). Pero es que, en adición de lo anterior, con ello se vulneró el derecho fundamental a la intimidad y dignidad de las personas trabajadoras en un claro ejemplo de abuso en las facultades del poder de dirección y control empresarial.

El tribunal expuso razonadamente que este tipo de dispositivos, que además de haber infringido los arts. 5 y 20.3 del ET, constituyó un exceso de ese poder de organización y dirección del trabajo por parte del empresario, afectando a la intimidad y dignidad de los trabajadores. E, *in fine*, impidió la desconexión y el derecho al descanso suponiendo un perjuicio en la salud de las personas trabajadoras por la conexión constante. La decisión adecuada hubiese sido que antes de haber adoptado este tipo de medida se hubiese llevado a cabo una evaluación de los factores de riesgos en las tareas a realizar adoptando las medidas preventivas. Así, se evitaría mediante la adopción de la actividad prevencionista de la empresa la degradación de la salud de las personas trabajadoras. En consecuencia, los factores psicosociales derivados de los riesgos que la tecnología entraña en el ámbito del trabajo deben ser incluidos en los planes de prevención de riesgos laborales⁸⁶⁴.

⁸⁶⁴ GONZÁLEZ COBALEDA, E. (2014). “Las TICs y el tecnoestrés: ¿problema técnico o de (mala) organización”, *Observatorio de riesgos psicosociales UGT. Boletín informativo*, nº 22, p. 5, disponible en

En cuanto a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 3 de febrero de 2016⁸⁶⁵, conoció del conflicto suscitado a partir de la jornada de trabajo en una actividad profesional a distancia, conocida comúnmente cuando es desarrollada a través de medios electrónicos como teletrabajo. El 14 de abril de 2014 se levantó acta de infracción en la que se declaró probado que la jornada laboral de las personas trabajadoras en modalidad de teletrabajo superaba los límites de duración establecidos en la ley, desarrollando jornadas de trabajo de duración indeterminada.

La empresa en su único motivo de recurso frente al procedimiento iniciado a partir del acta de infracción denunció la vulneración del art. 35.1 del ET, cuestionando que fuera posible abonar y registrar las horas extraordinarias cuando las personas trabajadoras las realiza en su domicilio mediante el uso de medios informáticos. En este sentido, la empresa alegó que al tratarse del domicilio la persona trabajadora -espacio protegido por el art. 18 de la CE- no era posible llevar a cabo el control sobre el trabajador en lo que a la actividad laboral se refiere. Por lo que, la realización de dichas horas extraordinarias dependía de la libre decisión y bajo la responsabilidad de la persona trabajadora sin exigir su pago a la empresa.

Y, ante esta situación, el tribunal concluyó que el tiempo de trabajo efectuado en el domicilio constituía, efectivamente, tiempo de trabajo y que su debido control era responsabilidad de la empresa a efectos de registrar la jornada laboral y calcular las retribuciones que correspondan. Por consiguiente, la empresa está obligada a fijar pautas claras de tiempo de trabajo que respeten la jornada reglamentaria y los periodos de descanso de las personas trabajadoras, aunque se preste a realizarla en su domicilio.

El conflicto examinado afectó a un gran número de personas trabajadoras que se dedicaban a prestar ayuda a domicilio en Castilla y León a través de diferentes empresas del sector. En concreto, reclamaron la infracción tanto del art. 2.1 de la Directiva 2003/88/CE, como de la doctrina europea derivada de la sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2015, asunto C-266/14. Pues bien, el TS, al igual que la instancia, desestimó la demanda al entender que no se había incurrido en infracción legal y jurisprudencial. En esencia, el art. 15 del convenio colectivo sólo hacía referencia a los

<http://portal.ugt.org/saludlaboral/observatorio/catalogo2015/publicaciones/revistas/019/descargas/Boletin22.pdf>

⁸⁶⁵ N° de recurso suplicación 2229/2015, Id Cendoj: 47186340012016100144. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ea15cd5fa4a7dbf3/20160218>

desplazamientos entre servicios y no al tiempo dedicado por la persona trabajadora para llegar al primer y último cliente desde su domicilio. Por otro lado, tampoco se acreditó la uniformidad respecto, por ejemplo, a que todas las personas trabajadoras acudieran desde su domicilio al del primer usuario y viceversa. Todo ello considerado en su conjunto, justificó que el TS desoyera la petición de la parte demandante al solicitar la aplicación de la doctrina europea en el caso examinado al no existir similitud entre los hechos de ambos casos.

2.1.2. Los primeros pronunciamientos judiciales sobre desconexión digital tras la aprobación de la LOPD.

En primer lugar, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 18 de diciembre de 2018 es una de las primeras sentencias en las que se solicitó hacer extensible la desconexión digital fuera de la jornada laboral. En los hechos probados del litigio en cuestión se constató que la empresa que se dedica al servicio de transportes entregó a cada persona trabajadora un teléfono móvil. Para efectuar las notificaciones, la empresa creó un grupo de WhatsApp por el que comunicaba de forma individual o conjunta las instrucciones a las personas trabajadoras que formaban parte del grupo y durante el desarrollo de la jornada de trabajo las personas trabajadoras debían atender las llamadas y mensajes que recibían de la empresa. Además, no tenían obligación de permanecer en la empresa si no se encontraban realizando un servicio, de forma que, estarían disponibles para atender las instrucciones cuando fuera necesario.

El TSJ de Galicia constató que durante el periodo de descanso diario o semanal la empresa no se comunicaba con las personas trabajadoras. La sentencia fue recurrida en suplicación por la Unión General de Trabajadores de Galicia (UGT Galicia), al considerar que sí existió vulneración del derecho al descanso y, por ende, se vulneró el derecho a la integridad y desconexión digital de la persona trabajadora. Sin embargo, el tribunal desestimó la petición de atender a la revisión de los hechos probados conforme al contenido del art. 193.b) LJS ya que para declarar probado que existió tal vulneración debería haberse invocado el art. 384 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), que debió ser valorada en instancia y, careciendo de valor de prueba documental a efectos de valoración en estos momentos. Queda claro, por tanto, que el derecho a la desconexión digital fue vulnerado puesto que conforme a la prueba practicada en la instancia no pudo acreditarse la misma.

Centrado el interés en los criterios utilizados por la STSJ de Galicia analizada, se constata que los dispositivos electrónicos pueden ser utilizados por el empresario como medida de control y vigilancia de la prestación laboral. Pero interesa, en este momento, ponerla en relación con la STSJ de Cataluña antedicha dado que ambos casos se tienen en común el hecho de que la persona trabajadora debe estar de forma permanente interconectado a un dispositivo y llevarlo siempre consigo para atender las instrucciones empresariales.

En la sentencia del TSJ de Cataluña se pone de manifiesto la repercusión de tal hecho en la salud de la persona trabajadora, esto es, la constatación de riesgos psicosociales (en concreto, el estrés) derivados del hecho cierto de tener que llevar consigo dicho aparato incluso terminada la jornada laboral. Y es que, además, ello permitiría extender la situación de control *in vigilando* por parte del empresario hacia el ámbito o esfera más reservada de la persona trabajadora transgrediendo su derecho fundamental a la intimidad personal y familiar.

Sin embargo, en el caso del TSJ de Galicia, siendo cierto y verdad que el móvil constituye una herramienta bastante útil que permite atender requerimientos de forma inmediata, se considera que aplicaciones como WhatsApp como medio de notificaciones laborales no son las más adecuadas por cuanto que en cualquier momento puede enviarse un mensaje⁸⁶⁶, más si cabe en un grupo colectivo de trabajo. Siendo así, debería emplearse un medio que interfiera lo mínimo posible en los derechos de la persona trabajadora. Es más, debería garantizar, en la medida de lo posible, que no recibirá notificaciones laborales fuera de la jornada laboral siempre que se trate de un supuesto de los considerados de fuerza mayor. De esta forma, y teniendo en cuenta que la desconexión digital aún no estaba prevista al momento de dictarse la STSJ de Cataluña antedicha, sí que encontraba justificación en el derecho al descanso. Y ello en base tanto en la Directiva 2003/88/CE como en los art. 34-38 ET, justificando, por tanto, que el derecho al descanso de la persona trabajadora implicaría no responder a requerimientos fuera de la jornada laboral sin constituir un incumplimiento.

En segundo lugar, y con una dosis de especial protagonismo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de diciembre de 2020, que desestimó la vulneración del derecho a la intimidad de una persona trabajadora al ser obligada a

⁸⁶⁶ CERVILLA GARZÓN, M^a J. (2017). “Efectos del uso de la aplicación “WhatsApp” en el marco de las relaciones laborales”, *Revista Temas Laborales*, nº 136, p. 75.

realizar un curso online fuera de su horario laboral. En cuanto al supuesto de hecho, la persona trabajadora prestaba servicios en la entidad ENAIRE, como controlador de la circulación aérea. La empresa le notificó el 8 de julio de 2016 realizar un curso a distancia de dos horas de duración. El curso lo podría completar en cualquier momento, siempre y cuando, no alterase de ninguna forma sus cuadrantes de trabajo presencial. La persona trabajadora no atendió las prescripciones de su empresa decidiendo no efectuar el curso.

En un momento posterior se le volvió a notificar una segunda oportunidad para materializar el curso, y precisamente, en dicha comunicación se dejó bastante claro que el curso se encontraba integrado en el plan de capacitación y formación de la unidad tal conforme dispone la normativa europea de su sector. La persona trabajadora al recibir la comunicación contestó su disconformidad al requerimiento efectuado solicitando que la formación sea desarrollada en su jornada laboral. Entendió que por el contrario se estaría vulnerando su derecho al descanso “so pena de incurrir en incumplimiento del RD 1001/2010”.

El director regional al examinar el convenio colectivo de aplicación le comunicó a la persona trabajadora que no existía justificación para incluir la formación online en su cuadrante mensual de servicios. Y, para terminar, le instó a realizar inmediatamente la formación en los periodos de descanso como se preveía en el art. 33 del Convenio Colectivo (en adelante, CC). Finalmente, el director regional volvió a emitir una comunicación al trabajador indicándole que la no realización de la formación online para revalidar su anotación de unidad constituía un incumplimiento reiterado de las instrucciones empresariales. Como respuesta al requerimiento, la persona trabajadora decidió finalmente realizar la formación aunque fuera del plazo que se le permitió en la segunda oportunidad. Consiguientemente, ENAIRE ordenó incoación de expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave *ex* art. 95.2 y 96.1 c) del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP).

Pues bien, la imposición a la persona trabajadora de una sanción de tres días de suspensión de empleo y sueldo como consecuencia de la comisión de una falta muy grave fue objeto de recurso por este estimándose en primera instancia por el Juzgado de lo Social nº 22 de Madrid. Por lo tanto, la sanción de suspensión de empleo y sueldo fue declarada nula, planteando el recurso ENAIRE ante el TSJ de Madrid.

El tribunal entró a valorar conforme al art. 193 c) de la Ley de la Jurisdicción Social (en adelante, LJS) si efectivamente, como solicitó la persona trabajadora, se habían

vulnerado los arts. 18.4 CE, art. 88 de la LOPD⁸⁶⁷ y los arts. 226 y 227 del II Convenio Colectivo de controladores de tránsito aéreo. Entrando en el fondo del asunto, el TSJ interpretó a raíz del art. 88.3 LOPD que la desconexión digital goza de un “mínimo legal insoslayable por la negociación colectiva, que es aplicable *ex lege* y que debe ser garantizado”. En este sentido, sostuvo que no se podía imponer a las personas trabajadoras la obligación de reconectar fuera del trabajo y con fines laborales durante los tiempos de descanso. Aunque, sin embargo, la desconexión digital alegada por la persona trabajadora no era incompatible, en palabras del tribunal, con el carácter obligatorio de realizar actividades laborales fuera del horario de trabajo. Empero, para el supuesto de horas extraordinarias que únicamente serán obligatorias en caso de haberse pactado como dispone el art. 35.4 ET. Por lo que, las actividades laborales, en las que se integra la actividad formativa, pueden conllevar un carácter presencial o a distancia que no “altera su naturaleza”. Más aún si cabe, cuando el art. 227 del Convenio en cuestión determinaba que a efectos de cómputo “cada curso determinará el número de horas estimadas para su realización” (..), y “este número computará a efecto del cómputo de jornada”.

De lo anterior se pueden llegar a las siguientes conclusiones: bien es sabido que la desconexión digital cobra efectos inmediatos una vez que se ha superado la franja de la jornada laboral pactada, es decir, en el momento en el que la persona trabajadora disfruta de su derecho al descanso, periodo de tiempo en el que está eximido de recibir o contestar los requerimientos de la empresa efectuados generalmente por vía electrónica a los dispositivos de la persona trabajadora. Pero, aprecia a buen criterio el tribunal que “la realización de la empresa del trabajo efectivo y retribuido fuera del horario normal” no conculca el derecho a la desconexión digital. Y esto es así, porque no se estaría “hablando de tiempo de descanso sino de tiempo de trabajo”.

Por consiguiente, a tenor del art. 227 del Convenio Colectivo, se justificaría la tesis de la consideración del periodo formativo al que es compelido la persona trabajadora

⁸⁶⁷ Un apunte que debería ser tomado en consideración es que el tribunal de instancia estimó la demanda y declaró vulnerado el derecho de la persona trabajadora a la intimidad personal y familiar del art. 18 CE en conexión con la vertiente de la desconexión digital *ex art.* 88 de la LOPD. Pero, sin embargo, hay que concretar que la LOPD entró en vigor el pasado 7 de diciembre de 2018. La importancia temporal recae en que la conducta sancionada se produce parcialmente dentro del periodo de vigencia de la ley y la sanción es impuesta durante la vigencia de esta. Lo que lleva al tribunal a aclarar que si la desconexión digital es entendida como desarrollo del art. 18.4 CE, los derechos fundamentales han de ser protegidos y garantizados incluso a situaciones pasadas no firmes. Y así, sucede en este caso, en el que se alega la transgresión del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar del art. 18.4 CE y la posible aplicación retroactiva de la LOPD. Ya que como expresa el tribunal, la desconexión digital prevista en el art. 88 de la LOPD actuaría como vertiente tecnológica del art. 18 CE.

a realizar a distancia y por medios electrónicos la formación como tiempo de trabajo; con las consecuencias de poder calificar este periodo como jornada extraordinaria, que con carácter general será voluntario sin pacto en contrario. Incluso, terminó por dilucidar el tribunal, que podría ser calificada la actuación de la empresa como una modificación unilateral e de las condiciones de trabajo *ex art. 41 ET*.

Ante esta situación, el tribunal dejó bastante claro que efectivamente se trataba de una situación de alteración de la jornada, de tal manera que, la realización de un curso fuera del horario normal de trabajo implica un cambio evidente de la jornada ordinaria. Y, por tanto, este periodo de tiempo tiene, sin lugar a duda, la calificación de tiempo de trabajo efectivo con todas las consecuencias que de esta derivan. Ahora bien, quizás la cuestión principal era si la obligación de realizar la formación en periodo de descanso de la persona trabajadora vulneró este derecho calificado por la normativa europea como por la jurisprudencia del TJUE como fundamental. Aun así, el TSJ dedujo que si bien es cierto que el derecho a la limitación de los periodos de tiempo de trabajo y periodos de descanso constituye un derecho fundamental para el derecho de la unión, no es el caso de nuestro ordenamiento jurídico. Por una simple razón, y es que la cuestión de fondo a resolver en este recurso era si se produjo una vulneración de un derecho fundamental, y no sería correcto responder afirmativamente a esta retórica puesto que el derecho al descanso no está encuadrado en el Título I de nuestra carta magna “de los derechos fundamentales” sino en el art. 40.2, atribuido a los “principios rectores de la política económica y social”.

En base a lo expuesto, concluyó que no existió vulneración alguna de un derecho fundamental constitucional (referencia explícita al argumento de calificar al derecho al descanso como tal), otorgando validez absoluta a la sanción impuesto por la empresa. Y, por otro lado, dejó la puerta abierta a un posible recurso ya que manifestó que “no implica necesariamente la legalidad de la orden, porque puede ocurrir que la misma vulnerase los preceptos aplicables sobre ordenación del tiempo de trabajo y descansos, en cuyo caso la misma podría ser considerada antijurídica”. En cualquier caso, no se estaría debatiendo un problema de derechos fundamentales sino de “legalidad ordinaria”.

Y, por último, de forma más reciente se ha dictado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 29 de marzo de 2022. Este procedimiento se inició ante el Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón, por el que una persona trabajadora que prestaba servicios en la estación de autobuses de Gijón y que ostentaba la representatividad como delegado de personal, presentó una demanda por vulneración de derechos fundamentales,

concretamente, a su derecho a la huelga, privacidad e intimidad así como el derecho a la desconexión digital.

El objeto principal de discusión en este procedimiento giraba en torno a que la persona trabajadora facilitó su número de teléfono a la empresa puesto que la aplicación de mensajería digital y preferentemente social WhatsApp, se utilizaba “de forma habitual” como medio de comunicación entre empresa y personas trabajadoras para “cuestiones relacionadas con el servicio”. En suma, el 15 de septiembre de 2021 una agrupación de sindicatos acordó convocar una huelga en todas las empresas del Grupo Alsa, empresa para la que presta servicios la persona trabajadora, que tendría lugar el día 30 de septiembre. Tanto el día 29 de septiembre a las 16:17 horas y, posteriormente, el día 30 de septiembre a las 16:17 horas, la empresa envió un comunicado vía WhatsApp por el que se le notificó la participación en los servicios mínimos tanto para el día 30 de septiembre como para el día 1 de octubre. Y, además, recibió adicionalmente un burofax por el que se le recordaba que de no atender los servicios mínimos podía llevar aparejada una falta muy grave así como una sanción de la misma naturaleza. Pues bien, la empresa notificó el 15 de octubre a la persona trabajadora la apertura de expediente disciplinario por un “presunto incumplimiento grave y culpable” al no haber acudido a su puesto de trabajo los días 1,4,5,7 y 8 de octubre.

Limitando el estudio de la cuestión respecto a la posible vulneración del derecho a la desconexión digital, es posible adelantar que, tanto en primera instancia como en suplicación, las pretensiones de la persona trabajadora fueron desestimadas. La parte recurrente motivó su argumentación sobre la vulneración del derecho a la desconexión digital en su íntima y estrecha relación con el derecho a la protección de datos personales por dos vías; por un lado, el consentimiento y, por otro, la proporcionalidad y necesidad del medio por el que se efectuó la comunicación de los servicios mínimos a la persona trabajadora.

Sin embargo, el razonamiento efectuado tanto en primera instancia como en suplicación obedece al mismo criterio judicial. En primer lugar, el TSJ de Asturias determinó que, efectivamente, la comunicación efectuada por la empresa por WhatsApp a la persona trabajadora constituye un medio habitual utilizado por ambas partes para cuestiones relacionadas con la prestación laboral. En este sentido, se desestimó la vulneración del derecho a la protección de datos *ex art. 18.4 CE*, en tanto en cuanto, la persona trabajadora prestó voluntariamente su consentimiento y en virtud de los arts. 6.1

f) RGPD y 19 LOPD, el tratamiento del número de contacto personal respondía a una cuestión de “localización profesional”.

El TSJ de Asturias concluyó que en un entorno digitalizado y si se tiene en cuenta que “en muchas ocasiones, especialmente cuando el trabajo se desempeña fuera de los locales de la empresa como es el caso de los conductores⁸⁶⁸”, esta comunicación era necesaria y oportuna, pese a la propia inmediatez de esta. Y, por otro lado, el TSJ respecto al consentimiento estimó que la jurisprudencia aportada por la demandante (STS de 21 de septiembre de 2015⁸⁶⁹ y STS de 8 de febrero de 2021⁸⁷⁰), no se ajustaban a los hechos del presente caso para su aplicación. Por tales motivos, desestimó el recurso de suplicación al llegar a la conclusión de que no existió vulneración de los derechos en cuestión, a saber, huelga, protección de datos personales y desconexión digital⁸⁷¹.

En definitiva, con el análisis de las diferentes situaciones aquí aportadas quiere sentarse la premisa de que no se está ante una cuestión ni sencilla ni unánime y que es posible encontrar escenarios diversos.

En cuanto al primer pronunciamiento, se comparte totalmente el sentido del fallo ya que resulta sorprendente que la empresa se acoja a la inviolabilidad del domicilio del trabajador para negar su deber de control de la jornada. De hecho, que la persona trabajadora no decida acogerse a la modalidad de teletrabajo no es óbice para que el empresario no controle la duración de la jornada de trabajo puesto que la argumentación de que las horas extraordinarias se realizan por exclusiva decisión de la persona trabajadora no es acertada ni compartida puesto que constituye una responsabilidad del empresario registrar la jornada día a día a efectos de cómputo y retribución de éstas.

De acuerdo con los hechos probados, la empresa no ha establecido siquiera pautas sobre jornada, descanso y control de esta que impiden considerar una conducta reprochable de la persona trabajadora. Hubiera sido tan fácil como establecer un medio

⁸⁶⁸ Fundamento jurídico cuarto.

⁸⁶⁹ N° recurso de casación 259/2014, Id Cendoj: 28079140012015100568. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a5f70c68553d20ae/20151016>

⁸⁷⁰ N° recurso de casación 84/2019, Id Cendoj: 28079140012021100165. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/287716d49e2d646f/20210301>

⁸⁷¹ El TSJ de Asturias puntualizó antes de concretar el fallo que “conviene recordar que el recurso de suplicación no es una apelación o segunda instancia, sino un recurso extraordinario sujeto a motivos tasados, siendo el de censura jurídica el destinado a la impugnación del fallo por *error in iudicando*. Asumida esta premisa, es forzosa la desestimación del interpuesto teniendo en cuenta que, en base al relato fáctico incontrovertido, la argumentación ofrecida sencillamente no alcanza a desautorizar la conclusión judicial, que debe por ello ser mantenida en esta sede al no incurrir en la infracción denunciada”.

de control que comprobase la conexión a la intranet en los medios corporativos de la empresa fijando límites de acceso al mismo. Y de esta manera, se estaría garantizando el respeto de los límites de jornada, descanso, seguridad y salud de la persona trabajadora en equilibrio con el poder de control y vigilancia empresarial.

Por lo demás, y continuando con el debate central de garantizar el derecho al descanso de la persona trabajadora, no sería nada nuevo declarar que goza de un reconocimiento jurídico importante tanto en sede comunitaria como interna. Tal y como se ha mostrado, reconocido tanto en la Carta de Derechos Fundamentales como en la propia Directiva 2003/88/CE, ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia del TJUE. Tal es así, que la STSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2019, lejos de constituir una derrota por desestimar las pretensiones de la persona trabajadora arroja bastante luz porque liga jurídicamente la desconexión digital con el derecho al descanso. La decisión de la empresa de obligar a la persona trabajadora a realizar una formación online en su periodo de descanso, en principio, no parece ilegal. De hecho, adolecería de este carácter al momento de acreditarse que no se han respetado los periodos de descanso previstos, en este caso, en el art. 14 del Real Decreto 1001/2010.

Con carácter general, la actividad formativa de la persona trabajadora se encuentra subsumida dentro del concepto tiempo de trabajo efectivo *ex art. 23.1 ET*. En este sentido, se planteó una duda respecto a que el Real Decreto 1001/2010 distingue entre formación práctica y formación continuada. Las diferencias entre ambos conceptos tienen consecuencias jurídicas de suma importancia y que daría lugar a dos respuestas opuestas. Si bien para la primera el art. 14 la engloba bajo el paraguas de tiempo de trabajo efectivo, para la segunda, la disposición adicional única la califica como tiempo de presencia. Una disyuntiva que es resuelta por el Convenio Colectivo aplicable a este sector, ya que otorga al crédito horario de formación online la consideración de trabajo efectivo a efectos de cómputo de la jornada. Ello no obsta a que la decisión de la empresa no se acompañase una recomendación sobre el momento adecuado para realizar la formación, ya que dejar de la mano y autodeterminación del trabajador podría dejar en balde la efectividad de su reclamado descanso.

A modo de cierre, la superación de los límites de la jornada podría soslayar la ansiada flexibilidad horaria. A tal fin, la empresa debe ejercer una labor proactiva en materia preventiva para evitar la superación de los límites máximos de la jornada y garantizar un descanso efectivo de la persona trabajadora. A fin de cuentas, el empresario actúa como deudor de la seguridad de la persona trabajadora, por lo que debe adoptar

criterios que le permitan desarrollar sus laborales observando los criterios de seguridad. Con ello se quiere decir, que ante la situación planteada ni la decisión es contraria a derecho ni muchos menos que su adopción se pueda justificar la desobediencia del trabajador. Al fin y al cabo, dado el escaso número de horas del curso, la persona trabajadora podría haberlo realizado cumpliendo su preceptivo derecho al descanso y sin evidente transgresión de su derecho a la intimidad.

Por ende, para tumbar la legalidad de la decisión adoptada por la empresa habría que optar, como señala el tribunal, por la vía de los preceptos de ordenación de tiempo de trabajo y descanso, puesto que habría que justificar la vulneración del derecho a la desconexión digital. En definitiva, probar que el tiempo destinado por la persona trabajadora al desempeño del trabajo es desplegado más allá de la frontera de la jornada laboral pactada por el solapamiento de ambos periodos que convergen entre sí.

Empero, se ha comprobado que el cómputo horario formativo tiene la calificación de tiempo de trabajo efectivo y que lejos de tratarse de una cuestión de inobservancia del derecho al descanso parece más correcto calificarlo de modificación unilateral de las condiciones de trabajo. Y que, en definitiva, todo esto implica que a tenor del art. 88 LOPD y a las circunstancias del caso, aun no se ha adentrado en el estamento en el que cobra valor el descanso ya que se estaría aún en el tiempo de trabajo como prevé el Convenio Colectivo, con todas “las consecuencias que de ello derivan”.

Y, por último, la STJ de Asturias, en cuanto al consentimiento prestado por la persona trabajadora para que el empresario pueda tratar su número de contacto personal para efectuar comunicaciones preferentemente por WhatsApp como canal de comunicación, es una cuestión sumamente controvertida y el TSJ de Asturias le ha dado un valor insignificante. En primer lugar, porque es totalmente cierto que el art. 6.1 f) habilita el tratamiento de datos al empresario siempre y cuando obedezca a un interés legítimo y siempre que no prevalezcan los intereses derechos y libertades públicas de las personas trabajadoras. Pero, en este caso, si bien es cierto que el interés legítimo de la empresa podría justificarse en la comunicación de los servicios mínimos durante la huelga, ello no es óbice para reconocer que esta comunicación podría haberse realizado por métodos alternativos y, de hecho, así fue puesto que se eligió el burofax pero también se efectuó a través del WhatsApp, un medio menos respetuoso y sensible con los derechos y libertades de las personas trabajadoras, como es el caso de la desconexión digital de la persona trabajadora una vez que ha concluido su jornada habitual.

Por otro lado, porque dado que es evidente que en las relaciones laborales existe un desequilibrio claro y patente entre ambas partes del contrato, el consentimiento de la persona trabajadora ha quedado supeditado a la ejecución del contrato. Y, en este punto, el art. 7.4 RGPD determina que es necesario discernir en situaciones como la ejecución del contrato si el consentimiento del titular de los datos personales objeto de tratamiento se ha efectuado libremente, puesto que *ex art. 7.1 RGPD* será el responsable quien deberá demostrar dicho consentimiento. Por lo tanto, es una cuestión sumamente controvertida y que el TSJ ha pasado por alto entrar a valorar concienzudamente si se ha cumplido rigurosamente con los criterios establecidos y fijados por el RGPD.

Y, por otro lado, respecto al medio utilizado, en este caso el sistema de mensajería instantáneo WhatsApp, es cuanto menos dudosa su utilización si se toma en consideración que existía otro aplicativo, Punto de Información al Conductor (PIC), en el que se detallaban los servicios que la persona trabajadora debía realizar durante el desarrollo de su jornada habitual. Por tales motivos, se considera que si bien es cierto que hoy en día se está ante un contexto social y laboral más digitalizado, ello no es óbice para que las personas trabajadoras sufran restricciones o limitaciones en sus derechos fundamentales fruto de la cuestionada digitalización. En este sentido, no se entiende el por qué la empresa ha elegido dos métodos alternativos, PIC y WhatsApp, para efectuar notificaciones a la plantilla respecto a cuestiones de su jornada laboral. Por lo tanto, lo más deseable sería que en el caso de que el aplicativo PIC no fuera posible efectuar las notificaciones y comunicaciones a las personas trabajadoras, entendiéndose incluidos los mensajes referidos a los servicios mínimos, debería haberse elegido un método o programa alternativo que, en estricta observancia del principio de proporcionalidad y necesidad, pudiera alcanzar el mismo objetivo propuesto por la empresa.

Por consiguiente, y así lo ha avalado el TSJ de Asturias, este procedimiento viene a confirmar que las personas trabajadoras sigan sometidas ante una situación de dependencia tecnológica respecto a la empresa, cuando el objetivo del derecho de la desconexión digital es plantear franjas horarias estrictas de incomunicación y extralimitación de los aplicativos tecnológicos de la empresa con las personas trabajadoras a fin de garantizar plenamente derechos como el descanso y a la conciliación de la vida personal y familiar.

3. Precedentes en nuestro entorno comparado sobre la regulación de la desconexión digital.

3.1. La introducción de la desconexión digital en Francia a partir de la Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016.

Llegados a este punto, resulta un ejercicio interesante analizar lo que han hecho en otros países de nuestro entorno comparado al respecto. Y, en este sentido, el primer país en tomar la iniciativa en la regulación del derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral consciente de la transformación tecnológica actual fue la República Francesa⁸⁷². El legislador francés optó por incluir el derecho a la desconexión digital en la estructura de los planes de igualdad (nuevo apartado 7 en el artículo L. 2242-8 del Código Laboral francés). Todo ello fruto de un proceso previo que comenzaría el año 2015, año en que se elabora el “Informe Mettling”, a petición del Ministerio de Trabajo encabezado por Dña. Myriam El Khomri, con el fin de estudiar la transformación digital y la vida en el trabajo⁸⁷³.

En su planteamiento sobre el tema se sostiene que las nuevas tecnologías han irrumpido en el ámbito laboral creando o destruyendo empleos, favoreciendo la

⁸⁷² Uno de los aspectos a destacar en esta experiencia europea es que, como señala Cialti, no constituye una “ocurrencia legal” la aparición del derecho a la desconexión dado que en Francia ya existía una práctica convencional significativa que procuraba alcanzar este status digital del trabajador. Por ejemplo a nivel interprofesional destaca el Acuerdo Nacional Interprofesional de 19 de junio de 2013 sobre la calidad de la vida en el trabajo que dispone en su art. 17 lo siguiente respecto a la desconexión digital del trabajador de los dispositivos electrónicos: Les Technologies de l’Information et de la Communication (utilisation de la messagerie électronique, ordinateurs portables, téléphonie mobile et Smartphones) font aujourd’hui de plus en plus partie intégrante de l’environnement de travail et sont indispensables au fonctionnement de l’entreprise. Elles doivent se concevoir comme un outil facilitant le travail des salariés. Les TIC peuvent cependant estomper la frontière entre le lieu du travail et le domicile d’une part, entre le temps de travail et le temps consacré à la vie personnelle d’autre part. Selon les situations et les individus, ces évolutions sont perçues comme des marges de manœuvre libérant de certaines contraintes ou comme une intrusion du travail dans la vie privée. Leur utilisation ne doit pas conduire à l’isolement des salariés sur leur lieu de travail. Elle doit garantir le maintien d’une relation de qualité et de respect du salarié tant sur le fond que sur la forme de la communication et le respect du temps de vie privé du salarié. Les signataires proposent aux entreprises de prendre en compte cette question, en identifiant les avantages et les inconvénients de ces évolutions. Les entreprises s’attacheront à mettre en place des formations à la conduite du changement et à l’utilisation des TIC pour les salariés ayant des difficultés particulières pour les maîtriser. Elles rechercheront, après avoir recueilli le point de vue des salariés sur l’usage des TIC dans l’entreprise, les moyens de concilier vie personnelle et vie professionnelle en tenant compte des exigences propres aux caractéristiques de l’entreprise et des fonctions exercées, par l’institution, par exemple, de temps de déconnexion, comme cela se pratique déjà dans certaines entreprises. Elles pourront mettre en place des actions de sensibilisation sur le bon usage des TIC auprès des salariés et du management. CIALTI, P. H. (2017). “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?”, *Revista Temas Laborales*, n° 137, p. 180.

⁸⁷³ El informe está disponible en <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/154000646.pdf>. Fue elaborado por el Sr. Bruno Mettling, en aquél entonces director de recursos humanos de Orange.

autonomía de las personas trabajadoras al realizar la prestación laboral, pero con los riesgos que ello pudiera ocasionar en su salud⁸⁷⁴. Tiempo de trabajo y carga de trabajo son dos conceptos que van a incidir en la vida personal y familiar de las personas trabajadoras por el uso desmedido de estas herramientas que admite el teletrabajo. Es por este hecho, que el empresario deberá asumir su papel responsable de garantizar la salud y seguridad de la plantilla, incluidos los periodos de descanso y a la desconexión. No se cuestiona, por tanto, la afirmación de que las tecnologías pueden influir en la salud de las personas trabajadoras, pero sí que éstas deban ser utilizadas para ofrecer una mejor calidad de vida y no al contrario⁸⁷⁵.

En cuanto a Francia, se ha considerado relevante aportar sobre este espacio geográfico una buena opción ejemplificadora de política de desconexión como es el caso de la empresa Groupe JLO, cuya actividad profesional tiene por objeto la inserción laboral de personas con discapacidad, actividades de consultoría de RRHH y seguridad y salud en el trabajo. Fue una de las primeras empresas comprometidas con la mejora de las condiciones de trabajo y, por esta razón, implementaron una serie de buenas prácticas a modo de ejemplificar su respeto con el bienestar laboral. En buena medida, supone una actuación tendente a engrandecer su reputación corporativa y buena imagen respecto a sus clientes, a quienes instan a adoptar este modelo y evitar la extralimitación de las personas trabajadoras más allá de los periodos de trabajo pactados. De esta manera el principal objetivo y finalidad es trasladar interna y externamente un mensaje bastante claro: la no accesibilidad 24/7 del personal de la empresa.

De hecho, se adelantó a la entrada en vigor de la Ley nº 2016-1088 ya que introdujo la regulación interna de la desconexión digital en el año 2015. Su implementación tuvo lugar a raíz de un estudio por el que se comprobó que las personas trabajadoras respondían correos electrónicos habitualmente al regresar a casa del trabajo, prologando las jornadas

⁸⁷⁴ AAVV. (2016). Le droit à la déconnexion: une chimère?, *Revue de Droit du Travail*, p. 592.

⁸⁷⁵ Teniendo en cuenta el estudio de PageGroup sobre conciliación de la vida profesional y familiar antes de que diera lugar su aprobación, constata aspectos bastantes significativos. Por un lado, respecto al manejo de herramientas tecnológicas, el 62% de los franceses disponía por entonces de al menos un dispositivo aportado por su empresa. Así mismo, el 75% afirmó haber atendido correos electrónicos y/o llamadas telefónicas una vez finalizada la jornada laboral, e incluso un 48% afirma haberlo hecho en periodo de vacaciones o de licencia, lo que constituye un dato más que abrumador. Prosiguiendo, a fin de poner fin a este tipo de circunstancias se produjo la aprobación de la Ley nº 2016-1088 relativa al trabajo, a la modernización del diálogo social y al aseguramiento de los recorridos profesionales la que introdujo en el artículo L. 2242-8 del código de trabajo el derecho en cuestión. Ley programa y Ley de reactivación económica. (2017). *Revista Actualidad Internacional Sociolaboral*, nº 212, p. 192. Disponible en https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/mundo/revista_ais/212/192.pdf

laborales de forma extenuada. Ante este tipo de circunstancias, se generó una preocupación seria sobre los efectos de la conexión prolongada a los dispositivos electrónicos para atender requerimientos empresariales que motivó a la gerencia a atajar este problema. Como resultado del trabajo elaborado por la dirección de la entidad, aprueba una política de desconexión digital que engloba a la totalidad de la plantilla. Como medidas prácticas adoptó una medida más severa, el cierre del servidor desde las 20:00 a 07:00 horas, de lunes a viernes y durante el fin de semana. De tal modo que se priorizó activamente por la indisponibilidad de los servidores impidiendo por consiguiente los envíos o recibimientos de correos electrónicos en tales periodos. Así mismo, se activa un mensaje automático por el que se recuerda que el correo electrónico enviado será recepcionado al interesado una vez se habilite el servidor en el horario examinado.

Sin embargo, en 2019 la empresa retrocede y suavizó este tipo de medidas adoptando otro criterio, la sensibilización e información continua tanto de personas trabajadoras como de clientes. Sorprendentemente fue a raíz de la petición de una parte significativa de la plantilla los que solicitaron el reblandecimiento de estas medidas. A este respecto, una de las medidas fue incorporar en la firma del correo electrónico un mensaje que dispone lo siguiente “a la luz de su enfoque de calidad de vida laboral, el Grupo JLO promueve el derecho a desconectarse durante las siguientes franjas horarias: de lunes a viernes de 8 p.m. a 7 a.m. y fines de semana de 8 p.m. el viernes a las 7 a.m. del lunes)”.

Por otro lado, y como bien se adelantó, se prioriza el establecimiento de un canal interno de información continua respecto a esta sensibilización principalmente por los gerentes a respetar la desconexión de sus subordinados. Por lo tanto, se invita a un autoexamen y autocompromiso con estos valores de respeto de los tiempos de descanso previendo para el caso de algún tipo de incumplimiento su puesta en conocimiento ante la dirección. Si bien es cierto que lo deseable sería la primera medida, mucho más estricta es cierto, pero coarta las facilidades de incumplimiento sobre el respeto a la tan ansiada desconexión. Sin embargo, no debe tomarse la relajación de medidas como una derrota ya que la formación y sensibilización del personal constituye un método que pudiera ser sumamente eficaz a modo de cambiar o más bien, de crear cultura preventiva en estos aspectos.

La Ley nº 2016-1088 de 8 de agosto de 2016⁸⁷⁶ relativa al trabajo, la modernización del diálogo social y las carreras profesionales se adopta otorgando mayor peso a la negociación colectiva. Dentro del Capítulo II del Título II, en su artículo 55⁸⁷⁷ establece lo siguiente: “los procedimientos para el ejercicio pleno por parte del empleado de su derecho a desconectarse y el establecimiento por parte de la empresa de dispositivos para regular el uso de herramientas digitales, a fin de garantizar el cumplimiento de los tiempos de descanso y vacaciones, así como la vida personal y familiar. En ausencia de acuerdo, el empleador redacta una carta, después de consultar al comité de empresa o, en su defecto, a la RLT. Esta carta define estos procedimientos para ejercer el derecho de desconexión y también prevé la implementación, para los empleados y el personal de supervisión y directivo, de acciones de formación y sensibilización sobre el uso razonable de herramientas digitales”⁸⁷⁸.

Quiere destacarse, además, tanto el reconocimiento del derecho a desconectar de las personas trabajadoras⁸⁷⁹ para garantizar su conciliación personal y familiar, como el mayor protagonismo otorgado a la negociación colectiva en la empresa en este sentido. De un lado, la persona trabajadora tiene reconocido su derecho a desconectar y a ejercitarlo de forma plena⁸⁸⁰.

⁸⁷⁶ LOI n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

⁸⁷⁷ Article 55 : *Les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. A défaut d'accord, l'employeur élabore une charte, après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Cette charte définit ces modalités de l'exercice du droit à la déconnexion et prévoit en outre la mise en œuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques.*

⁸⁷⁸ A este respecto LEROUGE cuestiona la efectividad de esta carta o política de actuación empresarial por caracterizarse como regulación blanda o *soft law*. Desde su punto de vista hubiese sido más oportuno determinar este procedimiento entre las obligaciones del empresario a efectos de garantizar su aplicabilidad. Bien por un seguimiento de su cumplimiento por la inspección de trabajo o bien ante los juzgados de lo social cuando existiera alguna problemática sobre su aplicación. LEROUGE, L. (2019) “Desconexión digital del trabajo: reflexiones sobre los retos jurídicos en derecho laboral”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, nº 436, p. 79.

⁸⁷⁹ En este sentido, el Sr. Bruno Mettling sostiene que el contenido de la desconexión digital constituye un derecho (para el trabajador) y un deber (para el empresario). Por lo que, debe instaurarse como una corresponsabilidad de ambas figuras en el entorno laboral, en la que influye el grado de educación y sensibilización individual sobre el uso de las tecnologías y su regulación en la empresa. Disponible en <http://www.mitramiss.gob.es/es/mundo/Revista/Revista194/135.pdf>

⁸⁸⁰ Como experiencias previas, el Acuerdo de la empresa Areva firmado el 31 de mayo de 2012, Chapitre 3: *L'environnement dans le travail. Article 20: Pour une utilisation maîtrisée des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Les parties reconnaissent que les Nouvelles Technologies de*

La normativa gala no termina de regular de forma completa el contenido de este derecho ni las posibles sanciones a aplicar por su falta de observancia por los empleadores. Aunque, se fija la relación con el empresario que será protagonista también en esta tarea al ser el encargado en la tarea de confeccionar un dispositivo de buenas prácticas en el uso de las nuevas tecnologías que favorezcan el ejercicio de este derecho. Lejos de otorgar la unilateralidad de decisión al empresario, éste deberá consultar con la RLT a fin de alcanzar un acuerdo de regulación de este derecho, implementando además la formación y sensibilización con el buen uso de la tecnología de toda la cadena jerárquica de la empresa. Y es que, como acertadamente se ha señalado, “las innovaciones tecnológicas y organizativas asociadas al mundo digital provocan profundos desafíos al Derecho del Trabajo, entre ellos, la delimitación de las fronteras entre el tiempo de trabajo y el tiempo de no trabajo⁸⁸¹”.

l’information et de la Communication (utilisation de la messagerie électronique, ordinateurs portables, téléphonie mobile & Smartphones) font aujourd’hui partie intégrante de l’environnement de travail et sont indispensables au bon fonctionnement de l’entreprise. Toutefois, elles soulignent la nécessité de veiller à ce que leur usage respecte le temps de vie privé du salarié. A cet effet, chaque salarié, quelque soit son niveau hiérarchique, veillera à se déconnecter du réseau et à ne pas envoyer de courriel en dehors des heures habituelles de travail. A ce titre le salarié dispose d’un “droit de déconnexion”. La hiérarchie s’assurera par son exemplarité au respect de cette mesure. En cas de circonstances particulières, nées de l’urgence et de l’importance des sujets traités, des exceptions à ce principe seront évidemment mises en œuvre. Un suivi spécifique et régulier des flux de mails et de leur répartition temporelle sera mis en œuvre. Recuperado de <https://www.cftc-thales.fr/wp-th/wp-content/uploads/2020/05/Accord-Groupe-Thales-Qualité-de-Vie-au-Travail-20-04-2018.pdf>. Por otro lado, el Acuerdo de la empresa Thalés firmado en 2014 dispone en su Título III – Assurer une bonne conciliation des différents temps de vie / droit à la déconnexion. Le Groupe s’engage à favoriser le bien-être au travail en s’inscrivant dans une démarche globale d’équilibre entre vie professionnelle et vie personnelle. Cette démarche inclut le bon usage des outils numériques et le droit à la déconnexion, l’efficacité des temps de réunions et le respect des dispositions relatives au temps de travail. Recuperado de http://www.dialogue-social.fr/files_upload/documentation/201206291543570.Accord%20Areva%20qualite%20de%20vie%20au%20travail.pdf. Y, por último, el Acuerdo de la empresa Orange firmado el 27 de septiembre de 2016, en el punto 3.2 Assurer le respect de l’équilibre vie privée/vie professionnelle en garantissant un droit à la déconnexion. Notre enjeu est de garantir la bonne utilisation des outils numériques, tout en préservant la santé au travail pour garantir des conditions et un environnement de travail respectueux de tous et en particulier des durées minimales de repos prévues dans la législation en vigueur. Le respect de la vie privée et le droit à la déconnexion sont donc considérés comme fondamentaux chez Orange afin de protéger les salariés des pratiques intrusives potentielles provenant de leurs managers et/ou de leurs collègues et/ou d’eux-mêmes: emails, SMS, messages vocaux, messagerie instantanée, notifications des réseaux sociaux, etc. à toute heure du jour et de la nuit, le week-end, pendant les jours de congés ou de formation. Les parties considèrent néanmoins que le droit légitime et nécessaire à la déconnexion n’est pas suffisant car il cherche à contraindre les seuls effets induits par un usage excessif ou incontrôlé des outils numériques mais il ne s’attaque pas aux causes. Recuperado de https://www.actuel-rh.fr/sites/default/files/article-files/accord_orange_transformation_numerique.pdf.

⁸⁸¹ MOLINA NAVARRETE, C. (2017). “Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: desconexión digital”, garantía del derecho al descanso, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 138, p. 249.

De otro, en efecto, el hecho de que la negociación colectiva adquiriera especial importancia⁸⁸² es debido al objetivo de adaptar el derecho a la desconexión digital a las diversas modalidades de trabajo y las características de cada empresa en el desarrollo de la prestación laboral. Aunque debe resaltarse que la ubicación que ha elegido el legislador francés para la desconexión digital puede distorsionar su aplicación en la práctica puesto que lo haya hecho dentro del contenido de los planes de igualdad en la empresa y limitando su implantación a las empresas que cuenten con más de 50 personas en plantilla⁸⁸³, plantea serias dudas. No obstante, lo cual, en las empresas con menos de 10 personas en plantilla deben implementarse también medidas que aseguren el cumplimiento del derecho a la desconexión digital, pero sin los mismos medios con los que cuentan las grandes empresas⁸⁸⁴.

3.2. La regulación de la desconexión digital en Italia: Legge nº 81, de 22 maggio 2017.

Por su parte, el gobierno de Italia aprobó, con posterioridad a la normativa gala, la Legge nº 81, de 22 maggio 2017⁸⁸⁵, relativa a las medidas de tutela del trabajo autónomo y medidas para favorecer una articulación flexible del tiempo y lugar de trabajo por cuenta ajena que entró en vigor el 14 de junio de 2017. De la lectura de tal norma, se observa que se opta por regular la desconexión digital en el capítulo segundo denominado “Trabajo ágil” -que vendría a ser un símil del trabajo a distancia -que abarca desde los artículos 18-24.

⁸⁸² Hasta la llegada de la “Ley Fillon” y de la actual “Ley El Khomri”, ambas leyes denominadas con el apellido de los ministros de trabajo franceses que aprobaron en su momento dichas disposiciones normativas. Las modificaciones del código laboral francés han venido a fortalecer el papel de la negociación colectiva. JEAMMAUD, A. (2017). “La reforma Macron del código de trabajo francés”, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 139, p. 26.

⁸⁸³ Una de las diferencias respecto a la regulación del derecho a la desconexión digital en Francia, es que en nuestro ordenamiento jurídico no se ha limitado su aplicación en función del número de plantilla de la empresa. El código de trabajo francés consigna a la negociación colectiva a alcanzar acuerdos con los empresarios en materias como las retribuciones, el tiempo de trabajo o los planes de igualdad que se han comentado. ALEMÁN PÁEZ, F. (2017). “El derecho de desconexión digital: una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi Travail N° 2016-1088”, *ob. cit.*, p. 18.

⁸⁸⁴ LEROUGE, L. (2019). “Desconexión digital del trabajo: reflexiones sobre los retos jurídicos en derecho laboral”, *ob. cit.*, nº 436, p. 79.

⁸⁸⁵ L. 22 maggio 2017, n. 81 (1). Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato. Pubblicata nella Gazz. Uff. 13 giugno 2017, n. 135.

La norma italiana impulsa esta modalidad de trabajo con la finalidad de incrementar la competitividad y facilitar la conciliación de los tiempos de vida y trabajo. Y es que, siendo consciente de que las formas de organización en la empresa están cambiando por el uso de las herramientas tecnológicas para el desarrollo de la actividad laboral, ello implica poder desarrollar la prestación laboral sin ninguna limitación de espacio-temporal al respecto. Y lo que haces es, permitiendo el desarrollo de esta modalidad laboral, situarlo siempre dentro de los límites de la jornada laboral diaria y semanal. De esta forma, el empresario es el máximo responsable de la seguridad en el uso de las herramientas tecnológicas facilitadas a las personas trabajadoras para desempeñar su actividad laboral. El art. 19 de la Ley señala que será a través del contrato que determine el trabajo ágil donde se debe estipular los tiempos de descanso de las personas trabajadoras, así como las medidas técnicas y organizativas necesarias para asegurar su desconexión digital de los equipos tecnológicos de trabajo.

El legislador italiano lejos de configurar un derecho a la desconexión digital y mostrar la importancia que tiene a efectos de la conciliación de la vida privada y familiar y al descanso del trabajo, lo plantea de forma general y en la modalidad de teletrabajo. En otras palabras, no se regula jurídicamente y de forma separada un derecho a favor de las personas trabajadoras, sino que, restándole protagonismo, lo limita a la modalidad del trabajo ágil a fin de respetar la desconexión de los instrumentos digitales cuando se desarrolle la prestación laboral desde casa, dejando al margen al resto de situaciones⁸⁸⁶. Tampoco se observa mención alguna a la negociación colectiva, a diferencia del papel instrumental otorgado por la Ley francesa al regularlo a través de convenios colectivos de empresa.

De forma más concreta, en el caso de la empresa Enel el derecho a la desconexión digital se integra de forma coordinada con el “*Smart Working*” a través de un proyecto piloto iniciado en 2016 y que tendría apoyo sindical tras el acuerdo firmado el 4 de abril de 2017. La implementación de Enel se basó en una actuación de cambio en la orientación cultura y organizativa sobre el uso de las herramientas informáticas como de las prácticas laborales que fuesen respetuosas con el tiempo libre y de ocio de las personas

⁸⁸⁶ VALLECILLO GÁMEZ, M. R. (2020). “El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 8, nº 1, p. 223.

trabajadoras⁸⁸⁷. De esta forma se implementó un proceso de cambio a través de campañas de sensibilización corporativo con el respeto de los tiempos de descanso diario y semanal como con la conciliación laboral y familiar. Ello consistió principalmente en la creación de píldoras educativas, infografías explicativas que invitasen a reflexionar y reconsiderar la adopción de buenas prácticas en este aspecto.

Por otro lado, se aportaba información concerniente a la organización del trabajo como el momento en el que debían evitarse las llamadas, videoconferencias o convocatorias de reuniones. Así mismo la empresa ha portado en su portal de intranet formación sobre aspectos como uso saludable de herramientas tecnológicas, pautas de trabajo individual, administración del tiempo y resolución de problemas, entre otras. Y, por último, ha implementado una medida bastante interesante tomando, un servicio de atención telefónica sobre apoyo psicológico a las personas trabajadoras 24 horas al día, 7 días a la semana. Ello supone que manifiesta una enorme sensibilidad a valorar positivamente respecto al sufrimiento psicológico que pudieran sufrir las personas trabajadoras especialmente en el desarrollo del trabajo a distancia y que pudiera ser consecuencia de la imposibilidad de disfrutar de su derecho a la desconexión digital.

Por poner algunos ejemplos, el acuerdo entre Barilla⁸⁸⁸ y las organizaciones sindicales, firmado el 2 de marzo de 2015, aunque sin referencia expresa a la desconexión, sí prevé que la realización de la jornada laboral debe llevarse a cabo en el horario normal de trabajo. Además, se requiere que la persona esté disponible y conectado por medio de las herramientas tecnológicas de la empresa. Termina por confirmar que la desconexión debe garantizarse en todo el período que supera a la jornada laboral establecida. Por otro lado, en el convenio del 4 de abril de 2017, deja constancia que la persona trabajadora que opta por la modalidad de trabajo ágil debe estar conectado y a disposición de los requerimientos empresariales ya que el cambio en la realización de la prestación no supone, por ende, un cambio en el horario de trabajo. Por último, el 7 de abril de 2017, la

⁸⁸⁷ Se ha tomado como referencia el estudio EUROFOUND. (2020), *Industrial relations Right to disconnect in the 27 EU Member States*, Telework and ICT-based mobile work: Flexible working in the digital age, Publications Office of the European Union, Luxembourg, p. 25-30.

⁸⁸⁸ SAMPERISI,C. (30 de abril de 2018). Lavoro: cos'è il diritto alla disconnessione?, en La Legge per Tutti, Disponible en https://www.laleggepertutti.it/31098_lavoro-cose-il-diritto-alla-disconnessione

Università degli studi dell'Insubria⁸⁸⁹ publicó un decreto en el que se regulaba el derecho a desconectar a sus empleados. Para configurar la desconexión digital utilizó una redacción común y vaga en la que hace referencia al derecho a no contestar llamadas telefónicas, correos electrónicos y mensajes de la oficina. Más sorprendente aún si cabe es que se prevea el "Día de la independencia del correo electrónico" que tiene lugar cada tres meses, es decir, 21 de marzo, 21 de junio, 21 de septiembre y 21 de diciembre.

3.3. La desconexión digital en Bélgica : Loi du 26 mars 2018 relative au renforcement de la croissance économique et de la cohésion sociale.

Finalizando la ejemplificación de países que previamente a España reconocieron el derecho a la desconexión digital en su ordenamiento jurídico se expone a continuación el caso de Bélgica. El gobierno Belga integró el derecho a la desconexión digital a través de la "Loi relative au renforcement de la croissance économique et de la cohésion sociale" de 26 de marzo de 2018. Esta ley fue fruto de un trabajo previo, de hecho, el proyecto de Ley de reactivación económica al que hacemos mención se presentó el 27 de octubre de 2017, con el fin de aumentar el empleo, reforzar el poder adquisitivo como la cohesión social⁸⁹⁰.

Concretamente, el derecho a la desconexión digital se encuadra en los arts. 14-17 de la ley. En primer lugar, el art. 14 de la ley establece de forma introductoria una aplicación retroactiva a fecha 1 de enero de 2018 de la "Section 2.- Concertation sur la déconnexion et l'utilisation des moyens de communication digitaux". Será, efectivamente, en esta sección donde se desarrolle el concepto en cuestión. En segundo lugar, el art. 15 ancla su aplicación a todos los trabajadores y empleadores que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la "Loi du 5 décembre 1968 sur les conventios collectives et les commissions paritaires⁸⁹¹". A continuación, en el art. 16 será donde

⁸⁸⁹ F.ME, Stop a e-mail e sms dopo il lavoro, il diritto alla disconnessione arriva in Italia, en CORCOM, Disponible en <https://www.corrierecomunicazioni.it/digital-economy/stop-a-e-mail-e-sms-dopo-il-lavoro-il-diritto-alla-disconnessione-arriva-in-italia/> Consultado el 24 octubre 2020.

⁸⁹⁰ Ley programa y Ley de reactivación económica. (2017). *Revista Actualidad Internacional Sociolaboral*, nº 2018, p. 5. Disponible en https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/mundo/revista_ais/218/5.pdf

⁸⁹¹ Article 2. § 1. La présente loi s'applique aux travailleurs et aux employeurs ainsi qu'aux organisations. Pour l'application de la présente loi, sont assimilés : 1. aux travailleurs : les personnes qui, autrement qu'en vertu d'un contrat de louage de travail, fournissent des prestations de travail sous l'autorité d'une autre personne, à l'exception des personnes au sens du chapitre 1er et 2 du titre 2 de la loi du 18 juillet 2018 relative à la relance économique et au renforcement de la cohésion sociale, dans la mesure où les conditions imposées par l'article 26 de la loi précitée sont remplies, ou aux personnes qui fournissent des prestations

definitivamente sea objeto de desarrollo el derecho a la desconexión digital al disponer que “Con el fin de garantizar el respeto del tiempo de descanso de los trabajadores, las vacaciones anuales y otras licencias y preservar el equilibrio entre el trabajo y la vida privada, el empleador organiza consultas dentro del Comité de Prevención y Protección en el Trabajo a que se refiere el artículo I. 1-3, 14 ° del código de bienestar en el trabajo, a intervalos regulares y siempre que la RLT dentro de la Comisión así lo soliciten, en lo que respecta a la separación del trabajo y el uso de medios digitales de comunicación. El Comité puede formular propuestas y emitir opiniones al empleador sobre la base de esta consulta⁸⁹²”. Y, por último, el art. 17 establece el modo en el que debe articularse el derecho a la desconexión digital; incorporándose al contenido del contrato de trabajo o, mediante la celebración de un convenio colectivo a tenor de lo dispuesto en la “Loi du décembre 1968 sur les conventions collectives et les commissions⁸⁹³”.

Como puede comprobarse, pueden encontrarse ciertas similitudes en cuanto a la regulación de la desconexión digital entre los países examinados anteriormente. Sin embargo, resulta interesante el caso de Bélgica que ha concretado el espacio de la desconexión digital entre la regulación de la prevención de riesgos laborales. De hecho, es una cuestión que atribuye su tratamiento al Comité de Prevención y Protección en el trabajo y, porque ha concretado que el derecho a la desconexión digital constituye un medio de hacer frente al estrés laboral o burnout.

en vue d'obtenir l'indemnité conformément à l'article 90, alinéa 1er, 1° bis, du Code des impôts sur les revenus 1992, à l'exception des personnes au de la loi du 24 décembre 2020 relative au travail associatif, dans la mesure où les conditions imposées par l'article 42 de la loi précitée sont remplies (30) (32) ; 2. aux employeurs : les personnes qui occupent les personnes visées au 1; 3. à un contrat de louage de travail: les relations de travail entre personnes assimilées à des travailleurs et à des employeurs ; 4. à une branche d'activité : les groupes de personnes assimilées aux employeurs qui, en dehors d'un secteur de l'économie, exercent des activités identiques ou connexes; 5. à une entreprise : les établissements des personnes assimilées aux employeurs; 6. la signature : la signature électronique qui est générée par la carte d'identité électronique au sens de l'article 3, § 12, du Règlement (UE) numéro 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE.

⁸⁹² Art. 16. En vue d'assurer le respect des temps de repos, des vacances annuelles et des autres congés des travailleurs et de préserver l'équilibre entre le travail et la vie privée, l'employeur organise une concertation au sein du Comité pour la Prévention et la Protection au Travail tel que visée à l'article I.1-3, 14° du code du bien-être au travail, à des intervalles réguliers et à chaque fois que les représentants des travailleurs au sein du Comité le demandent, au sujet de la déconnexion du travail, et de l'utilisation des moyens de communication digitaux. Le Comité peut formuler des propositions et émettre des avis à l'employeur sur la base de cette concertation.

⁸⁹³ Art. 17. Les accords qui découlent, le cas échéant, de la concertation visée à l'article 16, peuvent être intégrés dans le règlement de travail conformément aux articles 11 et 12 de la loi du 8 avril 1965 instituant les règlements de travail, ou par la conclusion d'une convention collective de travail au sens de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives et les commissions paritaires.

Ligado a esto último, una de las incertidumbres que plantea esta regulación es que deja en manos del empleador la encomienda de discusión sobre este derecho en el seno del Comité de Prevención. Con el fin de despejar dudas a este respecto, el art. II.7-21 del Código de Bienestar en el Trabajo determina que será el empleador quien debe velar que el Comité se reúna al menos 1 vez al mes así cuando un tercio de los trabajadores del Comité lo soliciten. En suma, al menos dos veces al año con un intervalo no mayor de seis meses en asuntos relacionados con la vigilancia de la salud⁸⁹⁴. Así mismo constituye una regulación sumamente vaga en su contenido ya que únicamente determina el ámbito de aplicación y su campo de actuación, aspectos que comparte con la regulación gala e italiana.

Por consiguiente, se olvida nuevamente de concretar una definición clara y precisa de la desconexión digital siendo objeto de desarrollo indirecto a través de la protección de ámbitos como el tiempo de descanso, la conciliación familiar y laboral así como la vida privada. Eso sí, al igual que la norma gala, reconoce la posibilidad de que sea regulado a través de la negociación colectiva⁸⁹⁵ e incorpora también la posibilidad italiana de incorporarse en los contenidos del contrato de trabajo. Olvidándose, por consiguiente, de la denominada política, carta o acuerdo de empresa por el que se regule de forma interna el derecho a la desconexión digital.

Como propuesta de una entidad belga que ha implantado el derecho a la desconexión digital en el seno de su actividad se ha seleccionado a *Solvay*, empresa se dedica a la industria química⁸⁹⁶. Este proceso de discusión se inició en febrero de 2016 en aras de asesorar a los empleados al buen uso del correo electrónico. En este sentido, la carta elaborada por *Solvay* hace bastante hincapié en el compromiso de las personas trabajadoras de respetar unos a otros sus horarios a fin de garantizar el tiempo de descanso

⁸⁹⁴ Chapitre IV.- Le fonctionnement du Comité. Art. II.7-21.- L'employeur veille à ce que le Comité se réunisse au moins une fois par mois, ainsi que lorsqu'un tiers au moins des représentants des travailleurs au sein du Comité en fait la demande. L'employeur veille à ce que le Comité se réunisse au moins deux fois par an avec un intervalle de six mois au maximum sur les questions qui ont trait à la surveillance de la santé, lorsqu'un département chargé de la surveillance médicale a été créé au sein du service interne. Le Comité se réunit au siège de l'unité technique d'exploitation.

⁸⁹⁵ Con más profundidad sobre el funcionamiento de la negociación colectiva en Bélgica *Vid.*, GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. (2008). La negociación colectiva en Bélgica, en SALA FRANCO, T. *El sistema de negociación colectiva en la Europa comunitaria: primera parte*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 105-131.

⁸⁹⁶ Se ha tomado como referencia el estudio EUROFOUND. (2020). *Industrial relations Right to disconnect in the 27 EU Member States*, Telework and ICT-based mobile work: Flexible working in the digital age, Publications Office of the European Union, Luxembourg, p. 32-37.

y el equilibrio entre la vida privada y familiar. Entre las medidas más relevantes introdujo una propuesta de buen uso del correo electrónico posponiendo el envío de correos electrónicos fuera de la jornada laboral y planteó así mismo disminuir esta sobrecarga de trabajo corporativista causada por el exceso de envío de correos electrónicos fomentando la comunicación oral frente a la comunicación online.

En cuanto a las acciones, enfocó este cambio cultural corporativo a través de la formación y sensibilización prioritariamente a directivos y gerentes sobre aspectos de organización del trabajo, calidad de vida y beneficios de la desconexión. Por otro lado, implementó un observatorio sobre *burnout* a fin de prevenir y vigilar los signos de agotamiento laboral, aportando autoevaluaciones voluntarias a efectos de detectar este tipo de problema en el ámbito del trabajo.

4. El reconocimiento del derecho a la desconexión digital en el art. 88 LOPD.

Con anterioridad a la aprobación de la LOPD, España no contaba con una normativa específica sobre la desconexión digital en el ámbito de las relaciones laborales, remisión genérica que podrá encontrarse en los arts. 34, 37 y 38 del ET relativos al descanso diario, semanal o anual de las personas trabajadoras. Es cierto que el derecho al descanso ya viene recogido en nuestra normativa laboral y que el empresario debe observar estos periodos de tiempo reservados al ámbito privado de las personas trabajadoras. En este sentido, el debate que genera la desconexión digital no debe hacer creer que, sin su reconocimiento jurídico expreso, fuera admisible jurídicamente⁸⁹⁷. Aceptar esta premisa supondría dejar a un lado el principal motivo de nacimiento de este derecho, eso es, la interconectividad permanente de las personas trabajadoras a través de las herramientas digitales.

Se vive en la era digital, en la sociedad digital 4.0⁸⁹⁸ en la que el mercado de trabajo obliga a estar interconectado para mejorar la competitividad y el crecimiento empresarial. Internet nos permite trabajar en cualquier lugar y en cualquier momento, disponibilidad total y absoluta, permitiendo la flexibilidad en cuanto a las obligaciones laborales pero que puede ir en detrimento del disfrute de otros derechos. De hecho, en nuestro país según

⁸⁹⁷ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (2018). “Cronoreflexión al hilo de cuestiones actuales sobre tiempo de trabajo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 421, p. 15.

⁸⁹⁸ LANTARÓN BARQUÍN, D. (2019). “La seducción de los horizontes: reflexiones sobre el derecho a la desconexión digital del trabajador”, *Noticias Cielo*, nº 5, p. 2.

un estudio sobre economía digital y su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo, se afirma que el 64% de los españoles desarrollan trabajo en sus horas libres y fuera de la jornada laboral y un 68% recibe emails y/o llamadas de trabajo fuera del horario laboral⁸⁹⁹.

Estos datos invitan a reflexionar sobre el uso de las nuevas tecnologías a las que deberíamos observar con cautela dada su incidencia directa en derechos fundamentales como el de intimidad o protección de la salud. Ante estas circunstancias, lo primero es plausible reconocer que, por fin, la digitalización y su afectación a las condiciones de trabajo hayan sido objeto de debate político y reflejo normativo, con mayor o menor acierto, pero esa es otra cuestión. Y, lo segundo, examinar el proceso de creación de este avance normativo para, solo entonces, abordar el análisis de su contenido.

Una de las primeras referencias en el Congreso de los Diputados a la necesidad manifiesta de regular la desconexión digital la realizó el diputado Carles Campuzano i Canadés que, con fecha 28 de febrero de 2017, preguntó al Gobierno si tenía intención de regular el derecho a la desconexión digital de la misma forma que ya se había hecho en Francia⁹⁰⁰.

En un momento posterior, cuando ya estaba siendo objeto de debate parlamentario, se destaca la proposición no de ley del Grupo Unidos Podemos – En Comú Podem – En Marea⁹⁰¹ sobre la desconexión digital fuera del horario de trabajo. Ponen de manifiesto que las nuevas tecnologías han revolucionado el mundo del trabajo, poniendo en jaque el concepto de descanso. Sin dejar a un lado que estos avances permiten mayor flexibilidad laboral, ello no obsta a que se difuminen las fronteras entre la vida personal y la vida profesional⁹⁰².

Entendieron, por tanto, que legislar este derecho supondría adecuar a los tiempos que corren un derecho que ya tienen reconocido las personas trabajadoras pero que puede verse afectado por el uso de las herramientas tecnológicas. En consecuencia, instaron al

⁸⁹⁹ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L. PÉREZ DEL PRADO, D. (2017). “Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo”, *Fundación para el diálogo social*, pp. 21-22.

⁹⁰⁰ Pregunta 184/006367 [Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie D (General), nº 92, de 25 de enero de 2017, pág. 4].

⁹⁰¹ Proposición no de ley nº 162/000366 para su debate y aprobación por el Pleno. Proposición no de ley nº 161/001559 para su debate y aprobación en la Comisión de Empleo y Seguridad Social.

⁹⁰² ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A. (2020). “La influencia de las nuevas tecnologías sobre el derecho a la intimidad en el contexto laboral”, *Revista derecho de las relaciones laborales*, nº 11, p. 8.

gobierno a impulsar, de la mano de los agentes sociales, una norma que evitase que las personas trabajadoras continuasen interconectadas una vez finalizada la jornada laboral. Y, además, podría acompañarse con la introducción de un plan de formación y sensibilización en el uso de las tecnologías de la comunicación para ambas partes interesadas en el contrato de trabajo⁹⁰³, de esta manera, se podría aumentar la concienciación sobre la necesidad de salvaguardar la seguridad, salud y la conciliación familiar y personal de las personas trabajadoras.

Continuando en esta labor de impulso a la desconexión digital, el Partido Socialista también aportó interesantes proposiciones, pero desde el punto de vista de la protección de datos. Concretamente, en su proposición no de ley nº 161/001720⁹⁰⁴ instó a garantizar la privacidad de las personas trabajadoras en la utilización de medios digitales, preservar su intimidad frente a las tecnologías utilizadas por los empresarios y garantizar la desconexión digital finalizada la jornada laboral.

Tras un conjunto de proposiciones no de ley, el 24 de noviembre de 2017 se presentó para que fuese objeto de debate parlamentario el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal⁹⁰⁵. Es importante dejar constancia en este estudio que, en este primer texto, no se hacía referencia al derecho a la desconexión digital. La inclusión posterior del mismo se lleva a cabo por medio de varias enmiendas que, en gran medida, crean el contenido actual del art. 88 de la LOPD⁹⁰⁶ y la disposición final decimotercera y decimocuarta que modifica el ET⁹⁰⁷ y el EBEP⁹⁰⁸. Finalmente, tras el debido debate

⁹⁰³ BARRIOS BAUDOR, G.L. (2019). “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 21, p.21.

⁹⁰⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie D (General), nº 189, de 7 de julio de 2017, págs. 28 y 29.

⁹⁰⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, número 13-1, de 24 de noviembre de 2017.

⁹⁰⁶ Enmienda 307 Grupo Parlamentario Socialista. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, nº 13-2, de 18 de abril de 2018, página 195.

⁹⁰⁷ Enmienda 335 Grupo Parlamentario Socialista. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, número 13-2, de 18 de abril de 2018, páginas 212 y 213.

⁹⁰⁸ Enmienda 336 Grupo Parlamentario Socialista. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, número 13-2, de 18 de abril de 2018, páginas 212 y 213.

parlamentario, el texto remitido por el Congreso de los Diputados⁹⁰⁹ al Senado⁹¹⁰ fue aprobado por la cámara baja y, se aprobó por tanto, un texto legal, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre que, en gran medida, se ajusta a la realidad actual de las relaciones laborales y que consagra expresamente en su Título los nuevos derechos digitales en este ámbito.

Después del recorrido previo, interesa comenzar por señalar que la LOPD es buena muestra de que el legislador español ha seguido la senda marcada por el legislador francés (más que por el legislador italiano) y lo que la jurisprudencia tanto nacional como comunitaria había ido pautando al respecto. Y es que, consciente de los numerosos vaivenes y desavenencias en la jurisprudencia nacional y europea, ha venido a consagrar el derecho de privacidad en las relaciones laborales. Así, con la aprobación de esta ley, se reconoce un conglomerado de derechos digitales a las personas trabajadoras como respuesta a la conflictividad derivada del ejercicio abusivo del poder de dirección y control del empresario⁹¹¹. Siendo el objetivo concreto en estos momentos el derecho a la desconexión digital, éste viene reconocido expresamente en el art. 88 de la LOPD, precepto dividido en tres apartados que se proceden a analizar.

4.1. El marco conceptual del derecho a la desconexión digital: ¿constituye una reformulación de derechos laborales primarios en un contexto diferente?

En primer lugar, establece que “los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.”

⁹⁰⁹ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, número 13-6, de 26 de octubre de 2018

⁹¹⁰ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, XII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, número 306, de 26 de noviembre de 2018.

⁹¹¹ Como consecuencia de ello, se ha incluido tanto en el art. 20 bis del Estatuto de los Trabajadores, dentro de la Sección 2ª de los Derechos y deberes derivados del contrato como en el EBEP, en su art. 14. El primero, esto es, el art. 20 bis ET reza como sigue “Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de video vigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”. En cuanto al art. 14.j.bis) EBEP, su tenor literal es el siguiente: “Derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición y frente al uso de dispositivos de video vigilancia y geolocalización, así como a la desconexión digital en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”.

En una primera lectura del precepto se puede confirmar que el legislador español acomete el mismo error que las experiencias europeas de Francia, Italia y Bélgica, examinadas anteriormente. Una de las razones es que el art. 88 declara un mero reconocimiento a la desconexión digital sin esclarecer y determinar en qué consiste este concepto. De hecho, esta cuestión ha dividido totalmente a la doctrina iuslaboralista en tanto en cuanto se ha planteado la innecesaridad de este nuevo concepto constituyendo en sí misma una mera acción legislativa que peca de esnobismo legal en continuidad a la corriente europea estudiada⁹¹².

En suma, lejos de acontecer un nuevo marco jurídico se ha configurado un derecho que adolece de ambigüedad conceptual lo que en cierto modo justificaría el primer razonamiento expuesto. Es cierto que ha de reconocerse que acertadamente se focalizase la atención sobre la incidencia de las herramientas tecnológicas en lo que al alargue de la jornada de trabajo se refiere, pero sin embargo, no alcanza el mismo premio la positividad de un nuevo concepto digital⁹¹³. La explicación es bien sencilla y responde básicamente a la innecesaridad puesto que ya existen medios e instrumentos suficientes en nuestro ordenamiento jurídico para hacer frente a este riesgo. De este modo, advierte cierta parte de la doctrina que sería conveniente no caer en la creación futurista de figuras jurídicas dejando en la marginalidad a los conceptos tradicionales del Derecho del Trabajo⁹¹⁴.

⁹¹² VALLECILLO GÁMEZ, M^a R. (2017). “El derecho a la desconexión, ¿novedad digital o esnobismo del viejo derecho al descanso?”, *ob. cit.*, p. 167 y ss. MOLINA NAVARRETE, C. (2017). “Jornada laboral y tecnologías de la infor-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso”, *Temas laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 138, p. 271. TÁLENS VISCONTI, E.E. (2018). “La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva”, *ob. cit.*, p. 7. TASCÓN LÓPEZ, R. (2018). “El derecho a la desconexión de los trabajadores (potencialidades en el ordenamiento Español)”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 41, p. 5 y ss.

⁹¹³ VALLECILLO GÁMEZ no pone en duda que existe una dificultad en cuanto al control del cumplimiento de la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso. Máxime en tipologías contractuales como el trabajo a tiempo parcial, medidas de compensación horaria, cláusulas de disponibilidad o cómputo anual horario. Pero, sin embargo, considera que lo ideal hubiera sido dilucidar aspectos concretos de la ley a la realidad actual de las relaciones laborales en el espacio digital. Más que haber reiterado un derecho primario de la disciplina del Derecho del Trabajo “de manera simbólica sin introducir elementos motores del cambio”. VALLECILLO GÁMEZ, M. R. (2020). “El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados”, *ob. cit.*, p. 219.

⁹¹⁴ En este sentido, entre los más críticos al respecto se muestra MOLINA NAVARRETE al considerar la imperiosa necesidad de garantizar la efectividad de los derechos ya reconocidos frente al modernismo esnobista de los nuevos que adolecen de brillantez pero adolecen de sentido práctico en su fondo. *Vid.*, en MOLINA NAVARRETE, C. (2017). “El tiempo de los derechos en un mundo digital: ¿existe un nuevo derecho humano a la desconexión digital de los trabajadores fuera de la jornada?”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo LXVII, Vol.1, nº 269, pp. 981-919. Y reiteradamente, al manifestar que “hay que huir del exceso de esnobismo y artificialidad en los derechos de nuestro tiempo, evitando crear cortinas

Por otra parte, abandonando el abordaje más crítico a este respecto, voces como la de PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL que se muestran atónitos por este conflicto doctrinal puesto que el concepto adolece de la “suficiencia expresiva como para impedir su lectura minimizadora⁹¹⁵”. De tal modo que, llevando a cabo una lectura indirecta del término, la desconexión digital sería aquel derecho que tomaría virtualidad fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido. Es decir, este derecho estaría ubicado en el espacio del derecho al descanso de las personas trabajadoras y que en sí mismo abre la puerta al tiempo de conciliación de la vida laboral y familiar⁹¹⁶, en definitiva, al periodo de ocio y disfrute, en definitiva, de su tiempo libre.

En un intento de dar respuesta a la teoría sobre la suficiencia legislativa respecto a la protección del tiempo de trabajo y tiempo de descanso, ¿por qué era necesario reformular el concepto de tiempo de trabajo en un espacio digital?⁹¹⁷ En la actualidad, son incuestionables las numerosas ventajas que presenta el uso del móvil, el ordenador o de aplicaciones como el GPS o WhatsApp, en cuanto a las facilidades que ofrece de poder realizar la prestación laboral en cualquier parte y en cualquier momento. Pero, no todo son ventajas. Los avances de la tecnología pueden causar perjuicios físicos como psíquicos en la salud de las personas trabajadoras por la inmediatez y la necesidad de estar conectados permanentemente influyendo en el bienestar social y familiar. Ante el mal uso de las herramientas de conexión laboral pueden dar lugar a la figura del síndrome burnout o “trabajador quemado”, generado por la acumulación de estrés⁹¹⁸.

de humo sobre lo esencial: garantizar la efectividad de los periodos de descanso, esto es, hacer efectivo el clásico derecho, hoy social fundamental; no proponer a bombo y platillo pretendidos nuevos derechos bajo cuya fascinante denominación modernista no habría contenido o mejora real”. MOLINA NAVARRETE, C. (2017). “Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: desconexión digital”, *ob. cit.*, p.83.

⁹¹⁵ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (2019). “Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador”, *Revista Trabajo y Derecho*, n° 59, p. 12.

⁹¹⁶ LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2021). “Trabajo remoto y derecho a la desconexión digital ante el riesgo de la flexibilidad horaria”, *ob. cit.*, p. 85.

⁹¹⁷ Siguiendo a PÉREZ CAMPOS, si bien la tecnología implica beneficios en la vida de las personas también resulta indispensable delimitar su uso, posibilitando la desconexión cuando sea necesario a fin de desvanecer usos insalubres. De esta forma, el objetivo sería evitar que la propia flexibilidad laboral en contexto digital desvaneciera los ámbitos privados y profesionales. Distorsión que conllevaría consecuencias negativas para el bienestar y calidad de vida de los trabajadores. PÉREZ CAMPOS, A. I. (2019). “La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, n° 52, p. 110.

⁹¹⁸ RODRÍGUEZ REIS, G. D. (2020). “El derecho a la desconexión digital en la relación laboral y su impacto en la salud de los trabajadores”, *Noticias Cielo*, n° 3., p. 2.

El uso desmedido y desproporcionado de las tecnologías en el ámbito laboral pueden ocasionar la imposibilidad de separar la vida personal y familiar del trabajo, causando riesgos en su salud por esta disponibilidad inmediata. Ello puede suponer que las jornadas de trabajo se puedan convertir en interminables⁹¹⁹, de hecho, puede darse el supuesto de responder correos, conectarse a la red o responder al teléfono móvil a cualquier hora. Estamos ante uno de los inconvenientes más claros, “la conexión, permanente y constante del trabajador ante los requerimientos laborales que vayan presentando⁹²⁰”.

Tras la reflexión anterior, es sabido por todos que tales situaciones se producen en el escenario actual de la sociedad de los sistemas de la información. Ante esta afirmación, como expresa ALEMÁN PÁEZ, se requiere de elementos que corrijan las potenciales vulneraciones de derechos ya que sólo así podrá mitigarse la “debilidad tecnológica” en la que está inmersa la fuerza laboral en este proceso de digitalización⁹²¹.

En suma, el derecho a la desconexión digital constituye un derecho atribuido a personas trabajadoras insertas en una relación laboral o estatutaria, pero que, sin embargo, ha gozado de un tratamiento distinto para ambos casos. En el ámbito del derecho del trabajo, el derecho a la desconexión digital constituye un derecho inespecífico de la relación laboral puesto que su operatividad y virtualidad tiene lugar única y exclusivamente en este campo⁹²². Por otro lado, es un derecho irrenunciable *ex art.* 3.5 ET y de carácter extrapatrimonial en tanto en cuanto es personalísimo y no puede ser objeto de transmisión a terceros. Y ello pese a que el legislador eligió que el derecho a la desconexión digital pasase a formar parte en un nuevo art. 20 bis con un contenido genérico. Téngase en cuenta que se desarrolla en dentro de la Sección 2ª de los “Derechos y Deberes derivados del contrato”, del Capítulo II “Contenido del Contrato de Trabajo”. Cuando la elección correcta hubiera sido su integración en la Sección 2ª “Derechos y

⁹¹⁹ RODRÍGUEZ DE PAZ, A. (14 de noviembre de 2019). Conciliar y ser productivo: ni presentaciones ni reuniones de más de 45 minutos, *La Vanguardia*, disponible en <https://www.lavanguardia.com/economia/>

⁹²⁰ TORRES GARCÍA, B. (2020). “Sobre la regulación legal de la desconexión digital en España: valoración crítica”, *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 8, nº 1, p. 241.

⁹²¹ ALEMÁN PÁEZ, F. (2020). “Especialidades de las facultades de control en el trabajo a distancia. Aspectos materiales, institucionales y valorativos”, *Revista Temas Laborales*, nº 153, p. 42.

⁹²² Se remite de nuevo al estudio de los derechos fundamentales inespecíficos abordado en capítulos anteriores. *Vid.*, PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. (1991). *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Madrid, España, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 31-34. PALOMEQUE LOPEZ, M.C. ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (2001). *Derecho del Trabajo*, 9ª edición, Centro de Estudios Ramón Acero S.A., Madrid, p.147-148.

deberes laborales básicos” del Capítulo Primero “Disposiciones Generales”, concretamente en el art. 4 del ET. Por el contrario, en el ámbito de los empleados públicos la ubicación elegida fue la más acertada al respecto, en el art. 14 j bis) “Derechos individuales” en el Capítulo I - Derechos de los empleados públicos del Título III - Derechos y Deberes, código de conducta de los empleados públicos”.

Una de las singularidades que sobrevuela al derecho a la desconexión digital es que se ha configurado efectivamente como un derecho que consecuentemente implica directamente una obligación del empresario⁹²³ de respetar este espacio de descanso digital de las personas trabajadoras⁹²⁴. En este punto, el ejercicio de la desconexión digital por las personas trabajadoras confronta directamente respecto al poder de control y vigilancia del empresario *ex art. 20.3 ET*, pero también es oponible *erga omnes* frente a los demás compañeros inclusive los superiores jerárquicos *ex art. 88.3 LOPD*⁹²⁵.

Por consiguiente, el campo de actuación de la desconexión digital es singularmente extenso ya que el empresario no es el único obligado a respetar su ejercicio y disfrute por el trabajo. El objetivo en este caso será doble: por una parte, evitar que la adicción al trabajo favorezca la conexión, reconexión y, por ende, hiperconexión prolongada de las personas trabajadoras a los dispositivos electrónicos para continuar prestando sus servicios laborales; como, por otra, dado el carácter dependiente y jerárquico característico de las relaciones laborales constituya un hándicap negativo añadido para

⁹²³ Esta opción ha sido la elegida por Portugal, es decir, configurar el derecho a la desconexión digital desde la perspectiva del empresario como deber de estricto cumplimiento. Su introducción se ha llevado a cabo a través de la Ley no 83/2021 del 6 de diciembre por la que se modifica el régimen de teletrabajo, modificando el Código de Trabajo y la Ley nº 98/2009, de 4 de septiembre, que regula el régimen de reparación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. La propuesta legislativa de Portugal ha sido regular de forma indirecta el derecho a la desconexión digital que, al igual que el resto de los ejemplos europeos, no incluye concepto alguno sobre este derecho digital. Pero sin embargo, ha optado por incluir otra fórmula, así en el art. 199 a) de la ley se prevé el deber de abstención del empresario de contactar con el trabajador excepto en situaciones de fuerza mayor. Así mismo, introdujo un régimen infractor puesto que determina que en el caso de probarse su incumplimiento por el empresario puede constituir la comisión de una falta administrativa grave.

⁹²⁴ En este sentido LANTARÓN BARQUÍN se desmarca de la tendencia generalizada que sigue la doctrina para identificar a la desconexión digital entre una vertiente positiva (como derecho del trabajador) y una vertiente negativa (como deber del empresario). Desde su punto de vista, lo más acertado sería “como opción metodológica hablar de derecho a la desconexión digital, en realidad (como) derecho-deber”. *Vid.*, LANTARÓN BARQUÍN, D. (2022). “Encrucijadas y direcciones del derecho a la desconexión digital del trabajador: especial atención al ámbito preventivo”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, nº 250, p. 14-15.

⁹²⁵ MEGINO FERNÁNDEZ, D. LANZADERA ARENCIBIA, E. (2020). “El derecho a la desconexión digital: delimitación y análisis. Aplicación práctica en la administración pública”, *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria = Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº 18, p. 68.

las personas trabajadoras. Ello generaría la estimulación de sentimientos de intranquilidad e inestabilidad emocional en las personas trabajadoras por no atender los continuos y reiterados requerimientos por el empresario en ejercicio de sus facultades directivas o, por sus superiores jerárquicos, por las consecuencias negativas que pudiera tener pese a que se realizan fuera de su jornada laboral máxima estipulada. Y, en consecuencia, conllevaría a impedir el respeto y disfrute de los derechos fundamentales que integra la desconexión digital, el tiempo de descanso, la conciliación laboral y familiar, el derecho a la intimidad personal y familiar y a la salud⁹²⁶.

Efectivamente, una de las principales causas por las que las personas trabajadoras optan por continuar expuestas a los requerimientos de la empresa es por el miedo de perder su empleo o de demostrar su valía, bien al empresario o al superior jerárquico, mostrando una actitud comprometida con los valores de la entidad. Por contraposición a este argumento, el verdadero beneficio debería ser alcanzar el respeto y disfrute de la salud, la conciliación y el descanso digital de las personas trabajadoras, ya que el art. 5 del ET insta precisamente a las personas trabajadoras a “cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y la diligencia”. A este respecto, el deber de la buena fe en las relaciones laborales también ha sido objeto de estudio por la doctrina jurisprudencial en cuanto a ser determinante para ambas partes, trabajador (en cuanto a evitar abusos de confianza) y empresario (respecto al ejercicio de su potestad de control y supervisión).

Dicho lo anterior, el TS en su sentencia 3592/2017 de 21 de septiembre de 2017 examinó esta cuestión⁹²⁷ y en su fundamento jurídico segundo, fue bastante elocuente al considerar que el deber de actuar conforme a las reglas de la buena fe que el art. 5. letra a) ET impone a las personas trabajadoras constituye uno de los deberes laborales básicos a los que deben ajustar su actuación. Por otro lado, reitera que el art. 20.2 ET dispone que las personas trabajadoras y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe, puesto que es uno de los pilares sobre el que descansa la

⁹²⁶ Es por lo que el bien jurídico es significativamente extenso ya que abarca un conglomerado de derechos fundamentales que llevan a aparejados unos mecanismos de tutela que deben observarse en caso de vulneración de estos. ALTÉS TÁRREGA, J.A. YAGUÉ BLANCO, S. (2020). “A vueltas con la desconexión digital: eficacia y garantías de *lege lata*”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol.1, nº 2, pp. 66-67.

⁹²⁷ N° de recurso de casación para unificación de la doctrina 2397/2015, Id Cendoj: 28079140012017100666. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ead48767bb843d16/20171020>

prestación laboral. Ninguna duda cabe que las personas trabajadoras han de cumplir escrupulosamente con ese deber en el lugar y horario de trabajo. Y, por otro lado, es igualmente indudable que esa obligación se mantiene, pero se relaja y flexibiliza enormemente, cuando no se encuentra en el lugar y horario de trabajo, sino que está en la esfera privada de su vida personal que tiene derecho a disfrutar de manera totalmente ajena a los intereses de su empresa. Pero esto no quiere decir que durante ese periodo disponga de bula absoluta para realizar actuaciones que vayan en perjuicio de la empresa.

Dicho brevemente y desde otra perspectiva, podría entenderse que las personas trabajadoras también podrían, de forma voluntaria y atendiendo a la normativa vigente, observar y respetar su obligación de no conectarse fuera de la jornada laboral. Por lo cual, disfrutaría plenamente de su derecho a la desconexión digital pudiendo conciliar su vida personal y familiar con la profesional. Si se lleva a cabo una interpretación positiva del art. 20.2 ET, con el fin de alcanzar la plena eficacia del derecho a la desconexión y el principio de buena fe, la persona trabajadora debe actuar con una diligencia y colaboración mínima. En este sentido y de forma paralela, el empresario también se encuentra compelido y habilitado tanto en la normativa laboral como de protección de datos (que se analizará más adelante) a regular mediante la política interna adoptada para garantizar este cumplimiento.

No obstante, se ha analizado el cumplimiento y respeto del derecho de forma horizontal y vertical y con virtualidad descendente. Pero, sin embargo, si se analiza su virtualidad en forma vertical ascendente el cumplimiento de este derecho podría quedar en entredicho. Téngase en cuenta que el personal de alta dirección queda relegado a su propia regulación en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. Y que en virtud del art. 4.2 e) y 7 de la norma pueden determinarse periodos de dependencia temporal y asistencia continuada que podrían conculcar legítimamente el derecho a la desconexión digital. Lo que en cierto modo se justifica con pactos de remuneración acordes a estas circunstancias de dedicación e implicación personal que sobrepasan el periodo de descanso tradicional. Es por lo que, habría que estar a lo estipulado en las cláusulas contractuales del contrato del personal de alta dirección para conocer cuál es su situación de dependencia y disponibilidad frente a la empresa a efectos de exigir o reclamar el respeto del derecho a la desconexión digital⁹²⁸.

⁹²⁸ *Vid.*, TRUILLO PONS, F. (2022). “Las personas trabajadoras que ocupan puestos directivos y su derecho a la desconexión digital en el trabajo”, *Revista IUSLabor*, nº 1, pp. 155-158.

Concluyendo con este análisis, ya se ha manifestado que el objetivo a proteger es respeto y disfrute del tiempo de descanso, la conciliación laboral y familiar y el derecho a la intimidad frente al empresario o los propios compañeros de trabajo. Pero, sin embargo queda una cuestión por determinar, ¿cómo y a través de qué medios puede transgredirse este derecho? Pues sin lugar a duda y dado el contexto digital, la finalidad es evitar la lesión del derecho con independencia del canal por el que se infiera dicha infracción, sea analógico o digital⁹²⁹. Sin embargo, es evidente que el foco se ha centralizado en cuestionar las herramientas digitales ya que constituyen el principal vehículo de transgresión de este derecho. Básicamente por las propias características de este tipo de dispositivos, conexión y respuesta inmediata, disponibilidad temporal y geográfica, rapidez, sencillez, entre otras⁹³⁰. No obstante, quizás el punto más relevante es la posibilidad a las que se prestan este tipo de tecnologías, el doble uso al que pueden atender, personal y profesional. Es aquí donde surge esta difuminación de los espacios temporales que irrumpen el ámbito de protección de los derechos fundamentales involucrados y que impiden la tan ansiada desconexión digital.

Tras el desarrollo de la sociedad digital moderna se ha acrecentado la dependencia a la utilización de este tipo de herramientas para cualquier gestión, trámite o comunicación social. En cierto modo constituye una estricta necesidad para relacionarse o cumplir con ciertas obligaciones como ciudadanos, hasta tal punto de normalizar su posesión y utilización totalmente extenuada como desproporcionada. Ello trae como principal consecuencia que la persona trabajadora siquiera pueda distinguir entre ambos usos o espacios temporales, el personal y profesional, que necesariamente debieran ser impermeables, sin superposición entre ambos.

⁹²⁹ MEGINO FERNÁNDEZ, D. LANZADERA ARENCIBIA, E. (2020). “El derecho a la desconexión digital: delimitación y análisis. Aplicación práctica en la administración pública”, *ob. cit.*, p. 68.

⁹³⁰ No obstante, la STSJ de Galicia 3070/2021 desestima la validez de la notificación del despido efectuado por vía WhatsApp por dos motivos. El primero, porque no cumple con el contenido del art. 55.1 ET puesto que considera el TSJ que “no todo lo enviado por esta vía puede ser considerado como una comunicación válida y, muchos menos, surtir los mismos efectos que una notificación por escrito clásica, en la que consta la firma del empresario o su representante y se acredita la recepción del trabajador de la misma, bien mediante su firma en la copia; firma de uno o varios testigos de que la carta de despido se ha entregado, caso de no querer o poder hacerlo el destinatario; acuse de recibo y certificado de contenido de la comunicación remitida por burofax, etc”. Y, por otro lado, porque estima que no es exigible que el trabajador, fuera del horario de trabajo, se encuentre plenamente disponible y conectado a su dispositivo personal con conexión a internet porque ello conculca el derecho a la desconexión digital *ex art. 88 LOPD*. Nº de recurso suplicación 47/2021, Id Cendoj: 15030340012021101971. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9bf42d0ce1e17550/20210713>

En definitiva, respecto al contenido y la naturaleza del derecho a la desconexión digital se ha podido examinar tanto su concreción terminológica como práctica de su ejercicio, entre otras cuestiones, debido a la indefinición conceptual⁹³¹, la delimitación de su contenido y ámbito de actuación, modo de ejercitarlo, tiempo y lugar de ejercicio y disfrute. Cuestiones que, sin embargo, como se ha adelantado, se han intentado esclarecer al menos doctrinalmente y que, en cierto modo, han quedado relegadas a su desarrollo por la negociación colectiva que pasa a ser analizada a continuación.

4.2. El goce y disfrute de la desconexión digital por las personas trabajadoras: ¿quiénes protagonizan la modulación de este derecho y para qué fines?

En segundo lugar, “las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores”. La negociación colectiva y la RLT en la empresa⁹³² serán los encargados de articular el ejercicio del derecho a la desconexión digital a través del convenio colectivo o el acuerdo de empresa. A través de esta fórmula legal habilitada en nuestro ET⁹³³, todos los interesados en este asunto, la RLT y el empresario, deberán ponerse de acuerdo y reflexionar sobre la adaptación de las nuevas tecnologías al ámbito de las relaciones laborales.

El propio RGPD en su considerando 155 determina tanto el alcance como la eficacia que puedan alcanzar los convenios colectivos respecto a la protección de datos en el ámbito laboral y reconoce la posibilidad de incluir a través de los convenios colectivos o acuerdos de empresas, normas específicas en cuanto al tratamiento de datos de la plantilla. Por otro lado, el art. 88 del RGPD desarrolla el contenido de este considerando al establecer que los estados miembros podrán utilizar como cauce de

⁹³¹ CARDONA RUBERT, B. (2020). “Los perfiles del derecho a la desconexión digital”, *Revista de Derecho Social*, nº 90, p. 113.

⁹³² Nuestra carta magna garantiza este hecho en el art. 37 que “la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios”.

⁹³³ La negociación colectiva se encuentra regulada en el art. 4 “Derechos laborales” dentro de la Sección 2ª, Capítulo I del Título I del ET y luego en el art. 37 de la Constitución Española en la Sección 2ª, Capítulo II del Título I “De los derechos y deberes fundamentales”.

regulación a los convenios colectivos, en aspectos como, “el ejercicio y disfrute individual o colectivo de los derechos y prestaciones relacionados con el empleo” o la “salud y seguridad en el trabajo”. En cuanto a la LOPD, el art. 91 habilita a los convenios colectivos para establecer garantías adicionales a los derechos y libertades que puedan verse afectados por el tratamiento de datos en el ámbito laboral. Además, le encomienda la salvaguarda de los derechos digitales en este terreno, mención expresa de ello la encontramos en la encomienda de fijar las modalidades del ejercicio de la desconexión digital *ex art. 88.2 LOPD*⁹³⁴.

En el ordenamiento jurídico español, la libertad de regulación por la negociación colectiva está contemplada en la Constitución Española, *ex art. 37*, que les otorga fuerza vinculante. Por otro lado, la ley que garantiza el derecho a la negociación colectiva es el propio ET- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores- el cual habilita en el art. 85.1 al convenio colectivo a regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de las personas trabajadoras y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales.

Por tanto, se ha puesto de manifiesto que la negociación colectiva cuenta actualmente con un amplio campo de actuación en la regulación específica del tratamiento de datos en las relaciones laborales⁹³⁵, en concreto, en el respeto de los nuevos derechos digitales entre los que se incluye el de desconexión digital.

Como se ha podido comprobar, tanto la normativa comunitaria como la nacional han facilitado a la negociación colectiva un espacio interesante de innovación jurídica con el fin de regular los derechos digitales⁹³⁶. Y, por ende, el tratamiento directo de derechos laborales en un contexto laboral digital como es el caso de la desconexión digital

⁹³⁴ MIÑARRO YANINI parte de que esta encomienda es incuestionable, tanto en la dimensión de conciliación dado el llamamiento a la negociación colectiva en este aspecto *ex art. 88.2 LOPD*, como en el ámbito preventivo *ex art. 88.3 LOPD*. MIÑARRO YANINI, M. (2019). “La desconexión digital en la práctica negocial: más forma que fondo en la configuración del derecho”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 440, p. 7.

⁹³⁵ SIERRA HERNAIZ, E. (2020). “El papel de la negociación colectiva en el tratamiento de los datos personales de los trabajadores”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 152, p.121.

⁹³⁶ BAZ RODRÍGUEZ, J. (2019). “Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital”, *Wolters Kluwer*, Madrid, pp. 15 y ss.

que, indirectamente, prevé la salvaguarda y disfrute de derechos tradicionales como el tiempo de descanso, permisos, vacaciones⁹³⁷, intimidad personal y familiar, conciliación laboral, personal y familiar así como el derecho a la salud laboral⁹³⁸.

Sin embargo, también sería interesante en este análisis poner de relieve si el carácter finalista pretendido por la LOPD de utilizar a la negociación colectiva como instrumento regulador se cumple en la práctica. Ya que la operatividad de la negociación colectiva es diversa, es necesario remitirse en primer lugar al Capítulo I “Del derecho de representación colectiva” del Título II “De los derechos de representación colectiva y de reunión de los trabajadores en la empresa”. Teniendo en cuenta que el art. 62 ET determina preceptivamente respecto a la elección de RLT por los delegados de personal en empresas de más de 10 y menos de 50 empleados, ello podría suponer un problema. La razón principal es que según los datos elaborados por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, existen 2.853,080 pymes (0-249 asalariados) que ofrecen un total de 10.099,411 empleos.

El estudio realizado por el ministerio constata que el tejido empresarial español está constituido prácticamente por microempresas 1.100,415 (1-9 asalariados), pequeña empresa 148.034 (10-49 asalariados), y la mediana empresa 23.977 (50-249). En este sentido, la gran empresa en nuestro país está representada por 4.783 entidades constituyendo en el global tal solo un 0,17 % frente al 99,83 que aglutina la PYME. Ello supone que, dado que el art. 62.1 solo habilita la posibilidad de nombrar a un representante por acuerdo mayoritario de la plantilla en empresas de entre 6-10 empleados, existe un grueso del tejido empresarial español que vería mermada la concreción negociadora *ex art. 88 LOPD*⁹³⁹.

⁹³⁷ La STSJ de Madrid 100/2022 reconoce que, efectivamente, el envío de correos electrónicos en periodos de vacaciones no requiere su contestación por las personas trabajadoras porque no sería acorde con el cumplimiento y respeto del derecho a la desconexión digital *ex art. 88 LOPD*. N° de recurso suplicación 20/2022, Id Cendoj: 28079340052022100128. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e6e0794e3332573a/20220407>

⁹³⁸ Aspectos que son tenidos en cuenta en el Acuerdo Marco Europeo sobre digitalización, Vid., SEPÚLVEDA GÓMEZ, M. (2021). “El Acuerdo Marco Europeo sobre digitalización. El necesario protagonismo de la norma pactada”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n° 158, p. 242.

⁹³⁹ Vid., una crítica sobre el poder de negociación en TRUJILLO PONS, F. (2020). “El ejercicio del derecho a desconectar digitalmente del trabajo: su efectividad en las empresas”, *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, n° 44, p. 8.

Por tanto, conforme a los datos se manifiesta que existe una “falta de penetración de la representación en estas empresas que provocará que la concreción de las modalidades de su ejercicio tenga que ser determinada a través del contrato individual de trabajo⁹⁴⁰”. Y es que, dado que el desequilibrio interpartes es un rasgo idiosincrásico de la relación laboral, es factible que las personas trabajadoras asuman una mayor vulnerabilidad en estos casos al momento de concretarse este tipo de medidas en el contrato de trabajo. Lo que en cierto modo, pone de relieve que a través de la imposición de una política o medida empresarial no garantista o desdeñable en el contrato de trabajo pudiera condicionarse el ejercicio de su derecho *ex art. 88.1 LOPD*.

Si, en una primera lectura, pudiera pensarse que es insuficiente lo cierto es que se aplaude la estrategia adoptada ya que se constata una ampliación terminológica del concepto de desconexión digital *ex art. 88 LOPD* así como una serie de actuaciones a implementar coetáneamente a modo de culturalizar, sensibilizar y garantizar su respeto.

Una cuestión que también se ha puesto sobre la mesa en cuanto a la forma de abordar el desarrollo de la desconexión digital es a través del art. 83.3 ET. Es decir, a través de los Acuerdos Interprofesionales suscritos entre las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas de carácter estatal o de Comunidad Autónoma que tienen el tratamiento establecido para los convenios colectivos. De tal modo que a través de este medio al cual se le reconoce el mismo tratamiento que para los convenios colectivos, pueden regularse materias concretas dando pie a fijar las modalidades y medidas a adoptar respecto al cumplimiento de la desconexión digital.

Prueba de esta posibilidad es el Acuerdo Interprofesional de Cataluña (2018-2020)⁹⁴¹ son conscientes de abordar por primera vez aspectos relacionados con las nuevas tecnologías que suscitan cuestiones en problemáticas en el mercado de trabajo. Entre ellas, por su puesto la desconexión digital, a fin de encontrar “nuevos equilibrios con el derecho a la conciliación de la vida laboral y personal, conscientes además, de las posibles distorsiones que el desarrollo de las comunicaciones provoca en el tiempo de trabajo y los usos sociales del tiempo, y de los riesgos para la salud de las personas y la obligación de prevenirlos, orientamos al hecho que la negociación colectiva valore esta nueva

⁹⁴⁰ ARRUGA SEGURA, M^a. C. (2021). “Las implicaciones del derecho a la desconexión digital en la prestación de trabajo y en el trabajo regular”, *Revista Derecho Social y empresa*, nº 15, p. 81.

⁹⁴¹ RESOLUCIÓN TSF/2053/2018, de 4 de septiembre, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo Interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020 (código de convenio núm. 79100065092016).

realidad”. Y respecto a la concreción de medidas a implementar por los convenios colectivos señalan:

- Las personas trabajadoras tienen el derecho, a una vez concluida su jornada laboral, que se respete el tiempo de descanso y vacaciones, así como su vida familiar y personal, hecho que comporta no atender comunicaciones telefónicas, mensajes o correos electrónicos, valorando las diferentes casuísticas y tratamientos diferenciados que puedan existir.
- En el ámbito de la empresa, y de forma negociada con la RLT, se podrá elaborar un protocolo que formalice este nuevo aspecto.
- Asimismo, se pondrá en marcha actuaciones de comunicación y sensibilización, dirigidas a las plantillas y los mandos intermedios, y a la misma dirección de la empresa, sobre las pautas de trabajo derivadas del protocolo, y sobre el uso razonable de las comunicaciones y medios digitales.”

Pero entonces, ¿puede traer consecuencias negativas para el trabajador la deferencia entre las distintas posibilidades de negociación conforme a las características del sistema productivo español? Pues *a priori* y tras lo anterior, parece que la respuesta debe ser afirmativa, aunque, no debería mirarse con recelo la concreción de las modalidades del ejercicio de desconexión digital en el contrato de trabajo por los motivos que se expresarán a continuación. Pudiendo significar un instrumento con una relevancia trascendental para el disfrute y bienestar de los trabajadores en un contexto de digitalización de las relaciones laborales.

En definitiva, y como acertadamente ha manifestado CASAS BAAMONDE “es innegable el papel central y ordenador de las relaciones laborales de la negociación colectiva⁹⁴², constituyendo uno de los pilares del derecho del trabajo. Entre sus características se encuentra implementar el equilibrio entre las desigualdades que puede ocasionar el contrato de trabajo entre el empresario y el trabajador, corrigiéndolas y delimitándolas. Estamos ante un poder de la sociedad y del trabajador que es ejercitado a través de sus representantes para hacer valer la defensa de sus intereses ante los órganos de dirección empresarial⁹⁴³”.

⁹⁴² MIÑARRO YANINI, M. (2019). “La desconexión digital en la práctica negocial: más forma que fondo en la configuración del derecho”, *ob. cit.*, p.17.

⁹⁴³ CASAS BAAMONDE, M. E. (2014). “Reforma de la negociación colectiva en España y sistema de relaciones laborales”, *Cuadernos de relaciones laborales*, Vol. 32, nº 2, p. 288. Continúan los autores diciendo que “el derecho a la negociación colectiva está integrado dentro del contenido del derecho

La negociación colectiva deberá dar un paso adelante y ser capaz de adoptar convenios colectivos innovadores en esta materia digital⁹⁴⁴, en los que comienza a predominar el teletrabajo deslocalizando la prestación laboral (se difumina el aspecto locativo de la misma). Porque las TIC comenzaron a cambiar el panorama de las relaciones laborales hace tiempo ya permitiendo la transformación de los conceptos de lugar y tiempo de trabajo, pudiendo realizarse conforme al concepto anglosajón “*anytime, anywhere*” y la estrategia que deberían adoptar las representaciones sindicales y empresariales sería la de “intentar compaginar conjuntamente el proceso de deslocalización a través del teletrabajo con la permanente y continua disponibilidad del trabajador de atender las indicaciones empresariales⁹⁴⁵”.

El objetivo, en definitiva, será conseguir que en los convenios colectivos se alcance el equilibrio necesario entre el poder de dirección y organización de la jornada laboral por el empresario y el respeto de los derechos de intimidad personal y familiar de las personas trabajadoras para facilitar la desconexión del trabajo más allá de dicha jornada.

Por tanto, deberán valorarse tanto los aspectos positivos como los negativos a la hora de convenir y redactar el convenio, teniendo en cuenta las características de cada puesto de trabajo y la incidencia que pudiera generar el uso desmedido de las herramientas tecnológicas en cada persona trabajadora. Siguiendo estas consideraciones podrá cumplirse a través del convenio colectivo, como establece el art. 82 ET, “la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos (representantes de los trabajadores y empresarios) en virtud de su autonomía colectiva”.

4.3. El papel asumido por la empresa para el ejercicio de la desconexión digital: ¿constituye un cambio en las formas de ordenación y organización en la empresa?

En tercer lugar, respecto al deber empresarial, el art. 88 destaca que “el empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna

fundamental a la libertad sindical. Ejerciendo, los sindicatos la negociación colectiva como medio de acción necesaria en un Estado democrático”.

⁹⁴⁴ BARRIOS BAUDOR, G.L. (2019). “El derecho a la desconexión digital en el ámbito(..) *ob. cit.*, p. 15.

⁹⁴⁵ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a. L. (2018). “Sindicalismo y negociación colectiva 4.0”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 144, p. 32.

dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática⁹⁴⁶. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas”.

Respecto a este último apartado del precepto, ha de entenderse que, en defecto de regulación convencional, podrán adoptarse acuerdos de empresa o directrices, siempre y cuando exista consenso entre el empresario y los representantes de los trabajadores, respecto de alcanzar la eficacia plena en el respeto de este derecho. En buena medida, consistirá en adoptar una política interna en materia de protección de datos que abarque un protocolo de buenas prácticas en el uso de las tecnologías y herramientas tecnológicas. A partir de estas pautas, deberá analizarse cómo debe protegerse la desconexión digital de las personas trabajadoras que permita conciliar su vida personal y familiar del ámbito laboral, atendiendo a las características del puesto o de la modalidad de trabajo que se desarrolle. La configuración de la política interna de la empresa supone para estas un elemento de distinción en cuanto a la gestión de la calidad y de compromiso con el bienestar de sus empleados⁹⁴⁷.

Al fijar el art. 88.3 de la LOPD un contenido de mínimos de la política, el objetivo principal de esta acción formativa y de sensibilización corporativa, será evidentemente a fin de evitar que las personas trabajadoras puedan sufrir episodios de fatiga informática.

Y no faltan motivos puesto que el debate es totalmente acertado dado el contexto de digitalización de las relaciones laborales que implica una interconectividad personal excesiva y prolongada⁹⁴⁸. A raíz de esta interacción digital-laboral conlleva una mayor

⁹⁴⁶ Patología que viene a ser consecuencia como indica MOLINA NAVARRETE de una “servidumbre tecnológica” que se antoja “relativamente voluntaria”, ante la imposibilidad de calificarla como esclavitud ya que “ni siquiera podría suceder metafóricamente”. *Vid.*, MOLINA NAVARRETE, C. “La salud psicosocial, una condición de trabajo decente: el “neo-taylorismo digital” en clave de (pérdida de) bienestar”, en CORREA CARRASCO, M. C. QUINTERO LIMA, M^a. G. (2020). *Los nuevos retos del trabajo decente: la salud mental y los riesgos psicosociales (Objetivos de Desarrollo Sostenible 3, 5, 8, 10)*, Universidad Carlos III de Madrid, p.30. Disponible en <http://hdl.handle.net/10016/29725>

⁹⁴⁷ JÁUREGUI ATONDO, R. (2005). “La empresa responsable en la nueva sociedad”, *Revista Economistas*, nº 106, p. 25.

⁹⁴⁸ Sobre la posición de adoptar medidas más activas que limiten la voluntad las personas trabajadoras a conectarse *Vid.*, MELLA MÉNDEZ, L. (2016). “Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores”, *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, nº

incidencia si cabe en la ruptura de los tiempos de trabajo y descanso posibilitando situaciones de conexión y reconexión continuas que tienen consecuencias drásticas para las personas trabajadoras. Estas consecuencias han sido identificadas y se las ha catalogado de riesgos emergentes o riesgos psicosociales asociados a la interacción humana con la tecnología. Surgen así viejos conocidos de la política preventiva psicosocial que han sufrido una evolución técnica en su tipología, denominándose en una era y área digital como “tecnoestrés”, “tecnofatiga” o incluso la “tecnoadicción”⁹⁴⁹, propósito a evitar tal como estima este apartado del art. 88 LOPD.

Un aspecto que goza singularidad propia pero que se encuentra interconectado con la desconexión digital es el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, que ha ocupado una en la práctica un espacio en la regulación interna por las empresas ante los cambios socio laborales actuales. Una de las principales razones, desde una perspectiva de género, ha sido el notable aumento en la incorporación de la mujer al mercado de trabajo en las últimas décadas⁹⁵⁰. Por lo tanto, las necesidades de conciliar la vida privada y familiar con la estrictamente laboral están asociada a los cambios sociales que sufre la sociedad en general.

El ámbito de las relaciones laborales no es ajeno a esta situación y, por ello, muchas empresas han adoptado políticas para intentar alcanzar el reparto equilibrado de las tareas familiares⁹⁵¹. Entre otras, la flexibilización de los tiempos y lugares de trabajo, mejora de los permisos por motivos familiares o de ayudas en centros propios o externos de atención

16, p.11. FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (2017). “NTIC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora”, *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, nº 2, p.87. MANZANO SANTAMARÍA, N. (2017). “Tecnologías de la información y la comunicación y nuevas formas de organización del trabajo: análisis psicosocial”, *Revista Seguridad y Salud en el Trabajo*, nº 92, p.32.

⁹⁴⁹ Vid. en profundidad BROD, C. (1984). *Technostress: The human cost of the computer revolution*. Reading Mass: Addison-Wesley, pp. 553–556., SALANOVA, M., CIFRE, E. Y MARTÍN, P. (1999). El proceso de ‘Tecnoestrés’ y estrategias para su prevención. *Revista Prevención, Trabajo y Salud*, nº 1, pp. 18-28., INSHT. (2004). *Tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial*, NTP 730., MERCADER UGUINA, J.R. (2018) “Riesgos laborales y transformación digital: hacia una empresa tecnológicamente responsable”, *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 23, p. 104., MOLINA NAVARRETE, C. (2019) “La gran transformación digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, acciones preventivas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, nº extraordinario, p. 14.

⁹⁵⁰ CANÓVAS, A., ARAGÓN, J., ROCHA, F. (2005). “Las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral en las Comunidades Autónomas”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº 1, p. 76.

⁹⁵¹ ARGÜELLES BLANCO, A. R. (2004). *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares, estudio de los derechos y medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva (2001-2002)*, Consejo Económico y Social de España, pp. 21-92.

infantil y que puede dar lugar a una tarea de innovación en la política corporativa para crear una cultura de organización del trabajo⁹⁵² en armonía con los derechos fundamentales laborales.

En este sentido, parece ser que de una primera lectura se puede comprobar que “la regulación del proceso de desconexión se reservará a la negociación colectiva, mientras que el procedimiento para llevarlo a cabo quedará relegado a la política de empresa⁹⁵³”. Sin embargo, tampoco ha quedado fuera del debate si era necesario permitir al empresario un tiempo prudencial, corto, medio o largoplacista a fin de cumplir con la elaboración de la denominada política de desconexión digital. A este respecto, desde la doctrina se reclamaba necesario establecer unos plazos objetivos a modo de facilitar al empresario adoptar la política de desconexión una vez que ha examinado el volumen de plantilla y características de su propia estructura empresarial⁹⁵⁴.

En suma, otro aspecto significativo que planea sobre la elaboración en la política de desconexión es que al no haberse fijado como obligación de respeto por parte del empresario podría hacer decaer este derecho digital. Y este razonamiento tiene su explicación ya que surge una duda: ¿las personas trabajadoras como parte más débil en la relación de jerarquía patente en las relaciones laborales, en las que el desequilibrio interpartes es un rasgo idiosincrásico, no se verán compelidas a atender los reclamos de su superior jerárquico más allá de su jornada laboral e invadiendo su tiempo de descanso por miedo a represalias? La respuesta a esta cuestión no es intrascendente puesto que ha sido una de las principales críticas por parte de la doctrina, ya que con la aprobación de la LOPD debería haberse realizado aparejadamente una reforma del régimen de infracciones y sanciones en el Orden Social. Efectivamente, a través de la previsión de infracciones y sanciones por vulneración del derecho a la desconexión digital por parte del empresario, concretamente en la en la Sección 1a Infracciones en materia de

⁹⁵² NARANJO VALENCIA, J.C., JIMÉNEZ JIMÉNEZ, D., SANZ VALLE, R. (2012). “¿Es la cultura organizativa un determinante de la innovación en la empresa?”, *Cuadernos de economía y dirección de la empresa*, nº 2, p. 70.

⁹⁵³ ARRUGA SEGURA, M^a. C. (2021). “Las implicaciones del derecho a la desconexión digital en la prestación de trabajo y en el trabajo regular”, *ob. cit.*, p. 79.

⁹⁵⁴ QUILEZ MORENO, J. M^a. (2019). “La garantía de derechos digitales en el ámbito laboral: el nuevo artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, nº 17, p. 15.

relaciones laborales, del RD-Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS)⁹⁵⁵.

Sin embargo, tiempo después esta preocupación se ve resuelta tras la publicación por la ITSS el Criterio Técnico 104/2021 sobre vigilancia de riesgos psicosociales. Entre las actuaciones tendentes a reforzar tanto el cumplimiento de la LPRL como los derechos digitales. De hecho, el documento ejemplifica entre “conductas pluriofensivas”, es decir, a la posible violación simultánea de: a) normas laborales respectivas al campo de la duración de la jornada laboral *ex arts.* 34-36 ET así como, b) el derecho a la intimidad *ex art.* 4.2. e) ET, en conexión con la desconexión digital amparada en el art. 88 de la LOPD. Y, evidentemente, que se están cumpliendo los parámetros marcados por la LPRL por el empresario.

Por lo tanto, en las actuaciones de verificación del cumplimiento la Inspección de Trabajo concreta de forma específica su sistema de tipificación de infracciones. De este modo, plantea para los siguientes supuestos las responsabilidades que conllevaría su incumplimiento:

- En primer lugar, en caso de verificar un incumplimiento de los límites de jornada laboral a tenor de lo dispuesto en los arts. 34-36 ET, podría constituir un supuesto de infracción grave prevista en los arts. 7.5 LISOS.
- En segundo lugar, para el supuesto de inexistencia de una política interna orientadas a fijar los parámetros de las modalidades del ejercicio del derecho de desconexión, las acciones de formación y sensibilización con el uso de las TIC en las relaciones laborales a todos los niveles jerárquicos podría calificarse como infracción grave del art. 7.10 LISOS.
- Por último, en caso de verificarse una violación del derecho a la intimidad *ex art.* 4.2. e) ET también constituiría una infracción grave prevista en el art. 8.11 LISOS.

Como conclusión de esta clasificación infractora, es evidente que ambos derechos, a saber, el derecho a la desconexión digital como el derecho a la intimidad han salido

⁹⁵⁵ IGARTUA MIRÓ ya adelantó este hecho al considerar que “no es descabellado” acudir a diversos articulados de la LISOS acudiendo de forma genérica por afinidad a conceptos como el tiempo de trabajo (art. 7.5), la prevención de riesgos (12.1) o el respeto a la intimidad y dignidad del trabajador (8.11). Téngase en cuenta que la propia redacción del art. 88 LOPD hace referencia a estos conceptos, de ahí que pudieran acoger la protección sancionadora de la desconexión digital. IGARTUA MIRÓ, M^a. T. (2019). “El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, *ob. cit.*, p. 84.

reforzados. Efectivamente, uno de los aspectos más significativos es el grado de importancia que la Inspección de Trabajo dota a la política interna de las empresas sobre las modalidades de desconexión. Esta cuestión que no debe dar lugar a sorpresa ya que, por si fuera poco, los teletrabajadores están siendo el punto de observación de la sociedad en general al verse subsumidos en el padecimiento de riesgos psicosociales; estrés o fatiga informática, entre otros.

No debe perderse de vista, por tanto, que la LOPD en el art. 88 insta al empresario a adoptar una política interna para cumplir con el ejercicio del derecho de desconexión de sus empleados. Quizás sea por una tarea encomendada a fin de completar el carácter escueto del nuevo art. 20 bis ET⁹⁵⁶ que recoge de forma muy básica este derecho remitiéndose en extensión al marco establecido en la LOPD.

En el siguiente epígrafe se comprobará la importancia y el potencial que puede adquirir la política interna de la empresa en cuanto al uso de los dispositivos electrónicos y el disfrute de los derechos fundamentales por el trabajador. Se pretende constatar que es una herramienta útil que no viene a sustituir al convenio colectivo ni mucho menos ya que pueden convivir conjuntamente⁹⁵⁷. En gran medida, puede llegar a ser el cauce adecuado para que se regule el derecho a la desconexión digital de forma específica atendiendo a las características propias y la idiosincrasia corporativa de las empresas.

5. Buenas prácticas corporativas sobre desconexión digital como garantía de respeto de la seguridad y salud en el trabajo.

Por lo tanto, tomando como referencia lo examinado en las líneas anteriores, se propone en este punto una serie de propuestas de buenas prácticas a fin de contrarrestar

⁹⁵⁶ En cuanto a este contenido del art. 20 bis ET, SERRANO GARCÍA sostiene que la parquedad que caracteriza al art. 20 bis ET ha conllevado que queden “sin resolver múltiples conflictos y problemas aplicativos que las nuevas tecnologías estaban y están teniendo en el marco de la empresa”. Y, en apoyo a su argumentación, manifiesta que efectivamente el legislador hizo expresa mención en el art. 20.3 ET a la necesidad de respetar el derecho a la intimidad de las personas trabajadoras *ex art. 18.1 CE*, pero por el contrario, se olvidó de dar cabida a otros derechos como el secreto de las comunicaciones *ex art. 18.3 CE* o el derecho a la protección de datos personales *ex art. 18.4 CE*. SERRANO GARCÍA, J. M^a. (2019). *La protección de datos y la regulación de las tecnologías en la negociación colectiva y en la jurisprudencia*, *ob.cit.*, p. 23.

⁹⁵⁷ Se comparte este posicionamiento con TERRADILLOS ORMAETXEA *Vid.*, en TERRADILLOS ORMAETXEA, M.E. (2019). “El derecho a la desconexión en la ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, n^o 42, p. 15.

las altas cargas de trabajo en un contexto de teletrabajo⁹⁵⁸. En suma, se pretende poner en valor la responsabilidad social corporativa (en adelante, RSC) como medio o cauce prioritario para integrar en el ámbito corporativo desde las políticas sobre desconexión digital *ex art. 88.3 LOPD*, que no puede olvidarse que constituyen una obligatoriedad⁹⁵⁹.

Una de las razones por las que se ha considerado más oportuno efectuar este cumplimiento legislativo *ex art. 88.3 LOPD* es porque las políticas de RSC están basadas en un compromiso ético-voluntario a efectos de mostrar transparencia y garantías de cumplimiento en sus actividades; extiende su ámbito al departamento económico (en cuanto a determinar un crecimiento ordenado y sostenible), al medioambiental (valores respetuosos y comprometidos con el medioambiente, consumo energético sostenible) y como no, al ámbito social (mejora de las condiciones laborales de las personas trabajadoras a través de las políticas de recursos humanos, seguridad y salud laboral, formación y su crecimiento en la empresa)⁹⁶⁰. Y además, también refuerza la motivación, potencia el comportamiento y la actitud del personal, así como el arraigo de las personas trabajadoras con los valores e ideas de la entidad⁹⁶¹.

⁹⁵⁸ Sobre el contenido general y propuestas de mejora de las cláusulas de prevención de riesgos en materia de trabajo a distancia ya se pronunció MELLA MÉNDEZ. Tales propuestas se han tomado en consideración en este trabajo, viéndose adaptadas a las circunstancias legislativas actuales. *Vid.*, en MELLA MÉNDEZ, L. (2016). “Las cláusulas convencionales en materia de trabajo a distancia: contenido general y propuestas de mejora”, *Revista Derecho Social y Empresa*, nº 6, pp. 106-134.

⁹⁵⁹ Sobre el respaldo de esta opinión de la RSC como medida favorecedora respecto al cumplimiento del derecho a la desconexión digital. *Vid.*, MEGINO FERNÁNDEZ, D. (2022). “El derecho a la desconexión digital y las políticas de responsabilidad social empresarial: nuevos horizontes para la innovación en las relaciones laborales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, nº466, 149. Como ejemplo, Resolución de 22 de abril de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Refresco Iberia, SAU, para los centros de trabajo de Oliva (Valencia) y Alcolea (Córdoba). BOE nº 108 de 6 de mayo de 2022, atribuye todo el papel protagonista a la política interna de la empresa.

⁹⁶⁰ BAYLOS GRAU, A. P. (2004). “Códigos de conducta y buenas prácticas de las empresas en materia laboral el problema de su exigibilidad jurídica”, *ob.cit.*, p. 251. GARCÍA ECHEVARRÍA, S. (2006). “Responsabilidad social corporativa la responsabilidad social corporativa como orientación del management empresarial”, *ob.cit.*, p. 82. ARANGO, F. (2009). “La medición de la reputación corporativa”, pp. 17-21, en *Relaciones Públicas 2009. Radiografía: proyecciones y desafíos*, *ob.cit.*, pp. 17-21. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (2010) “Responsabilidad social de las empresas y Códigos de Conducta empresariales aproximación desde el Derecho del Trabajo”, *ob.cit.*, pp. 819-844. VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (2012). “La responsabilidad social corporativa: una reflexión”, *ob.cit.*, p. 172. CORREA CARRASCO, M. (2012). “Derecho del trabajo y responsabilidad social empresarial ante los retos de la globalización”, *ob.cit.*, p. 3.

⁹⁶¹ GARCÍA GUTIÉRREZ, D.M. (1997). “Políticas internas y externas de las pequeñas y medianas empresas que inciden en la gestión de la calidad”, *Revista de Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa*, nº 1, p. 18.

Centralizando el estudio en el ámbito español, la doctrina ya ha tenido ocasión de poner de manifiesto que existen notables diferencias en el entorno de la gran, mediana y pequeña empresa sobre esta cuestión. Si bien las grandes empresas dotadas de mayor capitalización y ansias de reputación corporativa se han aventurado a adaptarse a “estándares internacionales de calidad y excelencia”⁹⁶², no sucede lo mismo respecto de la pequeña y mediana empresa, grueso y auténtico motor económico de España; en las que su experiencia con esta materia, si embargo, no es tan positiva como se quisiera⁹⁶³. Aunque no es menos cierto que, en ambos casos, la experiencia práctica es bastante tenue, desconcertante y ambigua por su escaso desarrollo corporativo⁹⁶⁴. Ello ha desvirtuado el carácter protagonista que intrínsecamente adolece la desconexión digital *ex art.* 88 LOPD quedando en balde toda su aplicabilidad y cumplimiento en la práctica⁹⁶⁵.

Superada esta crítica previa, como primera aportación, se reclaman cláusulas que expresen de forma clara y concisa, el horario de trabajo, los tiempos de disponibilidad y de trabajo efectivo, entre otros, así como aquellos periodos de tiempo en los que no se

⁹⁶² OLCESE, A. (2013). Informe sobre la responsabilidad social de la empresa en España, una propuesta para Europa, disponible en <https://www.conr.es/sites/default/files/archivos/Informe%20sobre%20la%20responsabilidad%20social%20de%20la%20empresa%20en%20España.pdf>. Sin embargo, aun siguen siendo un pequeño grupo, esta circunstancia se ha hecho eco en la prensa. *Vid.*, CRUZ PEÑA, J. (19 de mayo de 2020). El Ibex incumple la ley de desconexión digital en pleno 'boom' del teletrabajo por el COVID, *Cotizalia*, disponible en https://www.elconfidencial.com/empresas/2020-05-19/ibex-incumple-ley-desconexion-digital-boom-teletrabajo-covid_2599759/. Así mismo en PÉREZ-BARCO, M^a.J. (27 de diciembre de 2021). La desconexión digital aún no ha encontrado su momento, *ABC-Economía*, disponible en https://www.abc.es/economia/abci-desconexion-digital-no-encontrado-momento-202112270313_noticia.html

⁹⁶³ VACAS AGUILAR, F. (2018). “Transformación digital: del lifting a la reconversión”, *Revista Tecnología, Ciencia y Educación*, nº 10, p. 142.

⁹⁶⁴ Algunos ejemplos, Política de uso de Medios Tecnológicos de FCC aprobada en abril de 2019, Política de RRHH de Meliá Hotels International aprobada el 19 de junio de 2019, Informe de gestión consolidado del ejercicio 2019 del Grupo Técnicas Reunidas, Política de protección de datos personales y garantía de derechos digitales en acciona aprobada el 12 de diciembre de 2019, Directrices Corporativas sobre el Derecho a la Desconexión Digital de Enagas aprobada en 2019. En confrontación, más positivas Protocolo de desconexión digital de Konecta aprobado el 22 de junio de 2021, Normativa de Desconexión Digital Grupo Cofares aprobada en 2019.

⁹⁶⁵ En cuanto a este hecho, se comparte con MEGINO FERNÁNDEZ, quien ha sido bastante crítico al respecto llegando a concluir que “las organizaciones productivas han de superar el modelo actualmente predominante, donde el derecho a la desconexión digital suele limitarse bien a meras declaraciones de índole informativa, bien a plasmar el contenido de los protocolos internos o de los textos adoptados en el seno de la negociación colectiva”. *Vid.*, en MEGINO FERNÁNDEZ, D. (2022). “El derecho a la desconexión digital y las políticas de responsabilidad social empresarial: nuevos horizontes para la innovación en las relaciones laborales”, *ob. cit.*, nº466, 146. Y, en profundidad respecto al conjunto de medidas positivas sobre desconexión digital en MEGINO FERNÁNDEZ, D. (2022). “Desconexión digital: caracterización y materialización en las políticas internas de las empresas”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, nº 250, pp. 1-56.

establece obligación de responder correos electrónicos. Entiéndase integrado en este espacio temporal, los periodos de descanso, vacaciones, permisos o de baja laboral⁹⁶⁶. Siendo una buena opción por la empresa, el envío de una respuesta automática en periodos de “siesta digital” corporativa haciendo constar el motivo de esta contestación⁹⁶⁷ y, además, especificando aquellas situaciones de fuerza mayor en las que el empresario puede comunicarse con las personas trabajadora fuera del horario de trabajo, rompiendo con el periodo de desconexión digital valiéndose de una causa justificativa.

Por otro lado, y desde la perspectiva las personas trabajadoras, una de las acciones más relevantes sería llevar a cabo un bloqueo de acceso a sus herramientas digitales durante las horas o días de descanso. Entre otras acciones pueden incluirse textos informativos que le recuerden el cumplimiento de su deber de desconexión cuando intenta acceder a los aplicativos corporativos, salvo en aquellos supuestos exceptuados por fuerza mayor⁹⁶⁸.

En suma, un aspecto sumamente importante consiste en determinar los periodos de descanso consensuados para los puestos de trabajo que requieran exposición prolongada ante pantallas de visualización de dispositivos electrónicos⁹⁶⁹. El objetivo debe ser evitar la fatiga informática por la conexión permanente a estos medios como forma de desarrollo de la prestación laboral y especificar si dichos periodos deben ser computados como tiempo de trabajo o tiempo de descanso en la jornada laboral.

Coetáneamente, sería recomendable especificar la concreción de los periodos de reunión virtual corporativa durante el horario de trabajo para mantener los vínculos afectivos con la empresa y los compañeros de trabajo⁹⁷⁰. En aquellos casos en los que sea

⁹⁶⁶ Resolución de 22 de noviembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo Santander, BOE núm. 290, de 3 de diciembre de 2019.

⁹⁶⁷ Un claro ejemplo es la política de desconexión en el teletrabajo de Volkswagen que estableció en 2011 un sistema que desconectaba los servidores de comunicación de los teléfonos móviles de los empleados entre las 18:15 y las 07:00 horas del día siguiente. Esta medida sin duda constituye una actitud responsable de la empresa de que los trabajadores respetasen su horario de trabajo y descanso.

⁹⁶⁸ En este caso, Michelin en 2016 implementó una herramienta cuya función era enviar avisos a los trabajadores que se conectasen más de cinco veces fuera del horario laboral a efectos de advertirles sobre la necesidad de desconectar.

⁹⁶⁹ Tal y como se ha analizado en el Convenio Colectivo de Telefónica España, Convenio Colectivo Provincial de Trabajo para la actividad de Oficinas y Despachos de la Diputación de Ávila y Convenio Colectivo de Teleinformática y Comunicaciones.

⁹⁷⁰ En la línea de la apuesta normativa del Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro.

totalmente necesario efectuarlas fuera de la jornada de trabajo prever la voluntariedad de la asistencia y, en todo caso, considerar dicho periodo como tiempo efectivo de trabajo. De hecho, podría ser un acierto fijar la sincronización con sedes internacionales como forma de modular el derecho a la desconexión conforme a los usos horarios de cada país. Así mismo, una de las acciones positivas de transparencia y honestidad entre ambas partes en la relación laboral consistiría en especificar el medio por el que la persona trabajadora reporte el cumplimiento de sus tareas laborales. Sería oportuno, en este punto, la utilización de una herramienta que permita la evaluación del volumen de trabajo. De esta forma y, en beneficio para ambas partes, se podrán determinar concienzudamente las tareas, su grado de consecución y los resultados obtenidos por cada persona trabajadora respecto a sus objetivos individuales⁹⁷¹. Y ello redundaría en que se reportaría al empresario un conjunto de información real sobre posibles incidencias, en cuanto al rol de la persona trabajadora o de las responsabilidades asumidas.

Por supuesto, uno de los puntos más importantes en alcanzar sería fijar el canal de comunicación de las personas trabajadoras con la estructura jerárquica de su empresa; de esta manera se puede concluir los periodos de disponibilidad/indisponibilidad horaria para no asaltar periodos de descanso o desconexión digital. Además, se respalda este tipo de acciones dadas las características de los nuevos *softwares* de gestión laboral. Ello supone la posibilidad de fijar un espacio virtual por el que se facilite el soporte técnico y de asesoramiento informático para gestionar las incidencias informáticas a distancia. Incluida en esta recomendación, por supuesto, los gestores de la prevención de riesgos laborales a efectos de consultas de salud, en general o por el uso de las TIC.

En suma, para abordar todo este tipo de acciones es indudable adoptar o elaborar un plan de formación sobre buenas prácticas en el uso de las TIC en el ámbito laboral y de identificación de los riesgos asociados al uso prolongado de éstas. De forma concreta, especificando los riesgos a cada dispositivo y a su uso en la modalidad de trabajo a distancia. El objetivo debe ser una formación completa a las personas trabajadoras sobre los beneficios de la desconexión digital laboral en su salud minimizando la aparición de riesgos psicosociales⁹⁷². Y como medida efectiva del deber de descanso en aras de

⁹⁷¹ Convenio colectivo de Repsol Exploración, SA., BOE núm. 278, de 17 de noviembre de 2018.

⁹⁷² Convenio Colectivo del Sector de Oficinas y Despachos de la Comunidad de Madrid, suscrito por la Confederación Empresarial de Madrid-CEOE (CEIM) y CC OO y UGT por la representación sindical. BOCM núm., 255, de 26 de octubre de 2019.

facilitar la conciliación personal, familiar y laboral. De este modo se llevaría a cabo una labor de sensibilización⁹⁷³ a todos los niveles estructurales de la empresa a través de la divulgación informativa y formativa sobre los derechos laborales de las personas trabajadoras⁹⁷⁴.

Para llevar a cabo este tipo de cambios en la cultura corporativa y que pueda implicar una remodelación del modelo de gestión de las relaciones laborales implica repensar en el bienestar de las personas trabajadoras. Por ello, en cumplimiento de los parámetros de la LPRL es necesario la elaboración de un plan de riesgos específicos⁹⁷⁵ para las personas trabajadoras que opten por la modalidad de trabajo a distancia. En esta evaluación se deben tomar en consideración los nuevos riesgos emergentes, el puesto de trabajo concreto a desempeñar⁹⁷⁶ y su en la organización⁹⁷⁷. A partir de la información recogida por este proceso, planificar la actividad preventiva de los teletrabajadores. Como principio general, se debe garantizar la adaptación del puesto de trabajo a la persona y no a la inversa, por lo que deben considerarse las características y actitudes personales como profesionales de las personas trabajadoras para optar a esta modalidad.

Por último, elaboración de un protocolo de vigilancia periódico de la salud de las personas trabajadoras sería una actuación recomendable⁹⁷⁸. Pero no hay que dejar de lado que en este escenario, el reconocimiento médico se basa en el carácter voluntario de las pruebas⁹⁷⁹, por lo que antes de su realización debe haberse anticipado la oportuna

⁹⁷³ Convenio colectivo de Orange Espagne, SAU., BOE núm. 251, de 18 de octubre de 2019.

⁹⁷⁴ Convenio colectivo estatal de perfumería y afines, BOE núm. 199, de 20 de agosto de 2019.

⁹⁷⁵ Convenio Colectivo para el Sector de Abogados, Procuradores y Graduados Sociales de Cantabria, para el periodo 2019-2022, BOC núm. 161, de 22 de agosto de 2019.

⁹⁷⁶ Convenio colectivo de Al Air Liquide España, SA; Air Liquide Medicinal, SLU y Air Liquide Ibérica de Gases, SLU, para el periodo 2016 a 2019, BOE núm. 158, de 30 de junio de 2018.

⁹⁷⁷ Convenio colectivo de la empresa “Páginas Amarillas Soluciones Digitales, Sociedad Anónima Unipersonal”, BOCM núm. 44, de 21 de febrero de 2019.

⁹⁷⁸ Convenio colectivo sectorial de ámbito estatal de las administraciones de loterías, BOE núm. 146, de 19 de junio de 2019. Convenio Colectivo de trabajo del sector de Oficinas y Despachos de Catalunya para los años 2019-2021, DOGC núm. 8064, de 14 de febrero de 2020. Convenio colectivo para los establecimientos financieros de crédito, BOE núm. 183, de 3 de julio de 2020. Acuerdo colectivo sobre las condiciones de la prestación de servicios en el banco BBVA en régimen de teletrabajo de 27 de julio de 2020, recuperado de https://www.coo-servicios.es/archivos/bbva/20110727_acdo_teletrabajo_BBVA.pdf

⁹⁷⁹ Convenio Colectivo del sector Mayoristas de Alimentación del Principado de Asturias para los años 2018, 2019 y 2020 en el Registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo dependiente de la Dirección General de Trabajo, BOPA núm. 84, de 3 de abril de 2019.

notificación. Pese a ello, podría llevarse a cabo un seguimiento continuo a través de un canal interno de los gestores de prevención de riesgos que pueden estar en contacto directo virtual con las personas trabajadoras para atender las posibles consultas en esta materia. Concretando en cada caso y como medida de consenso, para el caso de que se observen dificultades en el diagnóstico, que el trabajador se persone en las instalaciones médicas señaladas para su examen. Y, por supuesto, la creación de una comisión interna de seguimiento en la implantación del teletrabajo y de interpretación de los protocolos de desconexión digital, conciliación laboral y familiar, uso de dispositivos electrónicos y salud laboral⁹⁸⁰.

6. El derecho a la desconexión digital en la negociación colectiva.

La nueva normativa europea y española en materia de protección de datos ha dotado a la negociación colectiva de un papel protagonista, de gran importancia práctica en lo que se refiere al tratamiento de datos personales en las relaciones laborales. Le ha encomendado una tarea nada fácil cual es garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras frente a la intromisión de las nuevas tecnologías en la cotidianidad empresarial. Ante esta situación uno de los interrogantes que se plantea en cuanto a la adaptación digital en el ámbito laboral es cómo regular un equilibrio justo en cuanto al disfrute de derechos y al cumplimiento de obligaciones en el trabajo⁹⁸¹.

En una aproximación a la revitalización de la gobernanza de la negociación colectiva como institución laboral⁹⁸², el informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo manifiesta el papel del diálogo social en la resiliencia y adaptación laboral⁹⁸³. Europa no se ha mostrado ajena al proceso de digitalización en el mercado de trabajo y la economía. En este sentido, el propio Comité Económico y Social europeo asevera que

⁹⁸⁰ Convenio colectivo marco del sector de la distribución de mayoristas de alimentación de Cataluña, DOGC núm. 8178, de 16 de julio de 2020.

⁹⁸¹ *Vid.*, un estudio sobre las nuevas funciones de la negociación colectiva en el escenario de globalización de la actividad económica. CRUZ VILLALÓN, J. (2016). “Nuevas funciones de la negociación colectiva y alteración de su marco normativo”, *Revista de Economía Laboral*, Vol. 13, nº 2, pp. 16 y ss.

⁹⁸² LLORENS ESPADA, J. (2020). “Los derechos digitales en la negociación colectiva”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 11, p. 2.

⁹⁸³ OIT. (2019). *Trabajar para un futuro más prometedor*, *ob. cit.*, p. 34.

mediante la negociación colectiva se puede evitar el aumento de la inseguridad jurídica ocasionada por la revolución digital⁹⁸⁴. Y es que siendo posible que la tecnología y su impacto en el trabajo disocien tiempo y lugar de trabajo, se requiere de un marco normativo que dote de seguridad a la prestación de servicios.

Sobre este hecho también se hace eco el “Programa de Acción de la CES 2019-203”, manifestando que “la digitalización, que transforma el trabajo, así como la economía y la sociedad, sigue siendo un reto importante para el movimiento sindical europeo⁹⁸⁵”. Justificando su actuación debido a que si bien es cierto que este proceso ofrece aspectos positivos para las personas trabajadoras (autonomía, tareas arduas o rutinarias), también podría generar consecuencias negativas (trabajo precario, difuminación de los límites de trabajo y descanso, refuerzo del poder asimétrico entre capital y trabajo)⁹⁸⁶. Y en referencia a esto último, se firmó el Acuerdo Marco Europeo de los interlocutores sociales sobre Digitalización por el que se pretende alcanzar una concienciación, mejora, comprensión de personas trabajadoras, empleadores y representantes este reto de la transformación digital⁹⁸⁷. En cierto modo este objetivo se pretende alcanzar mediante una actuación colaborativa entre todas las partes que posibilite la transición digital de forma justa y respetuosa en el ámbito laboral⁹⁸⁸. La desconexión digital ocupa, por supuesto, un hueco en este acuerdo social europeo, especificando una serie de medidas concretas para

⁹⁸⁴ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “El diálogo social para la innovación en la economía digital”, DOUE 10 de mayo de 2019.

⁹⁸⁵ CES-Programa de Acción 2019-2023. Recuperado de <https://www.ccoo.es/cb774ccbb3c7f4aad4cff4be5d670c62000001.pdf>

⁹⁸⁶ *Ibidem*.

⁹⁸⁷ Acuerdo Marco Europeo de los interlocutores sociales sobre digitalización. Recuperado de <https://www.ccoo.es/3ec9e3ddff84034c1a796cb52ac84c09000001.pdf> El acuerdo Marco no viene a aportar en general ninguna innovación al respecto, su cometido es solventar el escaso rigor que la negociación colectiva está teniendo al momento de incorporar en los convenios colectivos aspectos sobre la incidencia de la tecnología respecto a las personas trabajadoras. Se caracteriza, por consiguiente, por articular los procedimientos para afrontar por la negociación colectiva el reto de la digitalización de las relaciones laborales que hasta este momento, no presume “del rigor que fuera deseable”. En cierto modo, el Marco Europeo constituye una metodología cuyo objetivo se centra en abordar los retos como las oportunidades que plantea “el nuevo horizonte tecnológico”. GOERLICH PESET, J. M^a. (2021). “El Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización”, *Revista Documentación Laboral*, n^o 122, pp. 54-56.

⁹⁸⁸ SEPÚLVEDA GÓMEZ, M. (2021). “El Acuerdo Marco Europeo sobre digitalización. El necesario protagonismo de la norma pactada”, *ob. cit.*, p. 242.

su integración en la empresa previendo actuaciones que conllevan un cambio de cultura en la forma de organización⁹⁸⁹.

En este sentido, ya se cuenta con los primeros ejemplos de convenios colectivos que han venido a reconocer el derecho a la desconexión digital de las personas trabajadoras. En consecuencia, se ha considerado interesante traer a colación los convenios colectivos que ya contienen previsiones expresas en este sentido con el fin de analizar su contenido jurídico y poder sacar conclusiones al respecto. Se profundizará, en primer lugar, en aquéllos caracterizados por un tratamiento de este más bien escaso, incompleto y que se limitan a reconocerlo sin indicar las modalidades de ejercicio, por ejemplo. Posteriormente, se abordará el estudio de aquéllos que muestran una regulación más completa, sobre todo en la concerniente a la evaluación de la forma y las condiciones de ejercicio de la desconexión digital.

A) De las posiciones más conservadoras que pasan por el mero reconocimiento del derecho.

En primer lugar, sin duda alguna, dentro de este bloque de normas convencionales que implementan un tratamiento más bien limitado del derecho a la desconexión digital, debe citarse el caso del CC de AXA SEGUROS⁹⁹⁰. Fue un convenio colectivo pionero en

⁹⁸⁹ Concretamente se detallan a) medidas de formación y concienciación b) respeto de las reglas de la jornada laboral y de las reglas del teletrabajo y del trabajo móvil. Medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento, c) proporcionar orientación e información a los empleadores y los trabajadores sobre la manera de respetar las normas relativas a la jornada laboral y las normas sobre teletrabajo y trabajo móvil, incluida la manera de utilizar las herramientas digitales, como por ejemplo, el correo electrónico, además de los riesgos de pasar demasiado tiempo conectados, en particular para la salud y la seguridad, d) ser claro en cuanto a las políticas y/o las normas acordadas sobre el uso de herramientas digitales para fines privados durante la jornada laboral, d) El compromiso de la dirección para crear una cultura que evite el contacto fuera de horario, e) la organización y carga del trabajo, incluido el número de personal, son aspectos 19 clave que se deben identificar y evaluar conjuntamente, f) el cumplimiento de los objetivos de la organización no debería requerir una conexión fuera de horario, g) con pleno respeto de la legislación sobre la jornada laboral y de las disposiciones sobre la jornada laboral de los convenios colectivos y los acuerdos contractuales, el trabajador no está obligado a estar localizable fuera de su horario para ningún contacto adicional por parte de los empleadores, h) con respecto al punto anterior, se requerirá una compensación apropiada por cualquier tiempo extra trabajado, i) procedimientos de alerta y apoyo de “una cultura de no culpabilidad”, para encontrar soluciones y evitar perjuicio para los trabajadores por no estar localizables. Intercambios regulares entre los directivos y los trabajadores y/o sus representantes sobre la carga y los procesos de trabajo, j) prevención del aislamiento en el trabajo.

⁹⁹⁰ En la nota de prensa de 20 de julio de 2017, el Grupo Axa en España y el sindicato CC. OO, firman un convenio colectivo que será de aplicación hasta el año 2020. Constituye un convenio colectivo pionero ya que en estas fechas ya había sido aprobado el RGPD y se adelanta, además, a la publicación de la nueva LOPD. La propia directora de RRHH, Carmen Polo, manifiesta que la entidad siempre ha intentado crear el mejor entorno laboral. El fruto de las negociaciones con los representantes de los trabajadores ha significado otorgar el lugar que merece a la adaptación de las nuevas tecnologías al mundo laboral a través de una regulación innovadora.

este asunto puesto que fue el primero en entender que la realidad en el ámbito de las relaciones laborales está cambiando rápida y sustancialmente por las facilidades que otorga el teletrabajo en el sector concreto de los seguros dado el amplio margen de autonomía que permite. Siendo conscientes los negociadores sindicales y empresariales de este cambio de paradigma en la organización y estructura empresarial, se decantaron por otorgar un espacio en su convenio⁹⁹¹, en su art. 14, reconociendo de forma expresa que “salvo 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”.

La empresa PHILIPS IBÉRICA, SAU⁹⁹², también incorporó, como medida extra para favorecer la conciliación de la vida personal y profesional y garantizar el descanso de los empleados, el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral del empleado (art. 46). En este caso, se determina, además, que el ejercicio se realizará mediante la desconexión de los dispositivos digitales, no responder emails, mensajes y llamadas profesionales fuera de su horario de trabajo, salvo causa de fuerza mayor.

También se refleja en el CC CASH CONVERTERS, S.L., Y SOCIEDADES VINCULADAS⁹⁹³ que, con la clara intención de impulsar la regulación de este derecho una vez finalizada la jornada de trabajo, detalló previsiones al respecto. Una cuestión distinta es que se trate de un contenido inmaduro e incompleto porque se limita, como en los supuestos anteriores, a la referencia concreta de no dar respuesta a correos electrónicos fuera de la jornada laboral -con la única salvedad, como en los anteriores, de encontrarse ante casos de fuerza mayor o circunstancias excepcionales-. A tal efecto, y por tratarse de un concepto generalista que no aporta seguridad jurídica, surge el interrogante en cuanto a la generalidad del término “fuerza mayor” y para ello, nos parece lo más oportuno acudir al ET (aplicación analógica) que, en su art. 35.3 que regula las horas extraordinarias,

⁹⁹¹ Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo Axa. BOE nº 244, 10 de octubre de 2017.

⁹⁹² Resolución de 23 de noviembre de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de Philips Ibérica, SAU. BOE nº 296, 8 de diciembre de 2018. Prácticamente sin cambios se prevé nuevamente en la Resolución de 19 de agosto de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Philips Ibérica, SAU. BOE nº 209, de 1 de septiembre de 2021.

⁹⁹³ Resolución de 8 de agosto de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de Cash Converters, S.L., y Sociedades Vinculadas. BOE nº 198, 19 de agosto de 2019.

incluye en este concepto los “siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes”, o al art. 45.1 que, al abordar las causas de suspensión del contrato por fuerzas mayor temporal hace referencia al “acaecimiento externo al círculo de la empresa, y como tal extraordinario, de todo independiente de la voluntad del empresario respecto a las consecuencias que acarrea en orden a la prestación del trabajo”⁹⁹⁴.

En consonancia con las empresas que regulan la desconexión digital en su vinculación con la conciliación de la vida personal, laboral y familiar es oportuno traer a colación el caso de VUELING AIRLINES⁹⁹⁵ que introdujo en la disposición adicional décima la exclusión concreta de la obligación de “revisar el correo en los periodos de vacaciones, enfermedad, permisos y días libres”. Como puede comprobarse, ni se fijan las condiciones ni las modalidades de ejercicio por las personas trabajadoras fijando únicamente la indisponibilidad digital durante tales periodos, ni se regula el modo de actuar en este tipo de situaciones, que podría suponer una mayor carga para las personas trabajadoras al volver a su puesto de trabajo, incitándole a seguir respondiendo a los mails. Su mero reconocimiento, sin mayor detalle, deja bastantes dudas, por tanto, en cuanto a la efectividad del disfrute de este derecho por la persona trabajadora.

Continuando este listado no exhaustivo, sino meramente ejemplificativo de convenios colectivos con referencias expresas al derecho que se aborda en este aportación pero de forma muy limitada e insuficiente, toca el turno del grupo MARÍTIMA DÁVILA⁹⁹⁶ que, en pro de potenciar la modalidad del teletrabajo, pretende fomentar la productividad de las personas trabajadoras en cuanto a la atención del cliente, pero siempre respetando “la desconexión y los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar de los trabajadores”. La lectura de este convenio muestra una mera declaración de intenciones en cuanto al desarrollo de la modalidad del teletrabajo, pero sin detallar cómo se materializará este ejercicio, por ejemplo, en el uso de herramientas tecnológicas de trabajo.

⁹⁹⁴ N° de sentencia 4517/1989, Id Cendoj: 28079130011989100032. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/dc4ec99706de765d/20051011>. N° de sentencia 1831/2020, Id Cendoj: 37274440012020100024. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/89b2598d31837d41/20200615>

⁹⁹⁵ 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. BOE nº 80, 4 de abril de 2017.

⁹⁹⁶ Resolución de 27 de septiembre de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del grupo Marítima Dávila, SA. BOE nº 246, 11 de octubre de 2018.

Ya en el ámbito de las grandes empresas del sector de energético en nuestro país, se posible hay que destacar el CC del Grupo ACCIONA ENERGÍA⁹⁹⁷, una empresa con un más que destacado y fuerte posicionamiento a nivel internacional que al cierre de 2018 contaba con una plantilla de 38.544 personas trabajadoras⁹⁹⁸. En el art. 84 bis de su CC resalta los beneficios de incorporar las Tics en el contexto laboral, sin por ello descuidar los riesgos que ello pudiera suponer. Se invoca la necesidad de instaurar y regular el derecho a la desconexión digital en su grupo de empresas, comprometiéndose a respetarlo y hacerlo respetar en el ámbito laboral, pero poco más.

Trasladando el análisis al ámbito sectorial, se constata que el número de convenios colectivos no es significativo ni tampoco equivalente a la importancia de la desconexión digital en los tiempos que se viven. Entre otros, el Convenio Colectivo del CONSORCIO DE SERVICIOS DE TRANSPORTE DE LA PALMA⁹⁹⁹ expresa que “se respetará a los trabajadores el derecho a la desconexión digital fuera del horaria de trabajo, conforme a la LOPD”. Y el Convenio Colectivo de la INSTITUCIÓN FERIAL DE ALICANTE¹⁰⁰⁰, contempla que “los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a disposición del trabajador, a la desconexión digital (...)”. Por último, el CC para el sector de Abogados, Procuradores y Graduados Sociales de Cantabria¹⁰⁰¹ determina que “las partes firmantes coinciden en la necesidad de impulsar el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada”.

En resumen, las previsiones más comunes utilizadas en estos textos se limitan, por una parte, a reconocer el derecho de los trabajadores sin prever absolutamente nada respecto ni del ejercicio de este ni del grado de cumplimiento por parte de la empresa a

⁹⁹⁷ Resolución de 4 de julio de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo del Grupo Acciona Energía. BOE nº 169, de 16 de julio de 2019.

⁹⁹⁸ Recuperado en <https://informeanual2018.acciona.com/static/pdf/es/Personas.pdf>

⁹⁹⁹ Convenio Colectivo del Consorcio de Servicios de La Palma. BOPSC núm. 32, 13 de marzo de 2020. En el mismo sentido, Convenio Colectivo para las actividades de oficinas y despachos de Salamanca y su provincia. BOPS nº. 96 de 21 de mayo de 2021. Convenio Colectivo de Cruz Roja Española (provincia de Lugo). BOPDL nº. 245, de 25 de octubre de 2021. Convenio Colectivo provincial de Oficinas y Despachos (provincia de Alicante). BOPA nº. 242, de 22 de diciembre de 2021.

¹⁰⁰⁰ Resolución de la Dirección Territorial de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo la que se dispone el registro oficial y publicación del Convenio Colectivo de la Institución Ferial Alicantina (IFA). BOPA nº. 32, 14 de febrero de 2019.

¹⁰⁰¹ Resolución disponiendo la inscripción en el Registro y publicación del Convenio Colectivo para el Sector de Abogados, Procuradores y Graduados Sociales de Cantabria, para el periodo 2019-2022. BOC nº. 161, 22 de agosto de 2019.

la hora de garantizar su disfrute¹⁰⁰². Y, por otra, se lleva a cabo una mera remisión a su regulación por el protocolo que debe elaborar la empresa previa audiencia a la RLT¹⁰⁰³.

Si bien es cierto que es importante tal reconocimiento, no deja de ser un primer paso en la senda de la integración de este derecho entre los contenidos convencionales; un primer paso titubeante, temeroso, sumamente prudente y que, conforme pasa el tiempo y avanza la tecnología, pone en evidencia la insuficiencia de tal reconocimiento y la necesidad urgente de acometer el desarrollo de sus condiciones de ejercicio y garantía.

B) A las posiciones más progresistas que avanzan en contenidos más amplios.

Por otro lado, en contraposición con lo anterior, adentrándonos en los convenios colectivos más comprometidos del derecho a la desconexión digital se destaca el de

¹⁰⁰² MORATO GARCÍA, R. M. (2020). “Derecho a la desconexión digital en la negociación colectiva, los planes de igualdad y los protocolos empresariales”, *ob. cit.*, p. 15. Por ejemplo, Resolución de 15 de abril de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VI Convenio colectivo de Consum, Sociedad Cooperativa Valenciana. BOE nº 118, de 18 de mayo de 2021.

¹⁰⁰³ Resolución de 4 de enero de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Red Eléctrica Infraestructuras de Telecomunicación, SA. BOE nº 16, de 19 de enero de 2021. Resolución de 4 de febrero de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo Cetelem. BOE nº 42, de 18 de febrero de 2021. Resolución de 9 de febrero de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de R. Cable y Telecable Telecomunicaciones, SAU. BOE nº 43, de 19 de febrero de 2021. Resolución de 25 de febrero de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de Bureau Veritas Inspección y Testing, SLU, Bureau Veritas Solutions, SA, e Instituto de la Calidad, SAU. BOE nº 59, de 10 de marzo de 2021. Resolución de 15 de abril de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona «La Caixa». BOE nº 108, de 6 de mayo de 2021. Resolución de 10 de mayo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de oficinas corporativas del grupo Siemens Gamesa Renewable Energy. BOE nº 132, de 2 de junio de 2021. Resolución de 31 de mayo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de Lidl Supermercados, SAU. BOE nº 139, de 11 de junio de 2021. Resolución de 1 de junio de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Thyssenkrupp Elevadores, SLU, Madrid y Valencia. BOE nº 158, de 3 de julio de 2021. Resolución de 19 de agosto de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de Ilunion Seguridad, SA. BOE nº 209, de 1 de septiembre de 2021. Resolución de 25 de agosto de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de BT Global ICT Business Spain, SLU. BOE nº 213, de 6 de septiembre de 2021. Resolución de la Dirección Territorial de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo la que se dispone el registro oficial y publicación del Convenio Colectivo de la empresa Take Five SLU. BOPA nº 245, de 27 de diciembre de 2021. Resolución de 14 de febrero de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VII Convenio colectivo sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia. BOE nº 48, de 25 de febrero de 2022. Resolución de 22 de abril de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Airbus Defence and Space, SAU, Airbus Operations, SL, y Airbus Helicopters España, SA. BOE nº 108, de 6 de mayo de 2022.

REPSOL¹⁰⁰⁴, empresa conocida mundialmente que cuenta con presencia en 35 países y con empleados de 89 nacionalidades distintas. Se caracteriza por ser una empresa multicultural y con presencia internacional, contando con tiempos de trabajo diferentes en función del país. En el ámbito de España, en torno a 17.000 empleados¹⁰⁰⁵ se benefician de las medidas colectivas adoptadas en lo que se refiere a descanso diario o semanal, entre otros. Así, con fecha 31 de octubre de 2017, se firma el IX Acuerdo Marco¹⁰⁰⁶ que, en su art. 16.9 relativo a los principios del derecho a desconectar fuera del tiempo de trabajo, establece que será la Mesa de Igualdad la encargada de analizar en el seno de la empresa esta materia e identificar, en su caso, posibles buenas prácticas y recomendaciones acerca del uso de herramientas digitales. Repárese en que se trata de un ejercicio proactivo y consciente en el desarrollo de este derecho que supone la encomienda de la tarea concreta de regular un compendio de “buenas prácticas y recomendaciones acerca del uso de herramientas digitales” a la Mesa de igualdad del acuerdo marco que ha tenido, después, reflejo directo en los convenios de otras empresas del mismo grupo; por un lado, en Repsol Química, S.A.¹⁰⁰⁷. y; por otro lado, Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.¹⁰⁰⁸. No es en modo alguno una apreciación baladí, dado que, primero, se hace una encomienda concreta a un órgano determinado, de tal suerte que se avanza en la concreción última del derecho en cuestión.

Otro de los acuerdos que ha despertado mucho interés, en este sentido, es el de IKEA. La empresa amplía el conjunto de derechos reconocidos en el CC de GRANDES ALMACENES para lograr la armonización de derechos laborales en cuando a las nuevas necesidades organizativas de la empresa, entre otros, el impacto del consumo a través de la compra online. En el punto decimotercero¹⁰⁰⁹ se previó la necesidad de impulsar el derecho a la desconexión digital previendo que sea la comisión de seguimiento el órgano

¹⁰⁰⁴ Resolución de 4 de mayo de 2018, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XII Convenio colectivo de Repsol Petróleo, SA. BOE nº 119, 16 de mayo de 2018.

¹⁰⁰⁵ Recuperado en <https://www.repsol.com/es/conocenos/nuestro-equipo/empleados/index.cshtml>

¹⁰⁰⁶ Resolución de 19 de diciembre de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el IX Acuerdo Marco del Grupo Repsol. BOE nº 4, 4 de enero de 2018.

¹⁰⁰⁷ Resolución de 12 de junio de 2018, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XIV Convenio Colectivo de Repsol Química, S.A. BOE nº 158, 30 de junio de 2018.

¹⁰⁰⁸ Resolución de 31 de octubre de 2018, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XIV Convenio Colectivo de Repsol Química, S.A. BOE nº 158, 23 de noviembre de 2018.

¹⁰⁰⁹ Acuerdo del comité intercentros de IKEA en fecha 27 de junio de 2018.

encargado de vigilar la implantación de esta medida. Como medida de impulso de este derecho, las personas trabajadoras tienen derecho a no responder cualquier tipo de comunicación por cualquier canal (correo electrónico, teléfono, WhatsApp, redes sociales, etc.) fuera de su horario de trabajo, salvo fuerza mayor.

Con todo, uno de los primeros acuerdos que ha plasmado y desgranado la desconexión digital de forma más específica y detallada ha sido el grupo TELEFÓNICA¹⁰¹⁰. Adoptado con posterioridad a la aprobación de la LOPD, cumple con la obligación de elaborar una política interna para todo el equipo de trabajo, desde la cima a la base jerárquica del grupo, para las modalidades de trabajo a distancia, la programación de sesiones formativas y de sensibilización sobre el uso de tales herramientas. Pero, además, se compromete a garantizar que la persona trabajadora no se comunique con la empresa una vez finalice la jornada laboral derivando, en caso contrario, la responsabilidad a quienes ostenten una posición de referencia respecto a los equipos que coordinan. Una gran innovación en este sentido es la previsión referida a que las personas trabajadoras deberán cumplir, además, con la denominada “siesta digital¹⁰¹¹” en cuanto a periodos de ausencia, haciendo constar este hecho en su correspondencia electrónica.

En suma, y conscientes de las dificultades de implementar todo ello *ex novo*, para alcanzar la plena aplicación e integración plantean un programa formativo que contribuya en la educación en responsabilidad a los directivos para que alcancen el grado de sensibilización que merece esta nueva política¹⁰¹². Siendo así, estiman su regulación como derecho y no como obligación y que esto implica expresamente que, aquellas personas trabajadoras que realicen comunicaciones fuera del horario establecido en esta

¹⁰¹⁰ Política de desconexión digital del Grupo mercantil Telefónica España, adoptado en Madrid el 17 de julio de 2019.

¹⁰¹¹ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (2018). “El derecho a la desconexión como medida preventiva” *ob. cit.*, p. 23. En este sentido, Resolución 22C/2022, de 22 de enero, de la directora general de Política de Empresa, Proyección Internacional y Trabajo, por la que se acuerda el registro, depósito y publicación en el Boletín Oficial de Navarra del Convenio Colectivo de la empresa Editorial Aranzadi.

¹⁰¹² TELEFÓNICA se compromete a implementar “las medidas de sensibilización sobre las que se ampara el derecho a la desconexión digital. Para lo cual se informará y/o formará a las personas trabajadoras sobre la necesaria protección de este derecho, teniendo en cuenta las circunstancias, tanto laborales como personales de todas las personas trabajadoras, y para ello se pondrá a disposición de estas, toda la información y/o formación que precisen para la comprensión y posterior aplicación de las mencionadas medidas protectoras del derecho a la desconexión digital. Corresponde a quienes tengan la responsabilidad sobre un equipo y/o superiores jerárquicos de las personas trabajadoras, fomentar y educar mediante la práctica responsable de las tecnologías y con el propósito de dar cumplimiento al derecho a la desconexión digital”.

política podrán hacerlo con total libertad; sin embargo, deben asumir que no tendrán respuesta alguna hasta el día hábil posterior.

Continuando el camino allanado por el grupo TELEFÓNICA tras la aprobación de la LOPD cuyo acuerdo ha constituido un auténtico modelo a seguir, quieren destacarse los CC de la LIGA DE FÚTBOL PROFESIONAL (LFP)¹⁰¹³, Grupo ENDESA¹⁰¹⁴, Banco BBVA¹⁰¹⁵ y CAIXABANK. Por un lado, en el art. 32 del CC de LFP, admiten las numerosas ventajas que ofrecen las nuevas tecnologías en la gestión del tiempo y la productividad pero, sin embargo, siendo conscientes de que la conectividad prolongada influye en los periodos de descanso y en la conciliación de la vida personal y familiar, en un ejercicio de responsabilidad y de buena organización de sus recursos, se compromete a elaborar una política interna a partir del siguiente itinerario: elaboración de un diagnóstico para identificar los supuestos que producen interrupción del descanso personal, obtención de resultados del diagnóstico previo para elaborar la política interna que congrega a todo el personal (incluido los puestos directivos) y, una cultura de responsabilidad del personal a través de la formación a todo el personal.

En la misma línea se encuentra el convenio de ENDESA que, en su art. 46, recoge de manera igualitaria al resto la necesidad de impulsar, reconocer y disfrutar este derecho por las personas trabajadoras. Dentro de las medidas debe destacarse que es un convenio bastante garantista y que hace patente el interés en elaborar, conjuntamente con los representantes legales de los trabajadores, una política interna al respecto que deberá contener tanto las modalidades del ejercicio (prevé la posibilidad de teletrabajo) como la actuación formativa y de sensibilización en el uso de herramientas tecnológicas.

Respecto al ámbito bancario, el banco BBVA acuerda con la representación sindical (CCOO, ACB, CGT, UGT, entre otros)¹⁰¹⁶ un acuerdo que recoge detalladamente medidas de compromiso en cuanto a facilitar el derecho a la desconexión de su plantilla.

¹⁰¹³ Resolución de 26 de noviembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de la Liga Nacional de Fútbol Profesional. BOE nº 292, 5 de diciembre de 2019.

¹⁰¹⁴ Resolución de 4 de junio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo marco del Grupo Endesa. BOE nº 169, 17 de junio de 2020.

¹⁰¹⁵ Acuerdo BBVA de 25 de septiembre sobre registro de jornada y desconexión digital. Recuperado en <https://www.ccoo-servicios.es/archivos/bbva/20190925-ACUERDO-BBVA-REGISTRO-DE-JORNADA-DESCONEXION-DIGITAL.pdf>

¹⁰¹⁶ Recuperado en <https://www.bbva.com/es/es/bbva-alcanza-un-acuerdo-para-el-registro-de-jornada-laboral-y-la-desconexion-digital/>

En este sentido, y, en primer lugar, hay que destacar que aclara la incertidumbre de las situaciones de fuerza mayor, declarando que serán aquellas situaciones que causen un grave o evidente perjuicio empresarial, que necesite de una respuesta inmediata. Además, este periodo de trabajo en el que la persona trabajadora es requerida para salvaguardar los intereses de su empresa será considerado tiempo de trabajo efectivo. Prosigue descartando toda posibilidad de enviar comunicación electrónica más allá de las 19:00 horas (o celebrar reuniones después de dicha hora) hasta las 08:00 horas del día siguiente. Y, por último, con la finalidad de integrar en la cultura empresarial la nueva forma de trabajar que supone el teletrabajo, prevé la formación corporativa específica en medidas de sensibilización. Para alcanzar este objetivo, incluirá guías y manuales que resuelvan las dudas sobre los derechos y obligaciones en materia de registro de jornada y desconexión digital.

En la misma línea se encuentra CAIXABANK, en su II Plan de Igualdad¹⁰¹⁷ presenta bastantes semejanzas con el acuerdo del BBVA. Así, por ejemplo, es posible encontrar referencias al envío retardado de correos electrónicos, al reconocimiento del derecho en periodos vacacionales, a la no influencia negativa por disfrute de éste o a los horarios de las reuniones. Destacamos el carácter voluntario de las reuniones, potenciando el uso de la videoconferencia, pero respetando siempre la jornada laboral de cada participante.

Aunque, sin lugar a duda, el CC con un contenido más completo, riguroso y con efectos extrapolables en la práctica cumpliendo la finalidad de la nueva LOPD es el CC de CAJAS Y ENTIDADES FINANCIERAS¹⁰¹⁸. Publicado el 3 de diciembre de 2020

¹⁰¹⁷ Recuperado en <https://www.ccoo-servicios.es/archivos/financiero/Caixabank-plan-igualdad.pdf>

¹⁰¹⁸ Resolución de 23 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro. BOE núm. 316. En el mismo sentido, Resolución de 19 de abril de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Financiera El Corte Inglés, EFC, SA. BOE nº 108, de 6 de mayo de 2021. Resolución de 3 de septiembre de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado. BOE nº 223, de 17 de septiembre de 2021. Resolución de 2 de noviembre de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XXIV Convenio colectivo de Nokia Spain, SA. BOE nº 273, de 15 de noviembre de 2021. Resolución de 18 de noviembre de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Heineken España, SA. BOE nº 288, de 2 de diciembre de 2021. RESOLUCIÓN de 18 de noviembre de 2021, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo, sobre registro, depósito y publicación del convenio colectivo de la empresa Coordinadora Integral Óptica de Servicios Agrupados, S.L. BOCM nº 288, de 3 de diciembre de 2021. Resolución de 15 de diciembre de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social. BOE nº 310, de 27 de diciembre de 2021. Resolución de 12 de

denota un auténtico compromiso con los derechos digitales y su ramificación beneficiosa a otros derechos fundamentales como la conciliación laboral y familiar. En esta línea, a lo largo de su extenso art. 15 desarrolla un conglomerado de medidas concretas por las que se concreta el ejercicio del derecho a la desconexión digital. Respecto a su valoración para garantizar su ejercicio pleno “se tendrán en cuenta todos los dispositivos y herramientas facilitadas por las empresas susceptibles de articular comunicaciones relacionadas con el trabajo, tales como: teléfonos móviles, tabletas, portátiles, aplicaciones móviles propias de las empresas, correos electrónicos y sistemas de mensajería, o cualquier otro que pueda utilizarse.” Como se puede comprobar, acertadamente y lejos de una mera mención a los dispositivos deja bastante claro que la incidencia puede manifestarse por dispositivos con características diferentes; bien por el tipo de tecnología que usan o bien por la titularidad del instrumento, asumiendo la doble empleabilidad (personal y laboral).

Por otro lado, y a efectos de mayor seguridad y accesibilidad de las personas trabajadoras a ejercer este derecho, despeja la incógnita sobre la posibilidad de que pueda influir de alguna “manera negativa en los procesos de promoción, evaluación y valoración o incluso en medidas sancionadoras¹⁰¹⁹”. En la misma línea que TELEFÓNICA, BBVA o CAIXABANK, recoge acertadamente el derecho a “no” atender los requerimientos empresariales a través de dispositivos electrónicos fuera de la jornada de trabajo. Entiéndase cumplido, además, en periodos de tiempo destinados a “permisos, licencias, vacaciones, excedencias o reducciones de jornada”. En este sentido, cerca el límite horario a este tipo de comunicaciones, sin ser ninguna novedad, al periodo comprendido entre las 19 horas de la tarde y las 8 horas de la mañana del día siguiente. Sin embargo, y por ello podría calificarse “convenio a medida o convenio ejemplificativo”, concreta acertadamente los periodos de “reconexión del trabajador” en supuestos de fuerza mayor. Y es que, viene a dar una respuesta clara despejando la incógnita sobre qué puede entenderse por fuerza mayor. No es una cuestión menor, puesto que puede generar a la

noviembre de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de Bofrost*, SAU. BOE nº 311, de 28 de diciembre de 2021.

¹⁰¹⁹ En este caso, y pese al somero reconocimiento del derecho a la desconexión digital el CC de Finanzauto S.A., prevé expresamente que la “La empresa no podrá tomar medidas sancionadoras contra las personas trabajadoras que hagan uso efectivo de su derecho a la desconexión digital implantado en el seno de la empresa”. Resolución de 22 de abril de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Finanzauto, SA. BOE núm. 107, de 5 de mayo de 2022.

persona trabajadora una inseguridad jurídica el hecho de dejar a criterio del empresario esta interpretación¹⁰²⁰.

Por tanto, solventa esta problemática determinando que se excepcionará el disfrute pleno de la desconexión digital de la persona trabajadora cuando surjan circunstancias de fuerza mayor justificadas. Y, por circunstancias de fuerza mayor entiéndase aquellas que puedan “suponer un grave riesgo hacia las personas o un potencial perjuicio empresarial hacia el negocio, cuya urgencia requiera de la adopción de medidas especiales o respuestas inmediatas.”

Por último, y en consonancia con lo regulado por los convenios más garantistas, fija una serie de buenas prácticas para la mejora en la gestión del tiempo¹⁰²¹. El envío de comunicaciones exclusivamente a las personas implicadas, programación de respuestas automáticas en situaciones de ausencia, la adaptación como limitación de la formación y reuniones a la jornada de trabajo de cada persona priorizando la videoconferencia así como su determinación horaria de inicio y fin con carácter previo.

En definitiva, se asemeja y se caracteriza su contenido por la concreción rigurosa con las medidas adoptadas por CAIXABANK. Lo que viene a significar que goza de un protagonismo merecido por haber ahondado de forma comprometida en el desarrollo del contenido de la desconexión digital, tal como se merece.

Una vez que se ha expuesto la diversidad de convenios colectivos que recogen de variadas y diversas formas de abordar el derecho a la desconexión digital, se pretende poner a disposición del lector los elementos necesarios para poder discernir entre aquellos acuerdos garantistas y completos (más progresistas) frente aquellos con un contenido vago e inmaduro de desarrollo legal (más conservadores). Sin embargo, no quiere

¹⁰²⁰ Atiende a la reclamación de MUÑOZ RUIZ quien ya estimó que sería recomendable solventar la incertidumbre generada sobre este concepto por su ambigüedad puesto que se conseguiría esclarecer los supuestos de reconexión laboral del trabajador otorgando seguridad jurídica al respecto, en MUÑOZ RUIZ, A.B. (2020). “El derecho a la desconexión digital en el teletrabajo”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 12, p. 19.

¹⁰²¹ Resolución de 29 de enero de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo del Grupo Vodafone España. BOE nº 34, de 9 de febrero de 2021. Resolución de 31 de mayo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del sector de grandes almacenes. BOE nº 139, de 11 de junio de 2021. Resolución de 19 de agosto de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VIII Convenio colectivo de Decathlon España, SA. BOE nº 209, de 1 de septiembre de 2021. Resolución de 5 de octubre de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para los establecimientos financieros de crédito. BOE nº 247, de 15 de octubre de 2021. Resolución de 30 de septiembre de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Exide Technologies, SLU. BOE nº 251, de 20 de octubre de 2021.

perderse la oportunidad de insistir en el hecho de que el tratamiento convencional del derecho a la desconexión digital no debería quedar limitado ni su mero reconocimiento ni al hecho de no responder a emails o WhatsApp, sino que le conviene, interesa y urge avanzar en un desarrollo del ejercicio del mismo *so pena* de dejarlo sin efectos¹⁰²². Aspecto importante es la necesidad de concretar el concepto de fuerza mayor, concretando qué tipo de situaciones podría englobar y cómo se vería vulnerado el derecho a la desconexión de la persona trabajadora, máxime en situaciones de pandemia como las actuales que han forzado el recurso al trabajo a distancia en el marco del cual tan fundamental resulta la garantía de este derecho. Y, en este sentido, ejemplos de sensibilización y de buen hacer lo constituyen los CC de BBVA, CAIXABANK, TELEFÓNICA o, merecidamente en el caso del Convenio de CAJAS DE AHORRO Y ENTIDADES FINANCIERAS.

Las empresas deben concienciarse que alcanzar la competitividad y la productividad deseada a fin de crecer económicamente puede ser posible sin por ello estar reñido con la implementación de medidas que impulsen la mejora en la calidad del trabajo. La innovación en los procesos de organización y gestión de los recursos humanos¹⁰²³ requiere contar con la participación de las personas trabajadoras y el proceso de innovación provocado por la innegable digitalización no puede sino materializarse en las empresas a través del diálogo social. Y es aquí donde la negociación colectiva puede contribuir sustancialmente al desafío que supone garantizar los derechos digitales de las personas trabajadoras, sin duda alguna.

Ahora bien, siendo cierto que la negociación colectiva podría hacer mucho más al respecto de lo que ha hecho por el momento, se comparte opinión con autores que consideran que siempre quedan espacios de realidad sin regular y que, precisamente por ello, es necesario que el legislador establezca “una regulación subsidiaria en la hipótesis de que no exista convenio de referencia”¹⁰²⁴.

¹⁰²² ARAGÓN GÓMEZ, C. (2019). “El derecho a la desconexión digital”, *Formación e-learning. Curso derechos digitales y efectos en las relaciones laborales. BIB 2019\10140*, Editorial Aranzadi, S.A.U, p. 14.

¹⁰²³ ORENDO, V. GRAU, R. PEIRÓ, J.M^a. (2002). “La innovación tecnológica como proceso de cambio organizacional”, *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, nº 1, p. 8.

¹⁰²⁴ TRUJILLO PONS, F. (2020). *La desconexión digital en el ámbito laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, p. 134. En el mismo sentido, MEGINO FERNÁNDEZ opina que ante esta situación infortunada creada por el legislador se requiere “una urgente y profunda revisión”, en aras de relanzar el protagonismo atribuido a la negociación colectiva que ha impedido en cierto modo llevar a cabo una regulación con garantías. Desde su punto de vista, este problema podría solucionarse mediante “la construcción de un sistema escalonado de fuentes reguladoras (no solo normativas) apropiadamente estructurado, definido,

6.1. La ubicación convencional de la desconexión digital con los derechos fundamentales asociados a su disfrute.

De hecho, se plantean dificultades en cuanto a la ubicación sistemática que se le ha otorgado por la negociación colectiva en atención a la finalidad que se pretende atender. Entre otros ámbitos, la negociación colectiva ha optado por regular la desconexión digital en diferentes parcelas concernientes al ámbito del trabajo y las más comunes son¹⁰²⁵:

- a) Jornada de trabajo.
- b) Registro de jornada de trabajo.
- c) Horario y turnos.
- d) Organización del trabajo y el teletrabajo.
- e) Conciliación de la vida personal, familiar y laboral.
- f) Planes de igualdad.
- g) Responsabilidad social corporativa.
- h) Acción social en la empresa.

Es precisamente por ello por lo que, tomando esta clasificación como punto de partida, se reclama imperiosamente un desarrollo mucho más detallado y pormenorizado de este derecho digital. De tal forma que pueda concretarse su concepto, las formas de ejercitarlo teniendo en cuenta las adaptaciones en función de la modalidad contractual o las características de la prestación laboral y, con especial relevancia, el régimen sancionador en caso de incumplimientos en aras de garantizar que la dependencia jerárquica no influya negativamente sobre la obligación legal de desconexión¹⁰²⁶.

Adaptar el ordenamiento jurídico a la nueva sociedad tecno-digital que está en constante y continua evolución no es tarea fácil para una materia como la rama del

jerarquizado y coordinado, donde la ley sirva de base para que los convenios colectivos establezcan unos mimbres elementales (pero sustanciosos) de obligado respeto”. MEGINO FERNÁNDEZ, D. (2022). “Desconexión digital: caracterización y materialización en las políticas internas de las empresas”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, nº 250, p. 20.

¹⁰²⁵ *Vid.*, esta propuesta sobre el análisis del tratamiento de la desconexión digital en los convenios colectivos en BARRIOS BAUDOR, G.L. (2020). “La desconexión digital en la negociación colectiva de 2020: un análisis práctico”, *Revista Galega de Dereito Social*, nº 11, p. 105-165.

¹⁰²⁶ SERRANO ARGÜESO, M. (2019). “Always on. Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0”, *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 7, nº. 2, p. 175.

Derecho de la que se dice que siempre llega con retraso, cuando en esencia, no puede llegar nunca, antes de la necesidad regulatoria. Pero sí es cierto, que da la sensación de que el legislador debía de haber hecho un esfuerzo mayor en términos de dotar de un tratamiento reforzado al derecho a la desconexión digital más allá de su mero reconocimiento. Y ello porque la posibilidad de llevar a cabo con efectividad este derecho, tanto en el ámbito privado como en el público, no será igual para todos, puesto que la disponibilidad, inmediatez o la conexión continua para atender las directrices empresariales parece más compleja en la Administración Pública, si cabe¹⁰²⁷.

En definitiva, constituye un reto que merece la pena perseguir en tanto en cuanto se trata de un tema no solo transversal, sino multidisciplinar, con implicaciones hacia materias como la referida a la prevención de riesgos laborales o la igualdad, entre otras.

Respecto a los ámbitos señalados anteriormente se han considerado más relevantes a efectos de estudio los que el art. 88 hace expresa mención, ello quiere decir por tanto, que el ámbito de protección del derecho a la desconexión digital es sumamente amplio incluyéndose en su contenido derechos fundamentales clásicos en el ordenamiento laboral así como aspectos concretos como la modalidad del teletrabajo o las circunstancias de excepción en cuanto a su respeto. Por ello, pasan a ser analizados de la siguiente manera:

a) En la vertiente del teletrabajo.

Respecto a la salvaguarda de los derechos digitales en esta modalidad de trabajo dedica su estudio en los arts. 17 y 18 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (en adelante, Ley 10/2021). Es innegable que la modalidad del trabajo a distancia puede entrañar más riesgos en los derechos fundamentales de las personas trabajadoras por la incidencia de las nuevas tecnologías que utiliza durante el desarrollo de la jornada laboral¹⁰²⁸. Y, por otro lado, se celebra la inclusión del deber empresarial de garantizar la desconexión absoluta de las personas trabajadoras durante los periodos de descanso puesto que de la lectura del art. 18 de la Ley 10/2021 queda claro que el legislador no

¹⁰²⁷ A diferencia de lo que ha sucedido con la incorporación en el ET el derecho a la desconexión digital en la Sección II del Capítulo II – Contenido del contrato de trabajo, en el EBEP, recogido en el Capítulo I – Derechos de los empleados públicos del Título III – Derechos y Deberes, código de conducta de los empleados públicos, sí que nos parece acertada su ubicación puesto que está incorporado a continuación de la regulación de las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

¹⁰²⁸ VEGA RUIZ, M^a. L. (2019). “Revolución digital, trabajo y derechos: el gran reto para el futuro del trabajo”, *Revista IUSLabor*, n^o 2, p. 170.

deslinda este derecho del trabajo a distancia. Acierto, por tanto, al preservar la desconexión digital en la realización total o parcial del trabajo a distancia cuando la persona trabajadora utiliza herramientas tecnológicas con fines laborales. No es que sea mucho y consideramos que podía haberse hecho más, pero, probablemente, la urgencia y perentoriedad de la situación actualmente vivida ha tenido mucho que ver en el recorte de las expectativas que se habían ido creando.

En este sentido, la negociación colectiva ha recogido el testigo asumido tanto en la nueva normativa sobre trabajo a distancia como en la nueva LOPD. A este respecto, el CC de Telefónica Ingeniería de Seguridad SAU¹⁰²⁹ en su anexo III, así como el CC para Software DELSOL, S.A.¹⁰³⁰, recogen aunque de forma débil la desconexión digital. Ambas regulaciones prevén la desconexión digital tanto para las personas trabajadoras presenciales o a distancia. Todo ello con independencia de si realiza de forma parcial o total la jornada a distancia, ya que la salvaguardia del derecho consiste en paliar el efecto de extensión de la jornada por el uso de herramientas tecnológicas en el trabajo. En la misma línea tanto el Convenio Colectivo del Grupo Endesa¹⁰³¹, recoge tímidamente en su art. 46 que “el derecho a la desconexión se mantendrá en los mismos términos para quienes estén prestando servicios en la modalidad de trabajo fuera de la oficina”.

Con un carácter mucho más extenso y detallado en el conjunto de medidas que integran la desconexión digital se encuentran el CC de AHORRAMAS S.L.¹⁰³² en su Anexo I, CC del SECTOR DE COMERCIO DE ÓPTICA AL DETALLE Y TALLERES ANEJOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID¹⁰³³, su disposición adicional III, y el CC

¹⁰²⁹ Resolución de 23 de diciembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Telefónica Ingeniería de Seguridad SAU. BOE nº 6, de 7 de enero de 2020.

¹⁰³⁰ II Convenio Colectivo de ámbito empresarial para software DELSOL, S.A., BOPJ nº 126, de 3 de julio de 2020.

¹⁰³¹ Resolución de 4 de junio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo marco del Grupo Endesa. BOE nº 169, de 17 de junio de 2020.

¹⁰³² Resolución de 21 de julio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Ahorramas, SA; Comercial Hermanos Vallejo, SA; Comercial Monte Igueldo, SL; Comercial Sierra, SL; J y M 44, SA; Majuan, SL; Monelja, SL; Rotterdam, SL y Rubio Martín, SL. BOE nº 208, de 1 de agosto de 2020.

¹⁰³³ Resolución de 29 de julio de 2020, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad, sobre registro, depósito y publicación del convenio colectivo del Sector de Comercio de Óptica al Detalle y Talleres Anejos de la Comunidad de Madrid, suscrito por la Asociación Española de Cadenas de Óptica (AECO), Asociación Empresarios de Comercios de Óptica (AECOP),

de CAJAS Y ENTIDADES FINANCIERAS¹⁰³⁴. En conjunto, regulan aspectos importantes y denotan un auténtico compromiso con los derechos digitales y su ramificación beneficiosa a otros derechos fundamentales como la conciliación laboral y familiar. A tal efecto se pueden encontrar referencias a medidas concretas por las que se concreta el ejercicio del derecho a la desconexión digital. Respecto a su valoración para garantizar su ejercicio pleno se lleva a cabo una valoración global de todos los dispositivos y herramientas facilitadas por las empresas. Entiéndase entre otras: teléfonos móviles, tabletas, portátiles, aplicaciones móviles propias de las empresas, correos electrónicos y sistemas de mensajería.

Como se puede comprobar, acertadamente y lejos de una mera mención a los dispositivos son conscientes de la evidente incidencia de los dispositivos electrónicos. Por el momento, el reto es importante ya que se intenta alcanzar una regulación lo suficientemente consensuada, transversal y que garantice el equilibrio de derechos entre ambas partes contractuales.

b) Salud laboral.

Respecto al tratamiento de la desconexión digital como contenido referido a la prevención de riesgos laborales, el número de convenios que hacen referencia o asocian los riesgos de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral son mínimos. Tal es el caso del CC de EXHIBICIÓN CINEMATOGRAFICA DE BARCELONA y su provincia para los años 2019-2021¹⁰³⁵. En su art. 35 menciona expresamente la necesaria “implantación de políticas de desconexión digital que permitan limitar la actividad y disponibilidad de los profesionales fuera de su horario de trabajo a las situaciones perentorias o justificadas admisibles en el marco de la legislación aplicable”. Tras su lectura se puede comprobar que poca o ninguna referencia a la salud laboral lejos de reconocer que la política de desconexión digital se ha encuadrado en el estanco preventivo dentro del citado convenio.

Asociación de Ópticas Madrid y por la representación sindical, Industria-CC. OO. y UGT-FICA Madrid. BOCM nº 203 de 22 de agosto de 2020.

¹⁰³⁴ Resolución de 23 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro. BOE nº 316, de 3 de diciembre de 2020.

¹⁰³⁵ Resolució de 12 de març de 2018, per la qual es disposa la inscripció i la publicació del Conveni col·lectiu de treball del sector d'exhibició cinematogràfica de la província de Barcelona per als anys 219-2020. Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona, de 11 de junio de 2020.

Por otro lado, acertadamente el CC del SECTOR DE LA INDUSTRIA, LA TECNOLOGÍA Y LOS SERVICIOS DEL SECTOR DEL METAL DE LA PROVINCIA DE ZARAGOZA¹⁰³⁶ sí que es consciente sobre tales riesgos. A este respecto, su art. 45 dispone que para garantizar “el derecho a la desconexión digital y evitar el riesgo de fatiga informática, el empleador debe elaborar la política interna dirigida a personas trabajadoras “previa audiencia de los representantes de los trabajadores”.

Continuando y del mismo modo, el CC de ACEPTA SERVICIOS en su art. 21.3 por un lado que “la desconexión digital es un derecho cuya regulación contribuye a la salud de las personas trabajadoras disminuyendo, entre otros, la fatiga tecnológica o el estrés”. Por lo que asume que uno de los peligros del uso de las herramientas digitales es que puede afectar a la salud de las personas; los efectos más palpables, la fatiga informática o el estrés. Y, por otro lado, en cuanto que prioriza y eleva el papel de la desconexión digital al manifestar que “es además necesaria para hacer viable la conciliación de la vida personal y laboral”.

Se puede observar, por tanto, que ha reglamentado perfectamente aspectos como la salud y la conciliación de las personas trabajadoras. Un claro ejemplo que lejos de constituir una regulación pormenorizada no deja de ser una declaración de intenciones. Pero, sin embargo, puede significar un compromiso, un empeño garantista de la negociación garantista de conjugar la desconexión digital con los aspectos multidisciplinares que la integran.

c) Conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Uno de los aspectos que adquiere una cierta singularidad en cuanto al cumplimiento de la desconexión es respeto y garantía del derecho a la conciliación laboral y la vida personal y familiar de las personas trabajadoras. De hecho y tal como se tuvo la oportunidad de examinar con anterioridad, uno de los principales objetivos a alcanzar es evitar que las herramientas tecnológicas actúen como obstáculo en la delimitación entre vida personal y vida laboral. En este sentido, una conexión extenuada y prolongada de las personas trabajadoras más allá de su jornada de trabajo podría difuminar las parcelas de tiempo de trabajo y tiempo de descanso. Pero, en suma, también ocuparía un espacio que debiera ser infranqueable y que podría desvirtuar un derecho como es la conciliación

¹⁰³⁶ Convenio colectivo de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal de la provincia de Zaragoza, de aplicación a partir del 1-1-2020.

laboral y familiar cuyo disfrute se acontece en el denominado periodo de descanso de la persona trabajadora. Máxime como se ha tenido ocasión de examinar cuando la deslocalización de la prestación de trabajo permite llevar a cabo esta desde el propio domicilio de las personas trabajadoras solapándose los conceptos de tiempo de trabajo y tiempo de descanso y, por consiguiente, pudiendo distorsionarse las garantías de su descanso como el disfrute del tiempo del ocio¹⁰³⁷.

Como ejemplo, se encuentra el CC de SIEMENS HEALTHCARE, SLU., así como el CC de LA INDUSTRIA ALIMENTARIA DE GRANADA¹⁰³⁸ que formulan el concepto de desconexión digital como medida que potencia el disfrute de la conciliación laboral y familiar. Ambas fórmulas comparten altas dosis de semejanzas y fijan el punto de mira en la necesidad de la formación y sensibilización con las herramientas tecnológicas utilizadas que pudieran incidir en la prolongación de la jornada laboral. Trasladándose e introduciéndose en la franja horaria destinada a la desconexión digital estudiada.

d) Concreción de las situaciones de fuerza mayor.

Una de las cuestiones que más revuelo ha generado en torno a la desconexión digital es delimitar en qué periodos de tiempo el empresario sí puede reclamar la disponibilidad inmediata de la persona o personas trabajadoras¹⁰³⁹. Concretamente, el término elegido

¹⁰³⁷ LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2021). “Trabajo remoto y derecho a la desconexión digital ante el riesgo de la flexibilidad horaria”, *ob.cit.*, p. 85.

¹⁰³⁸ Resolución de 5 de octubre de 2020, de la delegación territorial de Granada de la Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo de la Junta de Andalucía por la que se acuerda el registro, depósito y publicación del convenio colectivo de industrias de la alimentación de Granada. BOP nº 172, de 15 de octubre de 2020.

¹⁰³⁹ Este aspecto constituye un ámbito controvertido, de hecho, la SAN 1132/2022 declaró la nulidad de varias cláusulas del acuerdo sobre trabajo a distancia. En concreto y respecto a la desconexión digital, el acuerdo de trabajo a distancia reconocía el derecho a la desconexión digital *ex art. 88 LOPD* a la persona trabajadora pero, sin embargo, en aquellas situaciones en las que “existen circunstancias de urgencia justificada en situaciones que puedan suponer un perjuicio empresarial o del negocio cuya urgencia temporal requiera una respuesta o atención inmediata por parte del Trabajador”. Al no existir una regulación del trabajo a distancia en el Convenio Colectivo de aplicación (en este caso, contact center) el empresario configuró un contrato de trabajo a distancia “tipo” que no fue consultado ni negociado con la RLT sino únicamente informado. De este modo, el empresario elaboró de forma unilateral todas y cada una de las cláusulas del citado contrato de trabajo a distancia, imperando la desigualdad patente en la relación laboral frente a las personas trabajadoras. No obstante, la AN reconoce que se trata de un contrato tipo de adhesión que “colma las exigencias establecidas en el art. 1261 del Código Civil” y que, no existe reparo alguno respecto a la capacidad de las partes. Por lo tanto, para valorar la nulidad del contrario deberá determinarse si cada una de las cláusulas contraviene a la ley, art. 1255 Código Civil o en caso de que determine condiciones menos favorables o contrarias a las legales y convencionales *ex art. 3.1 c) ET*. Así, la AN al

comúnmente en la regulación convencional es el término de “fuerza mayor o circunstancias excepcionales”. En este tipo de momentos, el empresario podría infringir la franja horaria de “descanso digital” de las personas trabajadoras cuando estime que tales circunstancias han tenido lugar. De hecho, este tipo de situaciones en las que se limita el ejercicio y disfrute de un derecho por las personas trabajadoras ya se adelantó en capítulos anteriores. No debe olvidarse que para que prevalezca el ejercicio del empresario de sus facultades organizativas y de dirección respecto al ejercicio de un derecho, en este caso, la desconexión digital por el trabajador debe observarse una serie de parámetros¹⁰⁴⁰.

Teniendo en cuenta el objeto de este epígrafe, el empresario podría justificar una necesidad o interés empresarial que requiera el sacrificio del ejercicio de este derecho que implica sacrificar derechos fundamentales como el descanso, la conciliación o la intimidad. Y dicha legitimación, es decir, cuando se acredita la necesidad o interés empresarial suficiente tal como ha indicado el TC en su doctrina¹⁰⁴¹, obedece a situaciones de fuerza mayor o circunstancias excepcionales que suponen un grave riesgo para el mantenimiento y supervivencia de la actividad empresarial. Precisamente, en torno a este tipo de regulaciones surgió la problemática ya que no se ha delimitado qué se puede entender por “fuerza mayor” o “circunstancias excepcionales”.

En resumidas cuentas, no se ha concretado de forma específica y rigurosa las hipotéticas situaciones en las que las personas trabajadoras podría ver difuminado su derecho a la desconexión digital, es por ello por lo que se ha determinado necesario acudir

valorar la cláusula relativa a la posibilidad de reclamar la disponibilidad inmediata del trabajador desplazando el derecho a la desconexión digital *ex art. 88 LOPD*, determina que de acuerdo con este artículo, el empresario no puede imponer de forma unilateral los límites al ejercicio y disfrute del derecho en cuestión. Precisamente, porque existe una previsión legal *ex art. 88.2 LOPD* que fija la obligación de concretar su ejercicio, disfrute y restricción con sujeción a “lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores”. Por tales motivos, declaró la nulidad de dicha cláusula respecto a las situaciones de reconexión de la persona trabajadoras por “circunstancias de urgencia justificada en situaciones que puedan suponer un perjuicio empresarial o del negocio cuya urgencia temporal requiera una respuesta o atención inmediata por parte del Trabajador”. N° de conflicto colectivo 33/2022, Id Cendoj: 28079240012022100043. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/18ecb6dde08a1998/20220404>

¹⁰⁴⁰ *Vid.*, en profundidad al respecto en RODRÍGUEZ CRESPO, M^a. J. (2018). “La necesaria observancia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales como límite inexcusable del poder de dirección empresarial”, *Revista IUSLabor*, nº 2, pp. 181-183.

¹⁰⁴¹ Entre otras, sentencia 99/1994, de 11 de abril, sentencia 6/1995, de 10 de enero y sentencia 136/1996, de 23 de julio.

a la negociación colectiva para verificar si se ha encontrado una solución positiva al respecto.

Aterrizando por tanto al estudio convencional se puede verificar que se ha llevado a cabo un tratamiento diferenciado sobre esta cuestión. Y es que, existen convenios colectivos como los CC de SIEMENS GAMESA RENEWABLE ENERGY EÓLICA, del SECTOR DEL COMERCIO DE VALLADOLID, de la empresa ESTRELLA DEL LEVANTE y del SECTOR DEL COMERCIO DE LA PROVINCIA DE SEGOVIA que son con un contenido menos pormenorizado o austeros se limitan básicamente a recoger la referencia a una situación de fuerza mayor. Y, en los que se menciona la denominada “circunstancia excepcional” de necesidad o urgencia como CC del GRUPO SELECTA, CARLSON WAGONLIT ESPAÑA.

Mientras que, por el contrario, determinados convenios colectivos sí que se han preocupado por ser más rigoristas. Por otro lado, en el caso del CC estatal de CENTROS Y SERVICIOS VETERINARIOS que en su art. 95.5 se hace referencia a “circunstancias de causa de fuerza mayor o que supongan un grave, inminente o evidente perjuicio empresarial o del negocio, cuya urgencia temporal necesita indubitadamente de una respuesta inmediata”. Otro ejemplo sería el convenio para las cajas y entidades financieras de ahorro, en su art. 15 se manifiesta en el sentido de que “concurren circunstancias excepcionales justificadas cuando se trate de supuestos que puedan suponer un grave riesgo hacia las personas o un potencial perjuicio empresarial hacia el negocio, cuya urgencia requiera de la adopción de medidas especiales o respuestas inmediatas”.

Más explícito y concreto es el CC de TELEFÓNICA INGENIERÍA DE SEGURIDAD al pormenorizar el procedimiento. A tal fin, cuando sea preciso contactar con la persona trabajadora finalizada su jornada laboral, se contactará con aquella preferiblemente por teléfono para comunicarle la situación de urgencia que motiva dicha situación. Del mismo modo, el art. 19 del CC del CONSORCIO DE SERVICIOS DE LA PALMA determina que se llevarán a cabo dos llamadas, de forma que si en el plazo de dos horas no responde a la misma perderá el plus correspondiente a esa mensualidad. Por otro lado, detalla el CC de TELEINFORMÁTICA Y COMUNICACIONES que a efectos de calificar el tiempo de trabajo este periodo de tiempo podría calificarse como hora extraordinaria.

Tras el examen anterior, se ha podido observar que la regulación de aspectos difusos con altas dosis de ambigüedad como es el caso de la interrupción del periodo de

desconexión digital requiere ser dotado del desarrollo necesario. En consecuencia, se interpela a la negociación colectiva a que determine su concepto, las formas de comunicación del empresario con el trabajador en este tipo de casos y el tratamiento, a efectos de la contraprestación oportuna, del tiempo de trabajo desempeñado las personas trabajadoras en este tipo de situaciones.

Como cierre a este análisis se puede concluir que el derecho a la desconexión digital debe ser analizada con cautela con el fin de dotarla de un contenido sólido y ajustado a la realidad del ámbito de las relaciones laborales para que pueda desplegar todos sus efectos.

La ilusión despertada por las primeras regulaciones al respecto no puede decaer tras pocos años de vida de la LOPD. Al contrario, debe ser un total revulsivo para la negociación colectiva como para las propias empresas que quieran presumir de una cultura proteccionista y cumplidora en el respeto de los derechos de las personas trabajadoras. A tal efecto deben abandonarse, puesto que ya ha pasado un periodo de tiempo estrictamente razonable, los meros reconocimientos funcionales del derecho a la desconexión tanto en la negociación colectiva como en las políticas corporativas de desconexión digital.

El objetivo por alcanzar debe ser formular contenidos que adolezcan de mayor concreción y compromiso con la salvaguardia y disfrute de este derecho siguiendo la estela marcada por los ejemplos sumamente positivos que existen en este sentido. Todo ello sin que en ningún caso la convivencia entre convenio y política interna suponga un perjuicio puesto que pueden complementarse conjuntamente, fijando el convenio colectivo un contenido amplio y general mientras que la política interna podría encargarse en trasladar a la idiosincrasia corporativa los aspectos con dificultad interpretativa o más difusos.

Por último teniendo en consideración que el derecho a la desconexión se caracteriza por su contenido multidisciplinar como se ha expuesto anteriormente, se recomienda su tratamiento conjunto con otros derechos asociados como la conciliación laboral y familiar, la seguridad y salud laboral, derecho al descanso o la propia intimidad de las personas trabajadoras, respecto al conglomerado de herramientas digitales empleadas que pudieran dificultar su pleno ejercicio, porque solo de esta forma podrá garantizarse su pleno ejercicio.

TERCERA PARTE

LOS SISTEMAS DIGITALES DE CONTROL EMPRESARIAL

CAPÍTULO I

LA VIDEOVIGILANCIA COMO MÉTODO DE CONTROL LABORAL

1. La controvertida utilización del sistema de videovigilancia en el ámbito de las relaciones laborales.

Durante años el uso de la videovigilancia como medida de control laboral ha suscitado un intenso debate en la jurisprudencia y que, *grosso modo*, se resumía a las numerosas dificultades sobre un criterio pacífico que permitiera alcanzar el deseado equilibrio entre el respeto de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras y los derechos reconocidos al empleador.

Esta inquietud ni siquiera hoy se podría declarar superada puesto que no constituye una cuestión sencilla, en aras de alcanzar dicho equilibrio entre las partes interesadas, la interpretación de la normativa de protección de datos personales en el contexto de las relaciones laborales. En cierto modo se llegó a sostener que las personas trabajadoras no podían invocar su derecho a la intimidad en el centro de trabajo, con excepción a los lugares reservados a su descanso¹⁰⁴². El argumento principal que sostiene esta aseveración es que el centro de trabajo donde se ubica la persona trabajadora es un lugar público, un ámbito geográfico en el cual no tiene cabida invocar el derecho a la intimidad¹⁰⁴³.

En suma, esta dificultad también se debió a que tanto el TC y como el TS han construido su doctrina examinando la incidencia de la videovigilancia en los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 CE), pero cuando se invoca la vulneración del derecho a la protección de datos en los casos de videovigilancia (art. 18.4 CE), el conflicto jurídico adquiere otra dimensión, precisamente por la exigencia estructural de este derecho de que se cumpla necesariamente el deber informativo a las personas trabajadoras como único medio de conseguir una protección eficaz del derecho de autodeterminación informativa inherente al derecho a la protección de datos.

¹⁰⁴² DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A. (2014). “Trabajo, videovigilancia y controles informáticos. Un recorrido por la jurisprudencia”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 39, p. 4.

¹⁰⁴³ GOÑI SEIN, J.L. (2007). “La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales”, Madrid, Thomson-Civitas, APDCM, pp. 27 y ss.

Tomando en consideración lo anterior, en nuestro ordenamiento jurídico no existía hasta la entrada en vigor de la LOPD un marco jurídico claro sobre los métodos de control informáticos, técnico-digitales o como se quiera apodarlos, que el empresario podría utilizar en el marco de las relaciones laborales como fórmula de extensión del art. 20.3 ET. Y ello, pese a que la LOPD responde a una actuación legislativa de integrar en nuestro ordenamiento jurídico los nuevos parámetros establecidos por el RGPD. Este texto comunitario que si bien hace referencia y acentúa la especificidad del ámbito de las relaciones laborales, por el contrario, no hace referencia alguna sobre tales métodos de control que podría implementar el empresario. Sin embargo, podría calificarse como el antecedente indirecto que conllevó la imperiosa necesidad de regular este tipo de dispositivos en las normas de los estados miembros sobre protección de datos para adaptarse al marco comunitario. En cierto modo, porque debía darse respuesta y aclaración a nuevos conceptos y principios que incorpora el RGPD con respecto al cumplimiento por los responsables de tratamientos de datos personales con respecto a su implementación a este tipo de medidas tecnológicas.

En nuestro entorno europeo más cercano, la videovigilancia es regulada de distintas formas. Tal es el caso de Portugal, que llevó a cabo este proceso de adaptación normativa comunitaria a su ordenamiento jurídico mediante la aprobación de la Lei nº 58/2019, de 8 de agosto¹⁰⁴⁴, que se caracteriza por adoptar un sistema más restrictivo y proteccionista de las personas trabajadoras en esta materia.

El art. 28.4 de la ley de protección de datos portuguesa, bajo el título de relaciones laborales, determina que la utilización del sistema de videovigilancia en el ámbito laboral deberá observar lo previsto en el art. 20 del Código Laboral¹⁰⁴⁵ y, exclusivamente en el ámbito de un proceso penal. Si bien es cierto que en su apartado quinto, sí prevé la posibilidad de adoptar medidas disciplinarias a raíz de tales grabaciones¹⁰⁴⁶, no obstante,

¹⁰⁴⁴ Lei nº 58/2019, de 8 de agosto, de Assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (Diário da República nº 151/2019).

¹⁰⁴⁵ Lei n.o 7/2009 de 12 de fevereiro Aprova a revisão do Código do Trabalho.

¹⁰⁴⁶ Por ejemplo, existen pronunciamientos en los que se valora la admisibilidad o inadmisibilidad, por ilícita *ex* art. 20.1 Código de Trabajo Portugués, de la prueba de videovigilancia desde la observancia por el empresario de los requisitos que determina la normativa de protección de datos personales. De tal forma que, en caso de que el empresario no pudiera probar cuál era el fin principal al que atendía la instalación de los sistemas de videovigilancia y tampoco pueda acreditar si se ha cumplido con el deber de información previa a las personas trabajadoras, se aplica estrictamente el art. 20.1 del Código de Trabajo Portugués. En

si se analiza el art. 20 del Código Laboral, se comprobaría lo siguiente: el empleador no podrá utilizar sistemas de videovigilancia con fines de control laboral salvo cuando la finalidad sea la protección y seguridad de personas y bienes justificados por la naturaleza de la actividad¹⁰⁴⁷. Además, deberá contar con la aprobación de la Comisión Nacional de Protección de Datos (en adelante, CNPD)¹⁰⁴⁸ y acatar el deber de información mediante la colocación del distintivo informativo de videovigilancia, advertido de poder cometer delito grave si no cumple con la misma. Sin embargo, la CNPD ha concretado que a raíz de la entrada en vigor del RGPD ya no es necesario llevar a cabo una comunicación o notificación previa en la instalación de videocámaras de vigilancia. Concretamente ha manifestado que, de acuerdo con los parámetros del RGPD y la Lei 58/2019, debe ser el responsable del tratamiento de datos personales quien determine si dicho tratamiento de

consecuencia, la calificación de la prueba como nula por ser ilícita ya que el sistema de videovigilancia pudiera haber sido instalado con fines estrictos de control laboral e incluso sin cumplir con los parámetros establecidos por la normativa de protección de datos personales. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 17 de diciembre de 2014, p. 231/14.6TTVNG.P1. Sin embargo, por otro lado, también existe jurisprudencia que, igualmente valorando el cumplimiento de los parámetros marcados por la normativa de protección de datos personales, considera que la aportación por la empresa de las imágenes como medida disciplinaria constituye un medio desproporcionado por cuanto el comportamiento de la persona trabajadora en cuestión no ha causado un daño tan grave para la actividad de la empresa. Por lo que se concluye que la medida respondía, en definitiva, a un control laboral de la persona trabajadora y no a fin de garantizar la seguridad de las instalaciones, por lo que no se cumpliría estrictamente el juicio de proporcionalidad. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, p. 2760/20.3T8PRT.P1 Y, por otro lado, hay jurisprudencia que acredita la validez de la prueba de videovigilancia, por ejemplo, en situaciones que por razón de la actividad o los bienes a preservar (en este caso la persona trabajadora prestaba servicios en la cafetería de una gasolinera), se justifica la validez de la prueba aportada una vez que se ha acreditado el estricto cumplimiento de los parámetros de protección de datos personales *ex art. 20.2 y 3 Código de Trabajo Portugués*. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, p. 159/18.0T8PNF-A.P1.

¹⁰⁴⁷ *Vid.*, en este sentido, jurisprudencia que justifica la admisibilidad de la prueba de videovigilancia cuando se ha cumplido con los parámetros establecidos por la ley de protección de datos y se ha superado el juicio de proporcionalidad por cuanto se ha verificado que la acción de la persona trabajadora causa un perjuicio tanto en las personas como en los bienes de la empresa. Por lo tanto, la prueba de videovigilancia que no tenía como finalidad el control estrictamente laboral de las personas trabajadoras, permite verificar situaciones en las que se acomete una actuación grave y culpable de la persona trabajadora, derivando en detrimento para sus intereses, en una actuación disciplinaria por la empresa basada en una justa causa. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, p. 292/09.0TTSTB.E1. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, p. 292/09.0TTSTB.E2. Acórdão do Tribunal da Relação de Oporto, p.229/11.6TTLMG.P1. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, p. 359/13.0TTFIG-A.C1. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, p.6909/16.2T8PRT.P1.

¹⁰⁴⁸ El art. 21 do Código do Trabalho determina que sólo contará con la aprobación del máximo organismo en protección de datos siempre y cuando el uso de tales medios sea necesario, adecuado y proporcional a los objetivos a alcanzar.

datos personales a través de un sistema de videovigilancia es o no conforme a la legislación señalada¹⁰⁴⁹.

De forma distinta se regula, por ejemplo, en países como Francia en donde la videovigilancia no se regula de forma expresa ni en su Código de Trabajo ni en la Ley n° 78-17 de 6 de enero de 1978 de protección de datos personales, tomando un especial protagonismo en su perfilamiento la CNIL. Sin embargo sí puede encontrarse una referencia directa y expresa al principio de proporcionalidad, tal es así que el art. 1121-1 del Código Laboral establece que “nadie puede imponer restricciones a los derechos de las personas ya las libertades individuales y colectivas que no estén justificadas por la naturaleza de la tarea a realizar o proporcionadas al fin perseguido.”

Del análisis anterior se puede entender que el empresario no goza de libertad absoluta para instalar cámaras de videovigilancia; de hecho en la práctica se ha materializado exclusivamente en la finalidad de garantizar la seguridad de las instalaciones y las personas. La CNIL se ha pronunciado en diferentes ocasiones señalando que “la colocación continua bajo supervisión de los puestos de trabajo de los empleados solo es posible si está justificada por una situación o riesgo particular al que están expuestas las personas sujetas a supervisión.¹⁰⁵⁰” En este sentido, se excluye la monitorización continua y permanente de las personas trabajadoras por un sistema de videovigilancia con la salvedad de justificar su instalación en determinados tipos de empleo (cajeros, bienes preciados, etc.) limitando su campo de grabación al bien jurídico, objeto o material a salvaguardar¹⁰⁵¹.

Por tanto, en el caso de encontrar justificación para instalar un sistema de videovigilancia el empresario deberá informar a las personas trabajadoras previamente a tenor de lo dispuesto en el art. 1222-4 de su Código Laboral como en cumplimiento de

¹⁰⁴⁹ Puede verse el contenido de esta aclaración en la publicación efectuada por la CNPD sobre cuestiones relativas a la videovigilancia. Recuperado de <https://www.cnpd.pt/organizacoes/areas-tematicas/videovigilancia/>

¹⁰⁵⁰ Délibération 2014-307 du 17 juillet 2014, recuperado de <https://www.legifrance.gouv.fr/cnil/id/CNILTEXT000029302625>. DELIBERATION n°2010-112 du 22 avril 2010, recuperado de <https://www.legifrance.gouv.fr/cnil/id/CNILTEXT000022913263/>

¹⁰⁵¹ *Vid.*, jurisprudencia sobre la imposibilidad de utilizar la videovigilancia como prueba del despido por no superar el juicio de proporcionalidad Cour de cassation. Pourvoi n° 19-13.856, 23 June 2021 (ECLI:FR:CCASS:2021:SO00804). Cour de cassation. Pourvoi n° 20-10.843, 22 septembre 2021 (ECLI:FR:CCASS:2021:SO01013) Cour de cassation. Pourvoi n° 20-12.263, 10 November 2021 (ECLI:FR:CCASS:2021:SO01249).

los deberes de información previa *ex art.* 12 RGPD y 32 de la Ley n° 78-17 de 6 de enero de 1978.

Por otra parte, en el caso de Suecia, la Ley Kamerabevakningslag (2018:1200)¹⁰⁵² determina en los arts. 7 y 8 que es necesario solicitar previamente un permiso a la Agencia de Protección de Datos a fin de evaluar si la videovigilancia es una medida proporcional o si, por el contrario, prevalece el derecho a la privacidad de las personas. A este respecto, el art. 8 habilita la implementación de un sistema de vigilancia avalado por la Agencia de Protección de datos cuando responda a una finalidad de prevención, disuasión o comprobación de comportamientos delictivos así como actividades de control o monitorización personal. Así mismo, el art. 8 *in fine* pone especial énfasis en determinados aspectos sobre la monitorización con videovigilancia; en primer lugar, respecto a cómo se llevará a cabo el seguimiento, en segundo lugar, seleccionar una tecnología compatible con el respeto al derecho a la privacidad y, en tercer lugar, especificar concretamente las áreas de monitorización.

Para el caso del ámbito laboral, el art. 18 prevé una excepción a este permiso siempre y cuando se presente junto con la solicitud se presente conjuntamente un informe positivo del representante de seguridad, del comité de seguridad o representante de los trabajadores. Y por otro lado, en la misma línea que Francia, la regulación sueca es totalmente acorde con los requisitos de información que establece el art. 13 del RGPD; información que deberá albergarse en el distintivo informativo de videovigilancia. Así lo determina el art. 18 de la ley respecto al procesamiento de datos personales a través de dispositivos de video, remitiéndose a los parámetros establecidos por el RGPD.

Y, por último, en el caso de Italia concretamente la regulación de los sistemas de videovigilancia si encuentra anclaje en el ámbito de las relaciones laborales. Concretamente, el Statuto dei lavoratori aprobado por la Legge 300/1970, prevé en los arts. 3 y 4 respectivamente. En primer lugar, el art. 3 determina la obligación de comunicar a las personas trabajadoras los datos de identificación del responsable de la supervisión de la actividad laboral. Por otro lado, el art. 4 desarrolla el marco legal de los sistemas audiovisuales implementados para monitorizar a las personas trabajadoras siempre y cuando atiendan a las siguientes finalidades: “organizativas y productivas, para

¹⁰⁵² Recuperado de https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/kamerabevakningslag-20181200_sfs-2018-1200

la seguridad laboral y para la protección de los activos de la empresa”. Respecto a la ubicación, deberá negociarse en convenio colectivo tras la consulta a los representantes sindicales de la empresa y, en caso de empresas que no cuentan con representación, podrán instalarse con la aprobación de la Inspección Nacional de Trabajo¹⁰⁵³.

Lo que en cierto modo se asemeja perfectamente a las regulaciones europeas señaladas anteriormente caracterizadas por priorizar el derecho a la privacidad de las personas trabajadoras que, por ende, supone la exclusión prácticamente total del control o monitorización permanente de las personas trabajadoras por un sistema de videovigilancia¹⁰⁵⁴.

Concluido este análisis comparativo a nivel europeo y retomando nuestro ordenamiento jurídico, se ha considerado oportuno iniciar un análisis de la jurisprudencia consolidada por el TC, TS y del TEDH, en la búsqueda del constante equilibrio entre los derechos fundamentales de los trabajadores con el uso de nuevas tecnologías introducidas en el ámbito de organización y control de la empresa por el empleador¹⁰⁵⁵. Y una vez superado este estudio, valorar conscientemente qué aspectos han pasado a formar parte de la LOPD respecto a la salvaguarda de los derechos fundamentales en cuestión.

¹⁰⁵³ Vid., en profundidad DESSÌ, O. (2022). “El control remoto de la persona trabajadora «agile» en el derecho del trabajo italiano”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, nº 466, pp. 170-173.

¹⁰⁵⁴ A este respecto, en la jurisprudencia italiana se diferencia entre controles defensivos y controles específicos. En cuanto a los primeros, se refiere aquel control ejercitado por el empresario a fin de verificar el buen uso y respeto de los bienes corporativos puestos a disposición de los empleados. Y en cuanto a los segundos se permite la monitorización laboral a través de medios de videovigilancia de conformidad con el art. 4 del Statuto dei lavoratori siempre y cuando esta actuación del empresario responda al control de un sujeto individualizado ante sospechas fundadas de comisión de actos ilícitos. Por lo tanto, se excluye la posibilidad de monitorizar la actividad regular de la persona trabajadora con excepción de implementar este sistema cuando existan sospechas previas de comisión o realización por las personas trabajadoras de ilícitos en el ámbito laboral. Debiendo ajustarse en este sentido al correcto principio de proporcionalidad, es decir, respecto al equilibrio de protección de los bienes e intereses de la empresa y la garantía de la dignidad y confidencialidad o privacidad de las personas trabajadoras. Vid., Cassazione civile, sez. lavoro, sentenza 9 ottobre 2020, n. 21888. Cassazione civile, sez. lavoro, sentenza 22 settembre 2021, n. 25732. Cassazione civile, sez. lavoro, sentenza 12 novembre 2021, n. 34092.

¹⁰⁵⁵ GOÑI SEIN, J.L. (2018). “La protección de las comunicaciones electrónicas del trabajador: la doctrina del Tribunal de Estrasburgo y la jurisprudencia constitucional”, *Revista Trabajo y derecho*, nº 40, p.17.

1.1.La doctrina del TC en materia de videovigilancia en el ámbito laboral.

Comenzando con la jurisprudencia del TC, sin lugar a duda se tendrá que comenzar el estudio por las primeras sentencias en las que el alto Tribunal se adentró en analizar el conflicto existente entre la tecnología y los derechos fundamentales¹⁰⁵⁶.

En primer lugar, la STC 98/2000, de 10 de abril¹⁰⁵⁷, conocida como el caso “Casino la Toja”. La instalación de las videocámaras en las zonas de la ruleta francesa y de la caja se realizó con fines estrictamente de control de las personas trabajadoras y, únicamente con conocimiento del comité de empresa una vez instalados. La controversia en este asunto surgió al instalar micrófonos con el objetivo de grabar las conversaciones de las personas trabajadoras con los clientes bajo la justificación de la seguridad de las instalaciones.

El TC concretó que la cuestión a dilucidar era si la instalación de tales micrófonos se ajustaba a las exigencias indispensables del respeto del derecho a la intimidad. A tal respecto, adelantó que su propia doctrina ya recogía que la celebración de un contrato de trabajo no implica privación para una de las partes, en concreto de la persona trabajadora, de los derechos que le reconoce la Constitución e incluso aún cuando el ejercicio de tales derechos requiera de modulación o restricción fundada en estrictas razones de necesidad. Por tanto, ante este tipo de situaciones debe llevarse a cabo el correspondiente juicio de proporcionalidad e intervención mínima en los derechos fundamentales de las personas trabajadoras ante los intereses de la organización empresarial¹⁰⁵⁸, por lo que se trató, en definitiva, de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE.

En segundo lugar, la STC 186/2000, de 10 de julio¹⁰⁵⁹, se abordó la instalación de cámaras ocultas en las cajas registradoras y el mostrador de paso de mercancías. La empresa decidió tomar esta medida ante un descuadre llamativo en los rendimientos de

¹⁰⁵⁶ JIMÉNEZ-CASTELLANOS BALLESTEROS, I. (2017). “Videovigilancia laboral y derecho fundamental a la protección de datos”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 136, p.131.

¹⁰⁵⁷ Recurso de Amparo núm. 4015/1996, (Aranzadi JUR\ RTC 2000\98).

¹⁰⁵⁸ LENZI, O. (2019). “El control de la prestación laboral a través de fórmulas de videovigilancia: El concreto supuesto del trabajo doméstico”, *Temas Laborales: Revista Andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 146, p.164.

¹⁰⁵⁹ Recurso de Amparo núm. 2662/1997, (Aranzadi JUR\ RTC 2000\186).

la sección de textil y calzado del economato donde desarrollaba su labor la persona trabajadora con el fin de comprobar si existía algún hecho ilícito. Recuérdese una vez más, que la constitucionalidad de la medida adoptada debe ajustarse al principio de proporcionalidad a través de los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad¹⁰⁶⁰.

En este supuesto y a diferencia del anterior, la medida no se instauró por aumentar las medidas de seguridad, sino que se instaló ante las innegables sospechas por las irregularidades en el comportamiento de los cajeros. De hecho, fueron ubicadas en el ámbito físico estrictamente indispensable y durante un tiempo limitado para la finalidad propuesta, comprobar la comisión de un acto ilícito. Por lo tanto, el TC estimó que los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen de las personas trabajadoras garantizados por el art. 18.1 CE no resultaron vulnerados.

Posteriormente, ya en el año 2013, la STC 29/2013 de 11 de febrero¹⁰⁶¹, “Caso Universidad de Sevilla” se enjuició la instalación de la videovigilancia desde el punto de vista de la protección de datos y ya no como vulneración del derecho a la intimidad.

La Universidad, ante las sospechas sobre el incumplimiento de los horarios de trabajo, estimó necesario acceder a las grabaciones de las cámaras instaladas en los accesos a las dependencias. Y, de hecho, tenía concedida autorización de la AEPD para su instalación y funcionamiento siendo debidamente señalizadas.

El tribunal concluyó que, efectivamente, la imagen constituye un dato personal y, la grabación de imágenes es una operación de tratamiento de datos personales por lo que es aplicable la LOPRODA. Este asunto difiere totalmente de los dos señalados anteriormente y es que el derecho fundamental enjuiciado era el art. 18.1 CE mientras que el que nos ocupa es el art. 18.4 CE. La Universidad de Sevilla, como persona jurídica titular del establecimiento donde se encontraban instaladas las cámaras de videovigilancia, era responsable del tratamiento por la captación de las imágenes. En efecto, aunque existieran distintivos que informasen de la existencia de estas, era

¹⁰⁶⁰ GUDE FERNÁNDEZ, A. (2015). “La videovigilancia en el ámbito laboral y el derecho a la intimidad”, *Revista de Derecho Constitucional*, nº 20, pp. 16-17.

¹⁰⁶¹ Recurso de Amparo núm. 10522/2009, (Aranzadi JUR\ RTC 2013\29).

necesario cumplir con el deber de información¹⁰⁶² previa que requiere la comunicación previa, expresa, clara, concisa y de forma inequívoca a las personas trabajadoras¹⁰⁶³.

Por consiguiente, al no haber cumplido con el deber de información previa a la persona trabajadora sobre esa posibilidad de supervisión laboral se había vulnerado su derecho a la protección de datos al ser privado de la disposición y control de sus datos. Y, en cuanto al contenido de la información, se 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 esta constante evolución de los requisitos marcados por el alto tribunal para su instalación, se puede mencionar la STC 39/2016, de 3 de marzo¹⁰⁶⁴, “Caso Bershka”. Los hechos tuvieron lugar a través de la comprobación llevada a cabo por el departamento de seguridad de Inditex mediante un nuevo sistema de control de caja la existencia de múltiples irregularidades. Ante esta fundada sospecha encargan a la empresa de seguridad la instalación de una cámara de videovigilancia que controlara la caja donde se encontraba ubicada. Esta instalación se realizó sin comunicación a la plantilla, aunque sí se colocó el distintivo en un lugar visible del escaparate del establecimiento¹⁰⁶⁵. Apoyado en su propio criterio creado a partir de la STC 292/2000¹⁰⁶⁶ y al tratarse de la captación de la imagen

¹⁰⁶² En aplicación de esa doctrina, se concluye que no hay una habilitación legal expresa para esa omisión del derecho a la información sobre el tratamiento de datos personales en el ámbito de las relaciones laborales, y que tampoco podría situarse su fundamento en el interés empresarial de controlar la actividad laboral a través de sistemas sorpresivos o no informados de tratamiento de datos que aseguren la máxima eficacia en el propósito de vigilancia. Esa lógica fundada en la utilidad o conveniencia empresarial haría quebrar la efectividad del derecho fundamental, en su núcleo esencial. En efecto, se confundiría la legitimidad del fin (en este caso, la verificación del cumplimiento de las obligaciones laborales a través del tratamiento de datos, art. 20.3 ET en relación con el art. 6.2 LOPD) con la constitucionalidad del acto (que exige ofrecer previamente la información necesaria, art. 5 LOPD), cuando lo cierto es que cabe proclamar la legitimidad de aquel propósito (incluso sin consentimiento del trabajador, art. 6.2 LOPD) pero, del mismo modo, declarar que lesiona el art. 18.4 CE la utilización para llevarlo a cabo de medios encubiertos que niegan al trabajador la información exigible. Fundamento jurídico sexto.

¹⁰⁶³ FERRER SERRANO, R.L. (2014). “Videovigilancia e información personal de los trabajadores: a propósito de los criterios fijados por la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha de 3 de marzo de 2016 y su reciente recepción jurisprudencia”, *Revista de información laboral*, nº 12, p.199.

¹⁰⁶⁴ Recurso de Amparo núm. 1463/2000, (Aranzadi JUR\ RTC 2000\292).

¹⁰⁶⁵ Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras.

¹⁰⁶⁶ Recurso de Amparo núm. 10522/2009, (Aranzadi JUR\ RTC 2013\29).

(dato personal) cuya finalidad era comprobar si se estaba cometiendo un acto ilícito, dio un giro completo a su doctrina.

El TC concluyó que la empresa colocó el correspondiente distintivo en el escaparate de la tienda donde presta servicios la persona trabajadora, por lo que ésta podía conocer su existencia y finalidad de la instalación. En consecuencia, teniendo la trabajadora información previa de la instalación de las cámaras de videovigilancia a través del correspondiente distintivo informativo, y habiendo sido tratadas las imágenes captadas para el control de la relación laboral, no podía entenderse vulnerado el art. 18.4 CE. Al tratarse de una captación cuyo único fin era de control laboral - captar la apropiación de efectivo de la caja de la tienda por parte de la recurrente que por este motivo fue despedida disciplinariamente- y cumpliendo la medida el juicio de proporcionalidad - instalación de cámaras de seguridad que controlaban la zona de caja donde la persona trabajadora desempeñaba su actividad laboral-, no se requería el consentimiento de la persona trabajadora afectada. Por lo tanto, en conclusión, se admitió la prueba como lícita y el tribunal calificó el despido de procedente¹⁰⁶⁷.

1.2.La doctrina del TS en materia de videovigilancia en el ámbito laboral.

Por otra parte, en cuanto a la doctrina del TS en la materia, se puede adelantar que ha seguido la línea jurisprudencial marcada por el TC en cada momento. Comenzando con la STS de 13 de mayo de 2014¹⁰⁶⁸, se planteó un caso de despido de una persona que prestaba servicios en un supermercado y contaba con cámaras de videovigilancia con la finalidad de evitar robos por parte de los clientes. La ubicación de las cámaras se encontraba concretamente en “los lineales, así como una de ellas en la zona de cajas, (...) proyectándose principalmente sobre la zona de trabajo de la cajera”. Debe dejarse

¹⁰⁶⁷ *Vid.*, el mismo criterio en la STSJ/Canarias de 3 de noviembre de 2011 en la que se concluye que "habiendo procedido a realizar un seguimiento a través de la cámara de seguridad obteniéndose la grabación de la actora los días 18, 19 y 21 de mayo de 2010 en la caja no 20 " sin que conste que la utilización de las cámaras con tal fin se hubiera comunicado ni al Comité de Empresa ni a los trabajadores afectados; se razona, en esencia, para llegar a tal conclusión que "la intimidación del recurrente no resulta agredida por el mero hecho de filmar cómo desempeñaba las tareas encomendadas en su puesto de trabajo, pues esa medida no resulta arbitraria ni caprichosa, ni se pretendía con la misma divulgar su conducta, sino que se trataba de obtener un conocimiento de cuál era su comportamiento laboral, pretensión justificada por la circunstancia de haberse detectado irregularidades en la actuación profesional del trabajador, constitutivas de transgresión a la buena fe contractual".

¹⁰⁶⁸ N° recurso de casación para unificación de la doctrina 1685/2013, Id Cendoj: 28079140012014100286. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e0c3eebf2461e58c/20140709>

constancia de que la instalación de las cámaras de video efectivamente respondía a un motivo de seguridad y en ningún momento se informó a las personas trabajadoras ni a sus representantes de que podían utilizarse con fines de control laboral.

Tras llevar a cabo una serie de comprobaciones ante ciertas actitudes de la persona trabajadora, la empresa procedió al visionado de las imágenes de las cámaras de videovigilancia. En ellas se pudo comprobar como la persona trabajadora evitó conscientemente el escaneo de diversos productos en beneficio de su pareja, quien habría realizado una de las compras manipuladas. Como consecuencia, la persona trabajadora fue despedida, presentando demanda de despido obteniendo como respuesta tanto en primera instancia como luego en suplicación ante el TSJ del País Vasco la nulidad del despido, calificando la prueba de videovigilancia como ilícita por haberse vulnerado derechos fundamentales, concretamente, el derecho a la protección de datos personales *ex art. 18.4 CE*¹⁰⁶⁹.

No obstante, finalmente se verificó que una de las cámaras instaladas ubicada en la zona de cajas si estaba operativa y fue a través de esta por la que se permitió comprobar los hechos en cuestión. De este modo, el empresario se valió de las grabaciones para una finalidad distinta para las que fueron instaladas, ante sospechas inexistentes y carentes de fundamento ya que no se acreditó información alguna de un cliente sobre esta cuestión y sin haber informado previamente a la persona trabajadora ni siquiera a la RLT. Tampoco respecto a qué imágenes podrían ser visionadas, durante cuánto tiempo ni mucho menos si pudiese tener la tan cuestionada finalidad disciplinaria. Por lo tanto, al igual que en la STC 29/2013, el TS mantuvo como indispensable la información previa, expresa, precisa, clara e inequívoca de la finalidad en la captación de imágenes.

¹⁰⁶⁹ En el antecedente de hecho segundo párrafo segundo de la sentencia examinada se declara probado que en primera instancia que la representante de los trabajadores preguntó al momento de la instalación de las cámaras de videovigilancia cuál iba a ser su finalidad. El responsable del local por aquél entonces le afirmó que la grabación de imágenes únicamente tendría como finalidad evitar robos por terceros y que algunas de las cámaras incluso no serían operativas; sin precisar cuáles funcionarían y cuáles no. Así mismo la persona responsable de la seguridad del local también advirtió a la empresa demandada que el sistema de videocámaras implementado en las instalaciones no estaba preparado para una vigilancia del personal. De ser esta la finalidad, debería “implementarse un sistema ad hoc, consistente en una cámara especial que recoja la actividad del cajero, al par que un mecanismo que asegure la sincronidad entre la captación de imágenes y los tickets de caja, ello con el objeto de que los resultados obtenidos por la captación puedan confrontarse con los movimientos del terminal manipulado por el cajero/a”.

No obstante y en otro momento posterior, en la sentencia de 31 de enero de 2017¹⁰⁷⁰ se constató el cambio de orientación en consonancia con lo marcado por el TC en la sentencia 39/2016¹⁰⁷¹. El conflicto se suscitó respecto al despido de una persona trabajadora por transgresión de la buena fe contractual, fraude, deslealtad y abuso de confianza tras verificarse por las cámaras de videovigilancia la manipulación de tickets y hurtando diferentes cantidades en fechas concretas. La persona trabajadora conocía de la existencia de un sistema de videovigilancia pero, sin embargo, desconocía el destino que podían darse a las imágenes, en este caso, como medida disciplinaria tras comprobar el incumplimiento de las obligaciones del contrato.

Tanto en primera instancia como posteriormente en suplicación el resultado obtenido por la persona trabajadora fue el mismo, la calificación del despido como improcedente al calificarse la prueba como nula por haber sido vulnerado el derecho a la protección de datos personales *ex art. 18.4 CE*. Así mismo, también se cuestionó si la empresa había cumplido con el deber de informar previamente de forma expresa, precisa e inequívoca *ex art. 5 LOPD*. Por consiguiente, la nulidad de la prueba de videovigilancia quedaba justificada ya que el empleador sólo informó de la existencia y ubicación de las cámaras de videovigilancia pero no del uso que se iba a hacer de estas al momento de verificar un incumplimiento contractual.

A este respecto el TS consideró que la prueba de videovigilancia era totalmente lícita puesto que en virtud del art. 20.3 ET el empresario había adoptado esta medida por razones de seguridad “(control de hechos ilícitos imputables a empleados, clientes y terceros, así como rápida detección de siniestros), idónea para el logro de ese fin (control de cobros y de la caja en el caso concreto)¹⁰⁷²”. Como puede comprobarse, el TS amplió el campo del concepto “hechos ilícitos” subsumiendo en este los actos ilícitos cometidos por las personas trabajadoras. En suma, la instalación de un sistema de videovigilancia

¹⁰⁷⁰ N° recurso de casación para unificación de la doctrina 3331/2015, Id Cendoj: 28079140012014100286. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/e5e0cf323aea82eba0bb78e44820713e5f2e27b2db433b68> En el mismo sentido *Vid.*, N° recurso de casación para unificación de la doctrina 362/2015, Id Cendoj: 28079149912017100006. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7958145&links=%223262%2F2015%22&optimize=20170313&publicinterface=true>

¹⁰⁷¹ PURCALLA BONILLA, M.A. (2018). “Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión claves teóricas y prácticas”, *Anuario IET de trabajo y relaciones laborales*, Vol. 5, p. 101.

¹⁰⁷² Fundamento jurídico segundo apartado segundo.

fue una medida necesaria y proporcionada para alcanzar el fin perseguido, es decir, verificar los hechos probados. Tal es así que la restricción o limitación del derecho fundamental a la protección de datos personales *ex art. 18.4 CE* se encontraba justificada.

Otro aspecto que se deja de manifiesto en la sentencia del TS es que al aplicar la doctrina más permisiva del TC en la sentencia 39/2016 se desvirtúa por completo el carácter obligatorio del deber de informar previamente al trabajador *ex art. 5 LOPRODA*¹⁰⁷³, dejando de este modo a un lado la protección que la propia LOPRODA otorgaba al tratamiento de datos personales de las personas trabajadoras, llegando a concluir que ante este incumplimiento por parte de la empresa del deber de información podía instarse una reclamación administrativa ante la AEPD. En este sentido, el TS reorientando su doctrina revocó el sentido de las sentencias de instancia y aplicando la STC 39/2016¹⁰⁷⁴ admitió que la prueba fue lícita ya que no se había vulnerado el derecho a la protección de datos *ex art. 18.4 CE* y, por tanto, el despido fue procedente.

¹⁰⁷³ En el voto particular formulado por la Excm. Sra. Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga al que se adhirieron los Magistrados Excm. Sra. Doña Rosa María Viroles Piñol y Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Julia se cuestiona la validez entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste a la que se remite el TS (La STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2013, recurso 1804/2013). Los motivos que justificarían por parte de los magistrados la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina por parte de los magistrados serían “a) En la sentencia recurrida no se había sancionado con anterioridad al trabajador, en tanto en la sentencia de contraste la trabajadora había sido sancionada en varias ocasiones, sanciones que, tras ser impugnadas, fueron confirmadas por las correspondientes sentencias de los Juzgados de lo Social. b) En la sentencia recurrida el centro de trabajo cuenta con un sistema de video-vigilancia por razones de seguridad, destinado a un uso genérico, la vigilancia por motivos de seguridad. En la sentencia de contraste existe una cámara de vídeo-vigilancia, que enfoca directamente la caja registradora o TPV, instalada específicamente para controlar la actividad en la caja registradora, hecho perfectamente conocido por los trabajadores. No consta, en la sentencia de contraste, en contra de lo que dice la sentencia mayoritaria de la Sala -fundamento de derecho primero, penúltimo párrafo- que el motivo de instalación de las cámaras fuera la seguridad, ya que consta expresamente -fundamento de derecho tercero con indudable valor de hecho probado- que las cámaras estaban específicamente instaladas para controlar la actividad en la caja registradora. c) En la sentencia recurrida los trabajadores desconocían que las cámaras de video-vigilancia podían tener por finalidad vigilar su actividad laboral. En la sentencia de contraste los trabajadores eran plenamente conscientes de la finalidad y utilidad de las cámaras, que era controlar la actividad en la caja registradora. d) En la sentencia recurrida las cámaras instaladas para una determinada finalidad -por razones de seguridad- se utilizan para otra diferente -el control del cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones laborales-. En la sentencia de contraste se utilizan las cámaras para la finalidad para la que se instalaron, a saber, controlar la actividad en la caja registradora. Así mismo señalan como experiencias judiciales previas el Auto de 10 de septiembre de 2015, recurso de casación para la unificación de doctrina 2581/2014, que inadmitió dicho recurso por falta de contradicción entre las sentencias comparadas y el Auto de 1 de octubre de 2015, recurso de casación para la unificación de doctrina 2584/2014, que también inadmitió dicho recurso por falta de contradicción entre las sentencias comparadas.

¹⁰⁷⁴ CABEZA PEREIRO, J. (2018). “El necesario cambio en la jurisprudencia constitucional sobre video vigilancia y control de mensajería electrónica de los trabajadores a la vista de la doctrina del TEDH”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 141, pág. 29.

Por último, la sentencia de 15 de enero de 2019¹⁰⁷⁵ vuelve y retorna al criterio establecido por el TC en la sentencia 29/2013 respecto a la calificación de la prueba de videovigilancia. En este supuesto, la persona trabajadora prestaba servicios como personal administrativo de una empresa de transporte, siendo informada en el anexo de su contrato las medidas de seguridad que había adoptado la empresa, de índole técnica y organizativas, respecto al tratamiento de datos personales. La persona trabajadora, era consciente, por lo tanto, de la existencia de cámaras de videovigilancia en las instalaciones estando a la vista, que no ocultas.

La empresa, antes de acometer la monitorización, contaba con sospechas previas que fueron comunicadas por el responsable del almacén tras haber constatado la ausencia de varios objetos y con la finalidad de contrastar esta información se procedió al visionado de las imágenes de videovigilancia comprobando que la persona trabajadora fue una de las que sustrajo dicho material. Ante tales hechos se le comunicó su despido disciplinario por incumplimiento de la buena fe contractual y abuso de confianza, siendo posteriormente calificado de improcedente por el Juzgado de lo Social nº 29 de Madrid y por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid¹⁰⁷⁶.

El TS tomando como sentencia de contraste la STC 39/2016 manifestó que aunque efectivamente en ambas sentencias, de contraste y recurrida, se invocaba el mismo derecho, es decir, el art. 18.4 CE, los supuestos de hecho no coincidían¹⁰⁷⁷. De hecho, apoyó su razonamiento en que no exigir el consentimiento de las personas trabajadoras para el tratamiento de datos en las relaciones laborales ya que se encuentra implícito en

¹⁰⁷⁵ N° recurso de casación para unificación de la doctrina 341/2017, Id Cendoj: 28079140012019100015. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0a3103af008a74e2/20190220>. En el mismo sentido, N° recurso de casación para unificación de la doctrina 256/2017, Id Cendoj: 28079140012020100167. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a00a861c0aea61ac/20200525>

¹⁰⁷⁶ Resalta el TS en el fundamento jurídico segundo párrafo quinto el criterio del TSJ de Madrid que viene a ratificar que son cuestiones totalmente diferentes informar al trabajador sobre la implantación de las medidas técnicas y organizativas en la empresa y cumplir con el deber de información al trabajador sobre la recogida de datos, su objeto y finalidad. Y, precisamente en el caso que se analiza en el cuerpo del texto ni siquiera, como sí ocurre en la sentencia del TC 39/2016, existía distintivo informativo correspondiente sobre las cámaras de videovigilancia.

¹⁰⁷⁷ De hecho en la sentencia de contraste la grabación se limitó exclusivamente a la zona en la que supuestamente se estaban cometiendo los hechos objeto de sospecha, mientras que en la sentencia recurrida la instalación de las cámaras respondía a la totalidad de las instalaciones, de forma prolongada en el tiempo y sin que los trabajadores conocieran el objetivo de estas. Fundamento jurídico tercero apartado cuarto párrafo quinto.

la relación comercial *ex art.* 10.3 b) RDLOPD no implicaba que no se cumpliera con el deber de informar *ex art.* 5 LOPRODA. Afirmando, en este sentido, que “el deber de información previa forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos, pues resulta un complemento indispensable de la necesidad del consentimiento del afectado¹⁰⁷⁸”.

En conclusión, ante la inexistencia de un deber de información previo, preciso e inequívoco el TS estimó que la prueba debía calificarse como ilícita al vulnerar el derecho fundamental a la protección de datos personales *ex art.* 18.4 CE y el despido como improcedente. Un cambio de doctrina que, como bien expuso el TS en su fallo, se adaptó en conformidad con la doctrina del TC 29/2013 como del TEDH-Caso López Ribalda I¹⁰⁷⁹ que será objeto de análisis a continuación.

1.3. La doctrina del TEDH en materia de videovigilancia en el ámbito laboral.

En este punto, es momento de adentrarse en la jurisprudencia del garante constitucional europeo con sede en Estrasburgo, puesto que la doctrina del TEDH también ha ido evolucionando en el tiempo¹⁰⁸⁰. La línea del TEDH ha ido marcando la senda que se ha analizado respecto de los tribunales españoles. De hecho, los continuos vaivenes en los cambios de criterios acerca de la validez de la prueba de videovigilancia también se han suscitado en el alto tribunal.

En este ámbito, es indiscutible señalar la STEDH sección 3ª, de 9 de enero de 2018, “Caso López Ribalda y otros *versus* España”. Las personas trabajadoras de una

¹⁰⁷⁸ Fundamento jurídico tercero párrafo sexto y séptimo.

¹⁰⁷⁹ No obstante, ya existen pronunciamientos que aún resolviendo hechos suscitados durante la vigencia de la LOPRODA, han reorientado y asentado la doctrina del TS de conformidad con los parámetros señalados por la STC 39/2016. En definitiva, se recuerda que este criterio supone una atenuación del deber de información previa a las personas trabajadoras en el tratamiento de sus datos personales a través de sistemas de videovigilancia siempre y cuando exista un distintivo informativo de su existencia. Ello conlleva que el distintivo informativo constituya un salvoconducto para validar la prueba de videovigilancia aportada por el empresario a efectos de sustentar la validez del despido disciplinario de la persona trabajadora. Los motivos de este cambio de orientación serán objeto de análisis en la doctrina del TJUE al respecto. *Vid.*, N° recurso de casación para la unificación de la doctrina 1288/2020, Id Cendoj: 28079140012022100220. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a40c8ce1b4f2c242/20220408>. N° recurso contencioso-administrativo 4645/2019, Id Cendoj: 28079130042021100147. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/916c91dce3090b54/20210511>

¹⁰⁸⁰ MOLINA NAVARRETE, C. (2017). “El poder empresarial de control digital: ¿nueva doctrina del TEDH o mayor rigor aplicativo de la precedente?”, *Revista IusLabor*, n° 3, p. 290.

empresa de supermercados acudieron al TEDH para solicitar la transgresión del art. 8 y 6.1 del CEDH, al no haberles sido comunicadas la instalación y grabación de imágenes. Las cámaras instaladas por la empresa cumplían dos fines, las visibles (siendo informadas previamente) registrar posibles robos de los clientes en las entradas y salidas del establecimiento y, las ocultas (sin previo aviso), registrar y comprobar los robos por las sospechas fundadas de actos ilícitos por parte de las personas trabajadoras.

El TEDH estimó que la grabación se realizó por unas sospechas fundadas, no en las personas trabajadoras en cuestión, sino de todo el personal. Además, la duración de la grabación se produjo durante un tiempo prolongado ilimitado y durante toda la jornada laboral. Por tales motivos manifestó que no se había observado por parte de los tribunales nacionales los requisitos previstos en el art. 5 de la LOPRODA vigente en el momento, siendo incapaces de establecer un equilibrio justo entre el art. 8 del CEDH y los intereses del empleador en protección de sus derechos a la propiedad. A lo largo de su exposición de fundamentos jurídicos, se apoyó en el “Caso *Köpke*”, respecto a la proporcionalidad de la medida de videovigilancia la cual fue aplicada por una sospecha fundada previa, limitada en el tiempo y únicamente dirigida a dos empleados. Sin embargo, en lo relativo a la instalación y uso como prueba de la grabación por cámaras ocultas en el lugar de trabajo quedó imprejuizada¹⁰⁸¹.

Como se ha podido comprobar la línea seguida por el TEDH es la misma que la mantenida por la STC 29/2013, primando el deber de información previa en todo caso. El TEDH señaló que, independientemente de la libertad de la que gocen los Estados para elegir los medios más adecuados para la protección de los derechos en cuestión, las autoridades nacionales deben garantizar que la introducción por un empleador de medidas de vigilancia que afecten el derecho al respeto de los asuntos privados, la vida o la

¹⁰⁸¹ Esta sentencia tuvo un voto particular emitido por el juez Dmitry Dedov que discrepa del criterio mayoritario de la Sala. Justifica su criterio de que la actuación del empresario como de la sentencia de instancia carecen de carácter abusivo, arbitrario o desproporcionado por varios aspectos. Primero, porque el empresario había instalado cámaras visibles como ocultas, descartándose el elemento abusivo puesto que estas últimas fueron instaladas en espacios públicos que no privados. En segundo lugar, es cierto que las empleadas no fueron informadas de la medida de videovigilancia pero sí eran conocedoras de la existencia de las cámaras. En tercer lugar, manifiesta probado que las personas trabajadoras sí eran conocedoras de que podían ser monitorizadas por medio de las cámaras de videovigilancia visibles cuya amplitud era total, grabando cualquier persona que accediera o saliese del establecimiento. Por último, considera que esta medida de control era razonable puesto que existía una sospecha fundada sobre la plantilla y que dados los hechos controvertidos (pérdidas en torno a 25.000 euros mensuales en un establecimiento minorista), era necesaria dadas las dificultades de verificación. Deja patente que la razón principal respondía a que las trabajadoras aprovechaban que el único lugar donde podían ocultarse los objetos robados era detrás de las cajas registradoras, lugar donde quedaban fuera del alcance de monitorización por las cámaras visibles.

correspondencia de sus trabajadores, sea proporcionada y se acompañe de garantías adecuadas y suficientes para evitar el abuso¹⁰⁸².

En un momento posterior, el TEDH analizando el asunto en Gran Sala dictó la sentencia de 17 de octubre de 2019 más conocida como López Ribalda II, por catorce votos a favor y tres en contra, que la grabación con cámara oculta con fines de control laboral no infringe el derecho a la intimidad y constituye una medida proporcionada¹⁰⁸³.

El TEDH manifestó que los principios establecidos en la sentencia *Bărbulescu* (analizada en epígrafes anteriores), eran extrapolables, *mutatis mutandis*, a las circunstancias en el que un empleador puede implementar medidas de videovigilancia en el lugar de trabajo. Tal y como se expresa en la sentencia, el objetivo es garantizar la aplicación del test de proporcionalidad al momento de adoptarse medidas intrusivas en los derechos fundamentales, en concreto, de la vida privada de los empleados. Es por lo que el TEDH concluyó que deben observarse los siguientes factores a fin de sopesar los intereses en conflicto:

1. Si se ha notificado al empleado la posibilidad de que el empleador adopte medidas de videovigilancia y la aplicación de esas medidas. Si bien en la práctica los empleados pueden ser notificados de diversas maneras, según las circunstancias fácticas particulares de cada caso, la notificación debe ser normalmente clara sobre la naturaleza de la vigilancia y debe darse antes de su aplicación.
2. El alcance de la vigilancia por el empleador y el grado de intrusión en la vida privada del empleado. A este respecto, debe tenerse en cuenta el nivel de privacidad en la zona objeto de la vigilancia, así como las limitaciones de tiempo y espacio y el número de personas que tienen acceso a los resultados.

¹⁰⁸² Conviene apuntar que el TEDH no pone en duda la especificidad con la que cuenta el ámbito de las relaciones laborales. De hecho, es precisamente esta especificidad propia de la que gozan las relaciones laborales en la que efectivamente existen derechos y deberes entre las partes la que justifica el juicio de proporcionalidad de modo que pueda evitarse determinados abusos dada la relación de subordinación. MOLINA NAVARRETE, C. (2018). “El derecho a la vida privada del trabajador en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿Diálogo o conflicto con la jurisprudencia nacional?”, *Revista Temas Laborales*, nº 148, p. 132.

¹⁰⁸³ PÉREZ CANET, A. (2018). “De nuevo, sobre la videovigilancia como medida de control de la actividad laboral” *Revista de Información laboral*, nº 1, p.7

3. Si el empleador ha dado razones legítimas para justificar la vigilancia y el alcance de la misma. Cuanto más intrusiva sea la vigilancia, más peso tendrá la justificación que se requiera.
4. Si hubiese sido posible establecer un sistema de vigilancia basado en métodos y medidas menos intrusivas. A este respecto, debería evaluarse, a la luz de las circunstancias particulares de cada caso, si el objetivo perseguido por el empleador podría haberse logrado mediante una menor injerencia en la vida privada del empleado.
5. Las consecuencias de la vigilancia para el empleado sometido a ella. Se deberá tener en cuenta, en particular, la utilización por el empleador de los resultados de la vigilancia y si esos resultados se han utilizado para lograr el objetivo declarado de la medida.
6. Si se han proporcionado al empleado las medidas apropiadas, especialmente cuando las operaciones de vigilancia del empleador sean de carácter intrusivo. Esas medidas pueden consistir, entre otras cosas, en el suministro de información a los empleados interesados o a los representantes del personal en cuanto a la instalación y el alcance de la vigilancia, la declaración de esa medida a un órgano independiente o la posibilidad de presentar una denuncia.

Estos criterios deben aplicarse teniendo en cuenta la especificidad de las relaciones laborales y el desarrollo de nuevas tecnologías, que pueden permitir tomar medidas cada vez más intrusivas en la vida privada de los empleados¹⁰⁸⁴.

Por un lado, consideró que el grado de afectación de la intimidad de las trabajadoras había sido mínimo ya que se había llevado a cabo en lugares de acceso o visibles al público en general. Y, por otro lado, que la duración de la grabación fue de

¹⁰⁸⁴ PRECIADO DOMÉNECH, C.H. Comentarios de urgencia a la STEDH 17 octubre de 2019 caso López Ribalda c. España (GRAN SALA), disponible en <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2019/10/Comentarios-STEDH-17-10-2019-Caso-Lopez-Ribalda-Gran-Sala.pdf> Sin embargo, conviene traer a colación la opinión de MOLINA NAVARRETE cuando ironiza respecto al avance de los criterios dictados por el propio TEDH para el asunto Bărbulescu, unificando su “exigente test tanto para el control laboral por cámaras cuanto para la monitorización de ordenadores”. Termina por concluir a través de su *modus operandi* habitual con el planteamiento de preguntas, en concreto, si es posible alcanzar un acuerdo sobre la mayor solidez en la doctrina sobre videovigilancia laboral. *Vid.*, en MOLINA NAVARRETE, C. (18 de octubre de 2019). Ahora que el TC recela de la «cámara oculta», el TEDH la respalda en las empresas: La insoportable «liquidez» de la jurisprudencia, disponible en <https://www.laboral-social.com/STEDH-17-octubre-2019-lopez-ribalda-validez-instalacion-cameras-encubiertas-por-empleador-ante-sospechas-razonables-de-comision-de-infraccion-grave.html>

diez días y cesó en cuanto se alcanzó el fin previsto (comprobar la comisión de un acto ilícito para tomar medidas disciplinarias)¹⁰⁸⁵. Además, no era posible adoptar otro tipo de medios para alcanzar el objetivo propuesto, ya que informando a las personas trabajadoras o sus representantes se hubiese menoscabado la tarea de supervisión. Y, así mismo, el número de personas que visualizaron las imágenes se limitó al gerente del supermercado, el representante legal de la empresa y el representante sindical determinando que no se había alcanzado un alto nivel de gravedad.

Por tanto, el TEDH determinó que los tribunales españoles realizaron correctamente el juicio de proporcionalidad en el grado de intrusión de la esfera íntima y reservada de las personas trabajadoras otorgando validez a la prueba de videovigilancia oculta por la supremacía del interés legítimo del empresario en ejercicio de sus facultades de control¹⁰⁸⁶. Y que, además, las demandantes disponían de otros recursos, concretamente de presentar reclamación ante la AEPD a fin de obtener una sanción por la infracción cometida por el empresario respecto a la obligación de informar previamente *ex art. 5 LOPRODA*

Por el interés que despierta este tema, se ha considerado oportuno abordar el interesante voto particular emitido conjuntamente por De Gaetano, Yudkivska y Grozev. Desde su punto de vista y disintiendo de la opinión mayoritaria, manifestó que sí que se pudo corroborar una violación del art. 8 del CEDH. Este magistrado se centró en poner de manifiesto la necesidad de que ante el contexto tecnológico actual se antoja preciso un marco legal adecuado que garantice el respeto de la vida privada de los individuos.

En este sentido, la videovigilancia constituye una herramienta en manos del empleador que puede ocasionar auténticos perjuicios en los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. Por este motivo, aconsejó a modo de *lege ferenda* que esta

¹⁰⁸⁵ Esta cuestión es tremendamente importante ya que el TEDH en estos momentos lo que viene a determinar es que tras realizar el juicio de proporcionalidad entre los derechos fundamentales alegados y los intereses empresariales, prima este último. Pero ¿cuál es la razón que sostiene este juicio de proporcionalidad que va en detrimento de los derechos fundamentales? Pues que la actuación del empresario de adoptar un sistema de videovigilancia oculto obedecía a unas sospechas más que razonables de irregularidades graves que le generaron evidentes perjuicios económicos. Por consiguiente, no se está ante un supuesto de meras sospechas o suposiciones sino de auténticos indicios que justifican el medio de prueba adoptado *ex art. 24 CE. Vid., en MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P. G. (2019). “Se justifica la grabación con cámaras ocultas en el centro de trabajo por la existencia debidamente acreditada de sospechas razonables de irregularidades graves”, Revista de Jurisprudencia Laboral, n° 8, p. 10.*

¹⁰⁸⁶ RUIZ GONZÁLEZ, C. M. (2018) “Las nuevas propuestas interpretativas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el control del uso laboral de la tecnología de la empresa: Barbulescu y López Ribalda, The new interpretative proposals of the European Court of Human Rights on the control of the labor use of the company’s technology: Barbulescu and López Ribalda”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 10, n° 2, p. 930.

cuestión, el uso de la vigilancia electrónica, fuese objeto de precisión y claridad en el marco legislativo nacional. El objetivo, que puedan adoptarse conforme a este sólido marco jurídico las medidas más oportunas y eficaces para la salvaguarda de los derechos fundamentales.

Por otro lado, focalizó su atención en que el punto principal objeto de debate era una obligación específica en el marco jurídico de entonces, a saber, el deber de informar. Esta actuación debía llevarse a cabo previamente al iniciar un tratamiento de datos personales sin excepción alguna, por supuesto, en el ámbito de las relaciones laborales. Y es que es asumible reconocer que el empleador goza de amplias facultades de organización y control *ex art. 20 ET*, pero sin embargo, este poder no es ilimitado. En cierto modo, porque al momento de adoptar una decisión o medida que pudiera restringir un derecho fundamental deberá probar que su interés legítimo supera el juicio de proporcionalidad, desplazando así el respeto de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras.

Dicho lo anterior, los jueces que plantearon este voto particular cuestionaron principalmente que los tribunales nacionales erraron puesto que no lograron justificar el justo equilibrio de los derechos en cuestión, máxime, cuando la norma nacional era clara en este sentido, *ex art. 5 LOPD*. Señalaron a tal respecto que el Juzgado de lo Social debió haber valorado una obligación positiva emanada de la norma en cuestión y, sin embargo, se amparó únicamente en la doctrina predicada por la STC 186/2000. Según esta doctrina, se desplazaba la obligación de información previamente a las personas trabajadoras del tratamiento de datos personales efectuado por el empleador puesto que el TC entendió que era una cuestión de mera legalidad ordinaria sin transcendencia desde el punto de vista del derecho constitucional en lo que se refiere al respeto de la vida privada.

Continuando sobre este debate, cuestionaron que el empresario no hubiera adoptado otra medida menos intrusiva para lograr el mismo objetivo legítimo perseguido, evitando de este modo, un impacto tan lesivo en el derecho a la vida privada de las personas trabajadoras en cuestión. Es cierto que la medida de videovigilancia permitía alcanzar los objetivos legítimos, pero no a cualquier precio, ya que al tratarse de un robo, estiman los jueces, podían haber acudido a la policía antes de adoptar *motu proprio* tales medidas. Y es precisamente esta cuestión, dilucidar un delito *versus* justificación de la investigación, es por la que el Tribunal alentó en cuanto a que los particulares puedan tomarse la justicia por su mano, incluso, cuando existan sospechas razonables, ya que pese a que pudiera constituir una razón de peso para iniciar una investigación “no es

suficiente, ya que puede dar lugar a investigaciones privadas y podría utilizarse como justificación en un número inaceptablemente elevado de casos”.

Por lo tanto, concluyeron que era necesario que la vigilancia electrónico-encubierta contase con garantías procesales adicionales *ex art. 8 CEDH*; primero, mediante la verificación fiable por un tercero de la existencia de “una sospecha razonable de falta grave y, segundo, por la verificación de dicha situación que justificase la medida de vigilancia a *posteriori*.”

No les faltó razón a estos jueces disidentes del sentir mayoritario y es que téngase en cuenta que el RGPD, que contaba con un breve periodo de vigencia al momento de dictarse ambas resoluciones (López Ribalda I y López Ribalda II), vino a ofrecer mayor solidez y robustez a los principios relativos al tratamiento de datos personales. Es decir, tal y como reclamaron en su voto particular, se antojaba necesario un marco jurídico claro y preciso en este contexto digital en el que pueden amedrentarse derechos fundamentales como la protección de datos personales en el ámbito de las relaciones laborales¹⁰⁸⁷.

Como indica ROJO TORRECILLA “no hay duda de que la sentencia es importante. No hay duda de que introduce consideraciones jurídicas que militan a favor de un mayor poder empresarial en el control del trabajo de las personas trabajadoras en la empresa. Y al mismo tiempo, no hay duda de que sigue manteniendo la obligación de respetar escrupulosamente la doctrina *Bărbulescu II* para que ese control pueda ser considerado conforme a derecho, con lo que sigue habiendo un amplio campo de interpretación para los juzgados y tribunales cuando se planteen casos semejantes al ahora examinado¹⁰⁸⁸”.

Pero, no es menos cierto que el TEDH no ha venido proporcionar una libertad absoluta del poder de control empresarial en detrimento de la protección de la privacidad de las personas trabajadoras *ex art. 8 CEDH*, sino que supuso dejar atrás el vaivén

¹⁰⁸⁷ Sobre este aspecto MOLINA NAVARRETE sostiene que no es tarea fácil llevar a cabo el juicio de ponderación entre derechos y libertades fundamentales entre ambas partes. Más aún, en un contexto tan dificultoso como es el laboral en el que es preciso que los jueces determinen el alcance que tienen los desarrollos tecnológicos. Es por ello que solo de este modo se podría evitar resolver de forma distinta la realidad virtual respecto a otras realidades analógicas precedentes. MOLINA NAVARRETE, C. (2018) “El derecho a la vida privada del trabajador en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿Diálogo o conflicto con la jurisprudencia nacional?”, *ob. cit.*, p. 160.

¹⁰⁸⁸ ROJO TORRECILLA, E. (23 de octubre de 2019). Medias verdades y fake news en el mundo jurídico. No cabe todo en la videovigilancia de una persona trabajadora. A propósito de la sentencia “López Ribalda” de la Gran Sala del TEDH de 17 de octubre de 2019 (y recordatorio de la sentencia de Sala de 9 de enero de 2018 y del caso *Bărbulescu II*, sentencia de Gran Sala de 5 de septiembre de 2017)., disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/10/medias-verdades-y-fake-news-en-el-mundo.html>

jurisprudencial suscitado hasta entonces determinado que en todo caso deberá superarse el juicio de proporcionalidad entre las medidas adoptadas por el empresario y que pudieran implicar una restricción de derechos fundamentales de las personas trabajadoras. Lo que en cierto modo, contradice como se ha adelantado, con los parámetros marcados por el RGPD y, posteriormente por la LOPD, respecto a la imperiosa obligación que se impone al responsable del tratamiento, al empresario en este caso, de cumplir con el deber de información previa¹⁰⁸⁹.

2. El sistema de videovigilancia como medida de control empresarial: la adecuación de la normativa de protección de datos personales en las relaciones laborales.

El uso de los dispositivos de videovigilancia ha ocasionado como se ha podido comprobar auténticos quebraderos de cabeza tanto en la jurisprudencia nacional como comunitaria ante la innegable disparidad de criterios sobre este concepto¹⁰⁹⁰.

El art. 22 LOPD con carácter general habilita a “las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, a tratar imágenes mediante cámaras o videocámaras con la finalidad de preservar la seguridad de las personas y bienes, así como sus propias instalaciones”. Pero, en lo que concierne al ámbito del trabajo, el art. 22.8 LOPD se remite de forma específica al art. 89 donde se regula de forma concreta este aspecto, donde se puede comprobar que, efectivamente, dispone que en virtud del art. 20.3 ET el empresario “podrá tratar imágenes obtenidas de sistemas de cámaras o videocámaras”.

La instalación de sistemas de videovigilancia en los centros de trabajo por el empresario responde en gran medida a dos motivos: en primer lugar, obviamente por medidas de seguridad y prevención frente a acciones delictivas¹⁰⁹¹ (robos, hurtos, control del mobiliario) y, en segundo lugar, por motivos de control de la prestación laboral de los

¹⁰⁸⁹ Todo este tipo de cuestiones por una mayor coherencia de esta investigación serán objeto de estudio en los epígrafes siguientes correspondientes al análisis del art. 89 LOPD.

¹⁰⁹⁰ VALDÉS DAL-RE, F. (2017). “Doctrina constitucional en materia de videovigilancia y utilización del ordenador por el personal de la empresa”, *Revista de Derecho Social*, nº 79, p. 19. GONZÁLEZ DÍAZ, F.A. (2020). “Intimidad y protección de datos como derechos vertebradores en el uso de dispositivos de videovigilancia en el lugar de trabajo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, nº 451, pp. 149-184.

¹⁰⁹¹ N° recurso casación para unificación de la doctrina 178/2021, Id Cendoj: 28079140012021100164. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2466a1c43feb1a8a/20210301>

trabajadores para probar, en su caso, tanto incumplimientos laborales como la comisión flagrante de actos ilícitos (hechos ilícitos de los empleados en términos amplios como se examinará en epígrafes siguientes).

El empleador deberá justificar, por tanto, que los datos obtenidos por la grabación de imágenes (finalidad de seguridad o finalidad de control laboral) se ajustan indisolublemente a la finalidad del tratamiento de datos personales prevista¹⁰⁹². Aunque esta apreciación no es ni mucho menos absoluta ni realista en la práctica como se tratará de exponer más adelante.

Como se ha comentado, esta acción responde al poder de control recogido en el art. 20.3 ET. El propio artículo dispone que podrá implantar estas medidas siempre y cuando guarden en su adopción e implantación la dignidad y la capacidad real de los trabajadores con discapacidad. Esto es así ya que el uso de las videocámaras irrumpe en el espacio más íntimo y reservado de las personas, donde se ubican los derechos de la

¹⁰⁹² Una cuestión bastante controvertida se suscita en la STS 817/2021 respecto a la utilización por una empresa de seguridad del sistema de videovigilancia que han sido instalados por la propietaria de las instalaciones con la que ha concertado los servicios con fines disciplinarios por una empresa de seguridad cuando las videocámaras son instaladas por la propietaria de las instalaciones. Respecto a los hechos probados, el trabajador prestaba servicios como vigilante de seguridad para la empresa Seguritas Seguridad España en el complejo ferial Ifema de Madrid. Relación contractual entre ambas que consistía en la prestación del servicio de seguridad del establecimiento, el cual dispone de cámaras de seguridad a la entrada para llevar a cabo un control de acceso de vehículos a este. Desde Ifema se detectan ciertas irregularidades con el protocolo que deben cumplir los vigilantes de seguridad, instando a la empresa de seguridad a que subsane tales deficiencias en el servicio. A este respecto la empresa revisó las cámaras de seguridad confirmando que uno de los trabajadores estaba incumpliendo tal protocolo, gravedad de los hechos que se acentúa si se tiene en cuenta que en estos momentos se había subido el nivel de alerta terrorista. En este sentido, tanto en primera instancia como en suplicación se llega a la conclusión de que la inadmisión de la prueba de videovigilancia está justificada y avalada por la doctrina del TEDH. Por un lado, porque no se pone en duda en ningún momento que el trabajador era conocedor del sistema de videovigilancia. Sin embargo, por otro lado, la finalidad para la cual se consintió por el trabajador el tratamiento de datos personales no era la inicialmente prevista, es decir, la comprobación del acceso a las instalaciones de Ifema. Ello quiere decir que el trabajador, conforme a los requisitos que marca tanto el RGPD como la LOPD, no fue informado de forma expresa, precisa e inequívoca de la finalidad para la cual fueron recogidos sus datos personales. Pese a ello el TS aplicando la doctrina más laxa, es decir, aplicando *criterio temporis* la doctrina López Ribalda II estima el recurso de casación por unificación de doctrina, lo que implica que casa y anula la sentencia recurrida, anulando las actuaciones practicadas desde el juicio para que se celebre uno nuevo y se admita y practique la prueba de videovigilancia. Sin embargo, lo interesante de esta sentencia del TS es que se plantea una cuestión bastante interesante al cierre de la fundamentación jurídica de la sentencia y es el hecho de que el sistema de videovigilancia es propiedad de Ifema y no de Seguritas. ¿Qué hubiera sido necesario, instalar una segunda cámara de videovigilancia? Compartiendo el criterio del TS, la respuesta ha de ser negativa por cuestiones de proporcionalidad ya que se estaría ante un exceso *in vigilando* de la persona trabajadora que, sin duda alguna, sería totalmente desproporcionado para los derechos fundamentales. Nº recurso de casación para unificación de la doctrina 4877/2018, Id Cendoj: 28079140012021100730. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bce4db80a8f8fdd3/20210803>

personalidad¹⁰⁹³. De este modo, los requisitos legales que debe cumplir el empresario en la gestión de las imágenes y sonidos en el ámbito laboral en ejercicio de su potestad de control de las personas trabajadoras, *ex art. 20.3 ET*, han encontrado amparo en el carácter permisivo y vacío de contenido del citado artículo. Sin embargo dicha incertidumbre no ha sido superada con el art. 89 LOPD, el cual ha sido objeto de crítica por la doctrina iuslaboralista¹⁰⁹⁴ ya que se limita a detallar que el empresario ejercerá este control siempre y cuando lo desarrolle “dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo”.

En este sentido es preciso señalar que se habilita al empresario a llevar a cabo una monitorización a través de cámaras visibles e informadas así como por cámaras visibles pero no informadas respecto a la finalidad que le atañen. Por ende y a diferencia del planteamiento del TEDH en la doctrina López Ribalda II, no parece aceptarse de una lectura *in fine* del art. 89.1 LOPD que se permita implícitamente la videovigilancia a través de cámaras ocultas¹⁰⁹⁵. Ello quiere decir que no es posible admitir conforme a la legislación actual implementar dispositivos de videovigilancia oculta en las relaciones

¹⁰⁹³ SEGOVIANO ASTABURUAGA, M. L. (2004). “El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores”, *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 2, p. 149.

¹⁰⁹⁴ En este sentido, MOLINA NAVARRETE se muestra bastante crítico respecto a la intención del legislador en cuanto utiliza “una forma tan genérica como tautológica”, ya que precisamente requería de mayor precisión tales límites inherentes al poder de control que ejerce el empresario a través de este sistema de videovigilancia. De este modo, considera oportunamente que “para este viaje pocas alforjas precisábamos, sino ninguna”. Así mismo, muestra especial énfasis en la insuficiente redacción del art. 89.1 LOPD ya que se dejó a un lado en su propuesta final un “extenso cuerpo de leyes y doctrina jurisprudencial, así como de práctica consultiva administrativa (...) en los que tal remisión adquiere vida práctica, un sentido útil”. MOLINA NAVARRETE, C. (2020). Régimen legal de los sistemas de control laboral basados en la videovigilancia: lagunas y antinomias a la luz del Derecho Comunitario, en TODOLÍ SIGNES, A. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*, Navarra, Aranzadi, pp. 77-79.

¹⁰⁹⁵ No obstante, la sentencia del TS 3160/2022 apoya el criterio seguido por la doctrina López Ribalda II por la cual se admite la instalación de sistemas de vigilancia *ad hoc* u ocultas sin información previa a la persona trabajadora cuando existan sospechas razonables sobre la comisión de ciertas irregularidades pese al tenor literal del art. 89.1 LOPD. Por un lado, porque comunicar a la persona trabajadora que va a ser objeto de monitorización podría haber “frustrado la posibilidad de acreditar el grave incumplimiento, sobre el que existían muy fundadas sospechas, así como la posibilidad de acreditar la autoría de dicho incumplimiento”. Y, por otro lado, porque el art. 89.1 LOPD está ideado para sistemas de grabación permanente que llevan aparejada la obligación de información previa. Pero, podría esquivarse el cumplimiento inexcusable de este requisito en el caso de la instalación de sistemas de grabación *ad hoc* ante sospechas fundadas en situaciones excepcionales y singulares (en este caso se refería a una monitorización sobre una empleada del hogar que, en opinión del TS, dificultaba la colocación del distintivo informativo sobre el sistema de videovigilancia. Por lo tanto, la gravedad de estas conclusiones radica en la posibilidad de instalar sistemas de control *ad hoc* u ocultos con el evidente desprecio normativo hacia el RGPD y la LOPD así como para el derecho fundamental a la protección de datos personales. N.º recurso de casación para unificación de la doctrina 701/2021, Id Cendoj: 28079140012022100614. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d084d7941ddfe9a8a0a8778d75e36f0d/20220808>

laborales, lo que implicaría a su vez una ausencia plena de información sobre las finalidades a las que podría atender este sistema¹⁰⁹⁶. No obstante, no es menos relevante que los intereses en juego, derechos fundamentales (arts. 18.1 y 18.4 CE) *versus* intereses empresariales (arts. 33.1 y 38 CE), deben acomodarse al inconmensurable juicio de proporcionalidad que permitiría determinar el espacio o expectativa de privacidad del trabajador, justificando o no la medida de videovigilancia adoptada conforme a los parámetros determinados por el propio TC.

En consecuencia con lo anterior, es evidente que el contexto digital en el que se encuentra inmersa las relaciones laborales “la facultad de control del empresario se agiganta en nuestros días mediante artilugios -circuitos de televisión, medios acústicos y visuales, procedimientos mecánicos de control de asistencia-, que se convierten en el ojo universal¹⁰⁹⁷”. Ello no obsta a que el empresario pueda confundir su legitimidad *ex art.* 20.3 ET invocado a fin de detectar irregularidades en su actividad económica con la inconstitucionalidad de la medida para perpetuar su interés empresarial. Por lo que, a la hora de invocar la prueba de videovigilancia para satisfacer su interés legítimo de empleador, deberá superar el juicio de proporcionalidad y justificar que no ha sobrepasado los límites *ex art.* 20.3 ET¹⁰⁹⁸.

A este respecto, el RGPD hace referencia expresa al tratamiento de datos en el ámbito laboral en su art. 88, instando de este modo a los estados miembros a regular a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral. Sobre esta cuestión se plantean opiniones contrapuestas en la doctrina. Por un lado, quienes se posicionan a favor de la tesis que el RGPD determina un contenido mínimo y, por consiguiente, el

¹⁰⁹⁶ BERLANGA DE LA PASCUA, C. (2018). “Límites de la videovigilancia”, *Revista La Toga*, nº 197, p. 68.

¹⁰⁹⁷ MONTOYA MELGAR, A. (1985). *Dirección de la actividad laboral. Comentario al artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores*, en *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Editorial Edersa, p. 143.

¹⁰⁹⁸ En este sentido, se apoya el argumento seguido por LÓPEZ AHUMADA quien sostiene que el método de control implementado por el empresario debe “respetar los aspectos íntimos del trabajador que pertenecen a su esfera privada, los cuales son intangibles y difícilmente pueden ser anulados. Y en caso de afectación se producirá la vulneración del derecho fundamental al respeto de la privacidad del trabajador en su lugar de trabajo.” *Vid.*, LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2007). “La tutela del derecho a la intimidad del trabajador y el control audiovisual de su actividad laboral”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 14, p. 14.

llamamiento a los Estados miembros se prevé en aras de establecer garantías adicionales con altas dosis de proteccionismo¹⁰⁹⁹. Por el contrario, una corriente doctrinal se posiciona respecto a una reinterpretación negativa del art. 88 RGPD. Así, este vendría a instaurar la posibilidad de que los estados miembros pudieran dictar normas más específicas que no más proteccionistas. Ello supondría que, a través de normas nacionales, el estándar mínimo de protección a la que hace referencia la primera tesis pudiera ser rebajado o modulado en el ámbito de las relaciones laborales¹¹⁰⁰.

En este sentido, el Considerando 26 RGPD en cuanto la aplicabilidad a los medios tecnológicos que posibiliten la identificación de una persona física facilitando información personal establece que los principios del derecho a la protección de datos deben aplicarse a toda la información relativa a una persona física identificada o identificable. Y, en adición, dispone que para determinar si existe una probabilidad razonable de que se utilicen medios para identificar a una persona física, deben tenerse en cuenta todos los factores objetivos, como los costes y el tiempo necesarios para la identificación, teniendo en cuenta tanto la tecnología disponible en el momento del tratamiento como los avances tecnológicos¹¹⁰¹.

En este punto, la justificación se puede encontrar en el art. 4.1 RGPD que incluye en la definición de dato personal “toda información sobre una persona física identificada o identificable”. Así, se considerará persona física identificable “toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”.

Por consiguiente, la implantación de sistemas de videovigilancia como medio de captación de imágenes constituye en sí un tratamiento de datos de carácter personal

¹⁰⁹⁹ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C. (2018). “Control empresarial de la actividad laboral mediante la videovigilancia y colisión con los derechos fundamentales del trabajador. Novedades de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4, p. 19.

¹¹⁰⁰ GARCÍA MURCIA, J. y RODRÍGUEZ CARDO, I. (2019). “La protección de datos personales en el ámbito del trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 216, pp. 34-35.

¹¹⁰¹ MERCADER UGUINA, J.R. (2001). “Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?”, *Revista Relaciones Laborales*, nº 10, p. 14.

puesto que la imagen es un dato personal que permite identificar o hacer identificable a una persona ¹¹⁰². En definitiva, la videovigilancia se engloba dentro del concepto de la definición de tratamiento de datos *ex art. 4.2 RGPD* que lo define como “cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción”.

La LOPD introdujo en su art. 89 el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo, derecho que también ha sido consagrado juntamente con la desconexión digital en el artículo 20 bis ET. Como se puede comprobar, la intimidad ha cobrado una importancia fundamental en el ámbito del trabajo puesto que se ha reconocido y contrastado las dificultades que genera el equilibrio de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras y las medidas de control implementadas por el empresario en este ámbito ¹¹⁰³. Tal es así que el art. 89.1 LOPD impone al empresario que realice un tratamiento con fines de videovigilancia cumplir con los deberes de información previa, de forma expresa, clara y concisa a las personas trabajadoras ¹¹⁰⁴.

Es preciso retomar en este momento la cuestión sobre el deber de transparencia y de información que el RGPD impone en los arts. 12, 13 y 14 (que ya han sido objeto de estudio en el epígrafe 1). De su lectura se puede concluir que no se establece ninguna excepción aplicable a las relaciones laborales, por lo que al empresario se le impone, de acuerdo con el RGPD y cumpliendo rigurosamente el test Ribalda II, a cumplir con la exigencia informativa ¹¹⁰⁵ como de la finalidad de los sistemas de videovigilancia ¹¹⁰⁶. Se

¹¹⁰² (Informe Jurídico de la AEPD. Ref. de entrada 2001-9908. Recuperado en <https://www.aepd.es/es/documento/2001-9908.pdf>)

¹¹⁰³ MIÑARRO YANINI, M. (2018). “Impacto del Reglamento comunitario de protección de datos en las relaciones laborales: un pretendido cambio cultural”, *ob. cit.*, p. 7.

¹¹⁰⁴ GUDE FERNÁNDEZ, A. (2014). “La videovigilancia laboral y el derecho a la protección de datos de carácter temporal”, *Revista de derecho político*, n° 9, p. 70.

¹¹⁰⁵ N° recurso suplicación 766/2021, Id Cendoj: 28079340052021100011. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e05353a9b878a7de/20210421>

¹¹⁰⁶ En la STJ de Cataluña 2351/2022 de 14 de abril, se lleva a cabo una interpretación extensiva de la finalidad del sistema de videovigilancia “velar por el correcto funcionamiento de los centros”, considerando que “obviamente comprende evitar la sustracción de dinero de caja”. Y, además, rebaja la importancia del

debe señalar en este sentido que el RGPD refuerza aún más si cabe el deber informativo que se debe cumplir a través de capas o niveles, el básico y el adicional. Además de la información por capas, se establece una lista exhaustiva de la información que debe proporcionarse a los interesados y que comprende: la información sobre el responsable del tratamiento; la finalidad del tratamiento; la legitimación o título que legitima el tratamiento; los destinatarios de las cesiones o transferencias de los datos; los derechos de las personas; los datos del Delegado de Protección de Datos y la procedencia o fuente de los datos.

Este apartado del art. 89.1 LOPD tampoco se ha librado de crítica alguna por parte de la doctrina iuslaboralista. Recuérdese que el empresario como responsable del tratamiento de datos personales debe cumplir estrictamente *ex art. 5 RGPD* con los principios relativos al tratamiento de datos personales, con la licitud del tratamiento *ex art. 6 RGPD* así como con los deberes de información relativa al tratamiento que debe facilitarse a la plantilla *ex arts. 12, 13, 14 y 15 RGPD*. Es por ello por lo que es necesario insistir que este régimen jurídico y los requisitos expuestos son aplicables en todo caso y con carácter vinculante en todos los Estados Miembro y, además, no se prevé excepción alguna aplicable a las relaciones laborales. De tal modo que, tanto por aplicación directa de la doctrina del TEDH como por las previsiones legislativas del RGPD, los tribunales españoles en cualquier caso deberán aplicar las mismas exigencias informativas en lo que se refiere al tratamiento de datos personales en las relaciones laborales. Lo que en cierto modo, el art. 89 LOPD genera como expresa MOLINA NAVARRETE “confusión e incertidumbre”, el motivo principal es que tanto el juez nacional como comunitario deberán llevar a cabo previamente un juicio de validez de la norma nacional con la comunitaria¹¹⁰⁷.

Por último, el art. 89.1 termina su redacción determinando que este deber de información previa deber ser comunicado “a los trabajadores o a los empleados públicos

cumplimiento de este requisito que conforma uno de los pilares del derecho a la protección de datos personales, declarando que “la supuesta equivocidad o falta de claridad de la información en los términos que acabamos de exponer, podría suponer, en su caso, infracción de la normativa de protección de datos, pero no puede privar a la empresa demandada de su derecho a valerse de los medios de prueba necesarios para su defensa”, en virtud del art. 24.2 CE y la doctrina López Ribalda II. N.º recurso suplicación 7378/2021, Id Cendoj: 08019340012022102253. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/de872239f1992b83/20220607>

¹¹⁰⁷ MOLINA NAVARRETE, C. (2020). Régimen legal de los sistemas de control laboral basados en la videovigilancia: lagunas y antinomias a la luz del Derecho Comunitario, en TODOLÍ SIGNES, A. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., *ob. cit.*, p. 74.

y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida”. Como puede comprobarse la norma integra bajo su paraguas jurídico la permisividad del tratamiento de datos personales a través de un sistema de videovigilancia tanto en el sector privado como en el público¹¹⁰⁸. Y así mismo, no olvida por referenciar a los representantes de los trabajadores pese a que el papel de intervención que se les ha otorgado se ha visto reducido a mínimos.

Esta vaga referencia a la RLT tampoco ha escapado de la crítica de la doctrina iuslaboralista dada su redacción escasa y, quizás, equívoca. Por ejemplo, para PRECIADO DOMÈNECH esta referencia insta un deber de información colectivo cuya génesis implica conforme a la doctrina del TC que sea “tutelable en amparo ordinario y constitucional¹¹⁰⁹”, por lo que termina concluyendo que su infracción, es decir, la excepcionalidad respecto al deber informativo por el empresario a los representantes de los trabajadores constituye la vulneración del derecho fundamental a la protección de datos personales. Por otro lado, MOLINA NAVARRETE se cuestiona si el deber de información colectiva, que se trata de un derecho de configuración legal¹¹¹⁰, y que ha sido instaurado en una ley orgánica (LOPD) constituye una garantía adicional al contenido esencial de los derechos fundamentales. Para resolver esta cuestión se decanta finalmente por una respuesta positiva, ya que resulta “más atractiva, desde un punto de vista garantista, claro está (..) la posición hermenéutica que eleva el rango del deber de información colectiva previa, pasando de la legalidad ordinaria del ET a la legalidad constitucional de contenido adicional, con los efectos derivados -la nulidad de la cesión de control sin esa información-¹¹¹¹”

La cuestión no es de poca importancia puesto que la redacción es ciertamente confusa, téngase en cuenta que la LOPD emplea el término “informar” que no “consultar”. En

¹¹⁰⁸ N° recurso de casación contencioso-administrativo 557/2021, Id Cendoj: 28079130042021100147. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/916c91dce3090b54/20210511>

¹¹⁰⁹ PRECIADO DOMÈNECH, C. H. (2019). *Los derechos digitales de las personas trabajadoras*, *ob. cit.*, p. 151.

¹¹¹⁰ En este sentido expone la STC 173/1993 que el art. 10 de la LOLS supera del contenido del art. 28 CE puesto que “las Secciones sindicales asumen carácter externo pues se refieren a la actuación en el interior de la empresa” prosigue “en definitiva, su establecimiento y configuración es competencia del Legislador que siempre podrá establecer límites, incluso numéricos, a su existencia.” Recurso de Amparo núm. 3884/2017, (Aranzadi JUR\ RTC 1992\173).

¹¹¹¹ MOLINA NAVARRETE, C. (2020). Régimen legal de los sistemas de control laboral basados en la videovigilancia: lagunas y antinomias a la luz del Derecho Comunitario, en TODOLÍ SIGNES, A. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., *ob. cit.*, p.85.

primer lugar, en un intento de arrojar un atisbo de luz a este problema, es preciso señalar que ambos conceptos son regulados de forma conjunta en el art. 27 de la CDFUE que determina que “se deberá garantizar a los trabajadores o a sus representantes, en los niveles adecuados, la información y consulta con suficiente antelación en los casos y condiciones previstos en el Derecho comunitario y en las legislaciones y prácticas nacionales”. De su lectura, poco o nada se esclarece al respecto aunque sí es posible reconocer con claridad que este deber conjunto cobrará virtualidad en la práctica en aquellos casos en los que bien la normativa comunitaria o bien la legislación y práctica nacional determinen su alcance.

Por otro lado, respecto al ámbito estrictamente nacional si ambos conceptos se analizan conforme al tenor literal del art. 64 ET puede comprobarse que difieren claramente. Así, por información se entiende por “la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que éste tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen”. Sin embargo, por consulta determina que será aquel “intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo”. Ello no obsta para que, como prosigue el artículo, en ambos procedimientos tanto el empresario y el comité de empresa actúen de buena fe en aras de garantizar el *status quo* entre intereses empresariales como de las personas trabajadoras.

En suma, esta problemática se engrandece de la lectura del art. 64.5 f) en tanto en cuanto el comité de empresa tiene derecho a emitir informe con carácter previo a la ejecución de ciertas acciones por el empresario. Entre ellas, “la implantación de sistemas de organización y control del trabajo”, y que dada la amplitud de interpretación puede entenderse integrada la implantación de sistemas de videovigilancia.

Por lo tanto, la cuestión es tan interesante como preocupante debido en cierto modo a las distintas posibilidades interpretativas al alcance. Como se ha podido comprobar, la interpretación de la doctrina es la posición más proteccionista y cercana a una interpretación teleológica de la norma. Pero, en contraposición con lo anterior, también sería posible llevar a cabo una interpretación gramatical o literal de la norma que inclinaría la balanza a favor de los intereses del empresario. De tal forma que, de acuerdo con el art. 64, se pueda salvar el escollo burocrático marcado por el art. 89.1 LOPD impidiendo obstaculizar el devenir de su gestión por la necesidad de iniciar un diálogo

previo con la RLT¹¹¹². Entiéndase que, la posición más oportuna sería una intermedia, *ex art. 64 párrafo tercero* basándose la actuación bajo un consenso de cooperación y entendimiento mutuo. Por tales razones, y precisamente aplicando el juicio de proporcionalidad, puedan salvaguardarse tanto los intereses de la empresa como los derechos fundamentales de las personas trabajadoras¹¹¹³.

3. La comisión flagrante de actos ilícitos del trabajador como atenuante del deber de información previa por el empleador del sistema de videovigilancia.

Otra cuestión que también ha suscitado cambios en la jurisprudencia respecto a la utilización de la videovigilancia es el deber de información en el supuesto de haber captado la comisión flagrante de un acto ilícito por las personas trabajadoras¹¹¹⁴.

La justificación de la operación del tratamiento de datos personales a través de la videovigilancia se encuentra en el art. 22 LOPD. Este precepto, en un primer momento, en el proyecto de ley orgánica focalizaba el protagonismo en la finalidad de la medida de videovigilancia y el contenido del deber informativo previo. En el trámite parlamentario

¹¹¹² Vuelve a compartirse el criterio de la necesidad de crear una figura *ex lege*, el “Comité de Protección de Datos” a efectos de resolver este tipo de cuestiones específicas sobre el tratamiento de datos personales y las posibilidades de instaurar medidas de monitorización. *Vid.*, TOLODÍ SIGNES, A. (2021). “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, *ob.cit.*, p. 86.

¹¹¹³ Un ejemplo, aunque de forma negativa de lo que se esperaría en este tipo de situaciones y que lejos de atesorar un entendimiento y una actitud de cooperación mutua entre la RLT y la empresa, se encuentra la SAN 4743/2021. En este supuesto se plantea ante la AN una práctica instaurada por el empresario pudiendo calificarse, desproporcionada y que adolece de arbitrariedad causando un detrimento de derechos fundamentales como la intimidad personal y el derecho a la protección de datos (que la AN no incluye en su argumentación) de las personas trabajadoras de la plantilla. Bien es cierto que comunicó previamente a la representación sindical que va a adoptar como medida fiscalizadora y obligatoria que todas las personas trabajadoras muestren, tanto a la entrada como a la salida, el contenido de “sus bolsos, mochilas o similar en el momento de la entrada y salida del personal, (...) en una zona con visibilidad de cámara de videovigilancia” mientras que el responsable de tienda debe mostrar estos ante el empleado de mayor rango o antigüedad. Pero y pese a las continuas comunicaciones de la representación sindical mostrando su total desacuerdo puesto que esta medida constituye una intromisión injustificada en tales derechos, solamente determina obligatorio que se fiscalice al momento de la salida. La AN nacional estimó que además de la vulneración de los derechos señalados también se atentó contra la propia dignidad, *ex art. 18 CE*, de la plantilla. Por consiguiente, la medida no fue ni proporcionada, ni idónea, ni necesaria rebasando por completo las facultades de control empresarial por no haber observado la intervención mínima sobre este derecho fundamental. Y que el protocolo de revisión debería, por motivos de objetividad y eficacia de la prueba, debiera ser en presencia de un representante de los trabajadores o compañero de trabajo. N° recurso 226/2021, Id Cendoj: 28079240012021100237. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f35203ac1d07732b/20211210>

¹¹¹⁴ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C. (2018). “Control empresarial de la actividad laboral mediante la videovigilancia y colisión con los derechos fundamentales del trabajador”, *ob.cit.*, p. 52.

recibió varias enmiendas (38, 81, 122, 196, 197, 265 y 347) que en gran medida venían a incluir aspectos concretos del tratamiento de datos en las relaciones laborales.

Así, las enmiendas nº 81 propuestas por el Grupo Parlamentario Ciudadanos y nº 265, Grupo Parlamentario socialista pretendían la modificación del art. 22.3 y 5 del proyecto de ley orgánica originario. El art. 22.3 determinaba el plazo de conservación de las grabaciones que permitían acreditar la comisión de actos que atentasen contra la integridad de personas, bienes o instalaciones. Ambas enmiendas proponían que se añadiera también entre las finalidades, la comisión de infracciones en el ámbito laboral, de forma que podrían ser conservadas las imágenes más allá del plazo de un mes establecido. Pero pese a lo anterior, finalmente no fructificaron y no fueron objeto de inclusión en el texto definitivo.

De más peso e importancia práctica fue la enmienda nº 81 del Grupo Parlamentario Ciudadanos al art. 22.5, ya que centraba el valor probatorio del tratamiento de los datos personales en las relaciones laborales. Por lo que, en el supuesto de que el empresario hubiese captado la comisión flagrante de un acto delictivo¹¹¹⁵, la ausencia del deber informativo previo no privaría el carácter legal de la medida adoptada. Pero, siempre que el tratamiento de dichos datos sea necesario y proporcionado respecto a los fines pretendidos. La proporcionalidad y necesidad del tratamiento de datos se sustentará cuando se demuestre que existen sospechas previas suficientemente fundadas y, además, debe concretarse y afectar a persona trabajadora en concreto.

Finalmente, en cuanto a la duración de la medida, debe ser limitada en el tiempo y que no exista otra menos gravosa para lograr los fines pretendidos¹¹¹⁶. Tampoco fue

¹¹¹⁵ Entre los partidarios de haber mantenido la calificación de “acto delictivo” frente a “acto ilícito” se encuentra GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, afirmando que “esta opción hubiera tenido más sentido, ya que estaríamos entrando en el terreno de la jurisdicción penal y, por lo tanto, dotándolo de otra dimensión distinta a la laboral”. *Vid.*, en GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, R. (2021). “Los derechos fundamentales como límite difuso al control tecnológico en el ámbito laboral: luces y sombras de la primera regulación específica sobre la materia”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, nº 463, p. 83.

¹¹¹⁶ Sobre el alcance de la duración de la grabación ante una queja presentada a la empresa por una persona trabajadora en concreto, el TS ha declarado que “no podemos entender que la empresa haya vulnerado el derecho de protección de datos por pretender constatar si los hechos denunciados, ocurridos un domingo, tuvieron lugar también días anteriores al de la queja, aunque estos fueran en más de una semana o lo que sería lo mismo, en otro domingo -dos anteriores al de la denuncia-, plazo que, por otra parte, no supera el de un mes que existe para la cancelación de lo captado por las cámaras (art. 6 de la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras). De ello no se puede obtener que se haya generalizado y no individualizado la investigación”. Nº recurso de casación para la unificación de la doctrina 1993/2020, Id Cendoj: 28079140012022100451. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f380b889ad0f7015a0a8778d75e36f0d/20220617>

aceptada y es que sería una ardua tarea por el empresario acreditar los criterios exigidos por la enmienda. La redacción de la enmienda planteaba dificultades en cuanto a validar las sospechas previas por el empresario, situándole ante la prueba diabólica de un hecho negativo¹¹¹⁷ y que puede conllevar consecuencias en derechos fundamentales. Y, en suma, puede desvirtuar el carácter primordial del deber informativo previo a las personas trabajadoras que en los casos de hallazgo casual de la prueba del delito hubiese dejado vacío de contenido al artículo enmendado.

Mientras tanto, con mayor acierto en cuanto a la intención de preservar la integridad de las personas por la captación de imágenes en el ámbito laboral, se citan las enmiendas 122 y 197 presentadas por el Grupo Parlamentario Mixto y por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana. Ambas enmiendas concretaron su interés en garantizar la información previa tanto a las personas trabajadoras como a sus representantes respecto a la posibilidad de que las imágenes pudieran ser utilizadas con la finalidad de control laboral.

Por último, la enmienda nº 347 firmada por el Grupo Parlamentario Popular justifica la modificación de redacción del art. 22.5 párrafo segundo para adaptarlo a la jurisprudencia del TEDH (asunto López Ribalda I y otros contra España), del TC y TS. Dado que el empleador puede llevar a cabo en el marco de las potestades de control *ex art. 20.3 ET* el tratamiento de imágenes a través de sistemas de videocámaras, este control sólo será posible cuando las personas trabajadoras hayan sido informadas acerca de aquel. El Grupo Popular fue consciente de la posibilidad de que en ocasiones las cámaras, aun cuando la finalidad de su instalación no fuese el control laboral, capten actuaciones de los empleados que acrediten una transgresión de sus obligaciones, por esta razón, es necesario que para este tipo de situaciones exista una previa información genérica a la que haya podido tener acceso el empleado, tal como indica el art. 22.4 LOPD.

Por tanto, y de conformidad (en estos momentos) con la doctrina del TEDH asunto López Ribalda I, se cumpliría este requisito con la existencia de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible. En buen sentido, expresó su preocupación el grupo parlamentario por lo que respecta al valor probatorio de las imágenes que hubiesen sido objeto de tratamiento. De hecho, sostuvo que la LOPD debe limitarse a

¹¹¹⁷ Nº recurso suplicación 553/2010, Id Cendoj: 09059340012010100631. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/342c161bb9725397/20101118>

regular los requisitos de dicho tratamiento. Entre otras, porque desde el punto de vista técnico-normativo no parece contar con facultades de determinar este valor probatorio, de tal modo que fueron tenidas en cuenta e incorporadas en el texto definitivo de la LOPD.

Tras lo anterior, la normativa ha intentado poner fin a esta situación estableciendo en el art. 22.4 LOPD que el deber de información se entenderá cumplido siempre que exista en el lugar de trabajo un distintivo informativo¹¹¹⁸: a) lo suficientemente visible; b) identificando la existencia del tratamiento, identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los arts. 15-22 RGPD.

En este sentido, en el párrafo segundo del apartado primero del art. 89.1 LOPD relativo a la captación de la comisión flagrante de un acto ilícito deja en segundo plano el deber de información siendo suficiente con el distintivo informativo de videovigilancia señalado. Ante el vacío que podría generar acotar el concepto, y tomando de referencia la sentencia nº 52/2019 del Juzgado de lo Social nº3 de Pamplona, de 18 de febrero de 2018¹¹¹⁹, el tribunal opta por acotar y entender por acto ilícito sólo lo que la propia expresión indica: cualquier acto que contraría el ordenamiento es un acto ilícito y, por tanto, es ilícito el acto que constituye delito. Así mismo, quedarían subsumidos en este concepto aquellos actos ilícitos que se correspondan con una infracción administrativa como en caso de los incumplimientos de las obligaciones laborales.

Por consiguiente, el legislador español rompe con la doctrina más estricta y proteccionista, la STC 29/2013 y del TEDH “Caso Ribalda I”, en pro de una doctrina más tolerante, STC 39/2016 y del TEDH “Caso Ribalda II”, con lo que ello conlleva, romper o atenuar las exigencias en materia de información promulgadas por el RGPD¹¹²⁰. Y es

¹¹¹⁸ El TS se ha mostrado bastante tajante en la STS 91/2022 de 1 de febrero. En este caso, si bien es cierto que en las instalaciones donde prestaba servicios la persona trabajadora existían cámaras de videovigilancia así como dispositivos informativos que alertaban de su presencia, no sucedía lo mismo en una sala concreta del establecimiento. Fue en este lugar, precisamente, donde existía una cámara que pese a ser visible no contaba con el distintivo informativo que permitiría atenuar y desplazar el deber de información previa ex art. 89.1 párrafo segundo a la persona trabajadora en caso de captar la comisión flagrante de un acto ilícito. Por tales motivos, desestimó el recurso de casación para la unificación de la doctrina manteniendo la calificación de nulidad tanto de la prueba como del despido. Nº recurso casación para la unificación de la doctrina 3482/2019, Id Cendoj: 28079140012022100110. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3e0e59634791bdb5/20220225>

¹¹¹⁹ Nº recurso 875/2018, Id Cendoj: 31201440032019100001. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e9e15eb131e642c9/20190312>

¹¹²⁰ VILLALBA CANO, L. (2019). “La videovigilancia laboral y su incidencia en el derecho de protección de datos a la luz de la jurisprudencia constitucional y del reglamento europeo 2016/679”, *Fodertics 7.0: estudios sobre derecho digital*, Madrid, p. 212.

que, como concluye la sentencia nº 52/2019 del Juzgado de lo Social nº3 de Pamplona, “en efecto, la anterior conclusión plantea la evidente contradicción con la exigencia legal de ofrecer a los trabajadores una información previa, clara, precisa y concisa” acerca de la medida de videovigilancia. Por tanto, es una previsión legal inane cuando en todo caso tendrá valor probatorio la grabación, aunque se omitan tales exigencias informativas.

Respecto a esta cuestión se plantean dos posiciones diferenciadas: por un lado, la sentencia nº 52/2019 plantea la inaplicación de la propia norma nacional ante la disconformidad de su contenido respecto a los parámetros señalados por la norma comunitaria¹¹²¹; y, por otro lado, desde el punto de vista de la doctrina iuslaboralista se propone el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE que permita zanjar esta cuestión que evidencia una contradicción o antinomia más que evidente en la redacción del art. 89.1 LOPD párrafo segundo¹¹²².

Grosso modo, el debate se genera en cuanto que la flexibilidad legislativa se inclina favorablemente hacia el empleador pudiendo atenuar las obligaciones en materia de información previa a las personas trabajadoras respecto al control por videovigilancia. A este respecto, se estaría ante una clara contradicción que podría traer graves consecuencias para la salvaguardia del derecho a la protección de datos personales. Concretamente, respecto a la utilización de videovigilancia encubierta¹¹²³ que permitiría descubrir posibles ilícitos laborales constituyendo esta actuación una baza para el empleador exceptuándole de cumplir con la debida comunicación previa a las personas trabajadoras de sus derechos al contar con una mera referencia al cartel de video *ex art.* 22.4 LOPD¹¹²⁴. Todo ello genera una discusión bastante interesante sobre las formas de

¹¹²¹ Este planteamiento también es defendido por BLÁZQUEZ AGUDO para quien “la regulación europea sobre protección de datos se basa en el principio de transparencia, que va unido esencialmente al derecho de información (...) sin que parezca que puede plantear una excepción para la captación de ilícitos laborales”. *Vid.*, en BLÁZQUEZ AGUDO, E. M. (2019). “Novedades laborales en la nueva Ley orgánica de protección de datos”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 50, pp. 95-96.

¹¹²² MOLINA NAVARRETE, C. (2020). Régimen legal de los sistemas de control laboral basados en la videovigilancia: lagunas y antinomias a la luz del Derecho Comunitario, en TODOLÍ SIGNES, A. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. *ob. cit.*, pp. 90-91.

¹¹²³ Nº recurso suplicación 2899/2021, Id Cendoj: 08019340012021103575. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/Oded06753a76c468/20210915>

¹¹²⁴ Los TSJ han acogido perfectamente esta posibilidad de desplazar a un segundo plano el deber de información previa cuando existe distintivo informativo y se comprueba la comisión de actuaciones ilícitas, validando por consiguiente la validez de la prueba de videovigilancia. Nº recurso suplicación 524/2019, Id Cendoj: 38038340012019100995. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9d7d2b77daa010c7/20200122> Nº recurso

obtención de la prueba, su calificación y las consecuencias que derivan de su obtención¹¹²⁵, es decir, la calificación del despido como procedente, improcedente o nulo¹¹²⁶.

Con mayores restricciones se prevé en el art. 89.2 LOPD la grabación de imágenes o sonidos en determinados espacios concernientes al lugar de trabajo. Si el empleador debe informar de la existencia del sistema de videovigilancia colocando un cartel suficientemente visible en las zonas que sean sometidas a control, es preciso señalar que el espacio objeto de control no es ilimitado y, a este respecto, precisamente el art. 89.3 determina que quedan al margen y por lo tanto exceptuadas a esta observación tecnológica pro el empleador, las zonas de vestuarios, baños y espacios de descanso de los trabajadores, así como la grabación de las conversaciones en un contexto privado¹¹²⁷.

Y es que ni siquiera en supuestos de sospecha o simplemente como medida de control laboral podrán instalarse este tipo de sistemas en los lugares de descanso o esparcimiento, tales como vestuarios, aseos o comedores. En consecuencia, debe garantizarse la protección de los derechos fundamentales de las personas físicas, particularmente su derecho a la protección de datos personales y, particularmente, en un contexto como es

suplicación	2222/2021,	Id	Cendoj:	08019340012021103401.	Disponible	en
	https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/07a1e84edd893fd1/20210914				Nº	recurso
suplicación	1545/2021,	Id	Cendoj:	15030340012021102783.	Disponible	en
	https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5a603793c0e9d3d8/20210831				Nº	recurso
suplicación	2474/2021,	Id	Cendoj:	46250340012022100115.	Disponible	en
	https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/eb29681d06b1a10f/20220331					

¹¹²⁵ Una de las cuestiones que mayores problemas genera es el incumplimiento de otro principio en materia de protección de datos y que muchas veces se pasa por alto, el cumplimiento de la finalidad del tratamiento *ex* art 5 RGDP y art. 11.2 b) LOPD. En muchas ocasiones se olvida que el tratamiento de un dato personal debe atender a una determinada finalidad y, en caso de que pudieran cumplir otra distinta, deberá obtenerse el consentimiento del interesado. Y en este tipo de circunstancias en los que la jurisprudencia basándose en la doctrina López Ribalda II y el art. 89.1 párrafo segundo LOPD, desplaza el deber de información previa a un segundo plano en cuanto se verifica un acto ilícito (en el que de forma genérica se incluyen los incumplimientos laborales) se olvida, sin embargo, por completo de este principio. Y no es una cuestión baladí puesto que la finalidad inicial suele responder inicialmente a salvaguardar la seguridad de las instalaciones y, posteriormente se utiliza para justificar un despido disciplinario. Nº recurso suplicación 524/2019, Id Cendoj: 38038340012019100995. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9d7d2b77daa010c7/20200122> Nº recurso suplicación 451/2020, Id Cendoj: 28079340052020100860. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7518aaef75f5ddb5/20201111>.

¹¹²⁶ Sobre este aspecto es preciso señalar que este análisis se ha llevado a cabo en el capítulo II de la segunda parte de la presente tesis doctoral.

¹¹²⁷ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2018). “Videovigilancia empresarial: límites a la luz de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *Diario La Ley: editorial Wolters Kluwer*, nº 9328, p. 7.

el caso del ámbito de las relaciones laborales donde pueden verse sometidos las personas trabajadoras a vulneraciones por el mal uso de los dispositivos tecnológicos por el empleador¹¹²⁸.

Pese a este tipo de restricciones, es sumamente sorprendente que ya existe algún procedimiento judicial que rebaja esta expectativa de privacidad y permite, por ende, penetrar fiscalizando en este tipo de espacios. Es el caso de la STS 1003/2021, de 13 de octubre¹¹²⁹ que analiza un asunto tan peculiar como la continuidad de la captación de imágenes a través de un sistema videovigilancia instalado en el vehículo de un trabajador que presta servicios de transporte público durante su periodo de descanso. Téngase en cuenta que los vehículos de transporte contaban con tres cámaras conocidas por las personas trabajadoras y que consta, según los hechos probados, que disponían de pegatinas informativas sobre este tratamiento de datos personales. Así mismo, se afirmó que la finalidad que la empresa atribuyó a esta instalación respondía a preservar la seguridad de los conductores, pactándose la grabación intramuros del asiento del conductor.

La empresa una vez que tuvo acceso al visionado de las imágenes comprobó que la persona trabajadora llevó a cabo en reiteradas veces durante el tiempo de descanso actuaciones o conductas que entrañan un incumplimiento muy grave de sus obligaciones contractuales que amedrentan, en suma, la buena fe contractual, un abuso de confianza así como la indisciplina y desobediencia. En definitiva, actuaciones “indecorosas e irrespetuosas” que van en detrimento de los intereses de la empresa influyendo negativamente en la imagen corporativa, justificando de tal modo su despido disciplinario.

La cuestión por dilucidar en este apartado es qué se entiende por espacio de descanso y esparcimiento teniendo en cuenta que, conforme al antecedente de hecho segundo apartado octavo “los trabajadores, tras finalizar una ruta y hasta comenzar la siguiente, suelen tener tiempo para descansar, bien dentro del bus, bien saliendo fuera. Y por

¹¹²⁸ *Vid.*, un estudio sobre situaciones en las que se plantean dificultades por la utilización de sistemas de videovigilancia en espacios de intimidad reservados de las personas trabajadoras. LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2007). “La tutela del derecho a la intimidad del trabajador y el control audiovisual de su actividad laboral”, *ob. cit.*, p. 14-16.

¹¹²⁹ N° recurso de casación para unificación de la doctrina 3715/2018, Id Cendoj: 28079140012021100907. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6c2050dad63171b/20211029>

algunas circunstancias -por ejemplo, climatológicas- dejan acceder a los pasajeros hasta que comience la ruta.” Y además, dejando por descontado la existencia de espacio para vestuario, aseo o comedor del trabajador en el vehículo¹¹³⁰, lo que en cierto modo viene a confirmar que el centro de trabajo del conductor es el vehículo de transporte de pasajeros y es en este mismo espacio, en el que sin distinción alguna entre lugar de trabajo y lugar de descanso, es indiferente que la grabación se limite o no al asiento del conductor.

Como se podrá sospechar, ante el conocimiento de la persona trabajadora del sistema de videovigilancia y la existencia de distintivo informativo debe aplicarse (conforme al criterio temporal) se está ante la aplicación de la doctrina más laxa respecto al deber de información previa *ex* art. 5 LOPD. Ello implica que el fallo del TS estimase el recurso de casación interpuesto por la empresa, pero sin embargo, lo que aquí interesa es discernir acerca del solapamiento en este tipo de actividad del espacio de trabajo y espacio de descanso. Sobre esta cuestión, señala el TS, es cierto que “algunas de las conductas antijurídicas se produjeron al finalizar una ruta y empezar la siguiente”. Ello no obsta para que las personas trabajadoras puedan sentirse inmersas en un espacio de indemnidad respecto a los incumplimientos contractuales graves que pudiera cometer. Y, por esta razón, se justifica la continuidad de la grabación del sistema de videovigilancia en “esos lapsos temporales”.

No deja de ser sin lugar a duda un pronunciamiento a partir del cual se podría suscitar una doctrina que haría inclinar la balanza a favor de las facultades de organización y control del empresario en detrimento de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. Máxime, en este tipo de situaciones en las que conforme a las características de la profesión, las barreras entre lugar de trabajo y lugar de descanso denotan solubilidad y difuminación. Y, en consecuencia, podría hacer decaer el carácter infranqueable de este espacio al que la LOPD otorga una protección estricta sobre esta materia¹¹³¹.

¹¹³⁰ Antecedente de hecho segundo apartado séptimo.

¹¹³¹ La STSJ de Canarias 136/2022, constituye un ejemplo del reconocimiento a la inmunidad del comedor al que acuden las personas trabajadoras y de cumplimiento imperativo del art. 87.2 LOPD respecto a las posibilidades de monitorizar este tipo de espacios, N° recurso suplicación 3715/2018, Id Cendoj: 35016340012022100062. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b3bea748c1d0badf/20220330>

4. El sistema de grabación de sonidos, ¿medida de control laboral o medida de seguridad de instalaciones, bienes o personas?

Este tipo de grabaciones están limitadas “únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas” de la actividad que desarrolle el centro de trabajo en cuestión. Así mismo, deberá respetarse y garantizarse el principio de proporcionalidad e intervención mínima que ya ha sido señalado en otros epígrafes. Atendiendo a la finalidad y al respeto de la dignidad las personas trabajadoras, el legislador, consciente de que la instalación de sistemas de grabación de voz de forma continua e indiscriminada rebasa las facultades de control *ex art. 20.3 ET*, previó esta limitación al entenderse vulnerado el art. 18.1 CE, como bien se analiza en el “Caso Casino La Toja”.

Es una cuestión superada que prácticamente todas las herramientas tecnológicas que utilizamos a diario (Smartphone, Smartwatch, iPad, portátil) incorporan como utilidad práctica el sistema de captación de imagen, grabación de imagen y vídeo. Sin embargo, y aunque es posible efectuar un seguimiento continuo o discontinuo de las personas trabajadoras por este tipo de medios, el sistema de control laboral más habitual es a través de cámaras de videovigilancia que estrecha indisolublemente la posibilidad de realizar una grabación de vídeo y audio conjuntamente o desactivar este último. Así mismo, por supuesto, es una posibilidad la instalación de micrófonos secundarios normalmente ocultos que permitan obtener una mayor información en la captación de la prueba.

Esta cuestión ya se puso de relieve en la STC 98/2000 al disponer que la utilización de sistemas de aparatos de captación y grabación de sonidos podría constituir una medida de utilidad para la organización empresarial. No obstante, la utilización generalizada (tanto a clientes como a personas trabajadoras) continuada (prolongada en el tiempo) e indiscriminada (sin atender a una finalidad concreta) de este tipo de sistemas de control extralimita las facultades del empresario *ex art. 20.3 ET*, vulnerando el derecho a la intimidad *ex art. 18.1 CE*.

Evidentemente como se puede comprobar, la utilización de sistemas de grabación de sonidos permitiría una fiscalización laboral mucho más amplia pero también más compleja por la repercusión que tendría en los derechos fundamentales señalados. Por ello, de acuerdo con MERCADER UGUINA “nadie es capaz de leer la mente de otra persona, pero se puede obtener una buena cantidad de información sobre los motivos y

las intenciones de los seres humanos mediante la interceptación de intercambios verbales¹¹³²”. Por consiguiente, a través de este sistema podrían captarse comentarios, opiniones o conversaciones privadas tanto entre personas trabajadoras como entre ellas y los clientes que, en definitiva, rebasarían el estricto interés laboral careciendo de irrelevancia para con el empresario¹¹³³.

Teniendo en cuenta la redacción anterior y la jurisprudencia analizada en epígrafes anteriores, la utilización de sistemas de videovigilancia para captar las conversaciones de los empleados como del público en general puede resultar incompatible con el principio de proporcionalidad¹¹³⁴ estudiado. Dicho principio encuentra razón de ser en garantizar el derecho a la intimidad, al honor y la propia imagen de las personas, por lo que resultaría desproporcionada la actividad que consista en la captación de imágenes, escucha o grabación de conversaciones que puedan lesionar dichos derechos. A tal efecto, el art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, establece como intromisión ilegítima en el ámbito de protección personal “el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas. Y continúa en “la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.”

Se infiere que, conforme a lo que se ha expuesto, las grabaciones indiscriminadas de voz y conversaciones de los empleados a través de sistemas de videovigilancia no respetarían el principio de proporcionalidad que actúa como límite a las funciones de control empresarial¹¹³⁵. Sin embargo, esta cuestión no ha sido recogida estrictamente

¹¹³² MERCADER UGUINA, J.R. (2001). “Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica? Relaciones Laborales”, *Revista Crítica de Teoría y Práctica*, nº 1, p. 671.

¹¹³³ LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2007). “La tutela del derecho a la intimidad del trabajador y el control audiovisual de su actividad laboral”, *ob. cit.*, p. 19-20.

¹¹³⁴ TERRADILLOS ORMAETXEA, M.E. (2017). “El principio de proporcionalidad como referencia garantista de los derechos de los trabajadores en las últimas sentencias del TEDH dictadas en materia de ciberderechos: un contraste con la doctrina del Tribunal Constitucional español”, *Revista de Derecho Social*, nº 80, pp.139-162.

¹¹³⁵ Informe Jurídico de la AEPD. Ref. de entrada 0139/2017. Recuperado en <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/informe-juridico-rgpd-grabacion-de-imagenes-y-voz-proporcionalidad.pdf>

tanto antes como después de la entrada en vigor del art. 89 LOPD. Por esta razón, se suscitan dificultades en determinadas profesiones en las que justamente el único medio de trabajo es un dispositivo de telefónico, caso del *telemarketing*, disminuyéndose las posibilidades de control laboral del empresario *ex art.* 20.3 ET por otro tipo de medios menos intrusivos.

Sobre esta cuestión interesa ahondar en la jurisprudencia del TS como del TC en la permisividad sobre la grabación de sonidos como método de control laboral. En primer lugar, respecto al TS la sentencia de 5 de diciembre de 2003, se suscitó el debate planteado por Unión Telefónica Sindical que reclamó la posible ilegalidad de las escuchas prácticas por el empresario haciendo valer sus facultades de control y vigilancia de la actividad laboral. En este supuesto, la empresa controlaba las llamadas de los “asesores” a través de un “coordinador por grupo de asesores” a quien se le atribuyó la función de monitorizar de forma aleatoria conversaciones de aquéllos con los clientes, declarándose probado que la monitorización alcanzó exclusivamente el 0,5 % del total de llamadas.

Continuando con los datos del caso, la finalidad de dicho control obedecía a la averiguación de posibles deficiencias técnico-comerciales de los asesores a fin de poder corregir tales deficiencias del servicio a través de cursos de formación. Esta cuestión era sabida por todos los asesores, es decir, que su actividad laboral desempeñada exclusivamente a través de un dispositivo telefónico podía ser objeto de monitorización así como la finalidad de esta.

A este respecto, el conflicto no se planteaba respecto a la utilización de estas escuchas como medio de prueba de un despido disciplinario que implicaría, conforme a los datos del caso, que el empresario incumplió la finalidad inicial prevista. Sino que, la controversia se suscitó sobre la ilegalidad de la medida aun para satisfacer un interés legítimo del empresario, es decir, el buen funcionamiento del servicio de atención al cliente. A la vista de estas circunstancias, el TS estimó que la monitorización cumplía y respetaba la legislación vigente y que, por lo tanto, se llevó a cabo de conformidad con los principios de proporcionalidad e intervención mínima.

Por otro lado y de forma más reciente, la STC 160/2021, de 4 de octubre de 2021¹¹³⁶, resolvió un controvertido caso sobre grabaciones sonoras de un asesor

¹¹³⁶ Recurso de Amparo núm. 3884/2017, (Aranzadi JUR\ RTC 2021\160).

comercial que trabajaba para una compañía de telefonía. De hecho, el TC admitió a trámite la demanda de amparo porque adolecía de especial trascendencia constitucional, básicamente, porque hasta entonces no existía doctrina del TC respecto a las grabaciones sonoras respecto a la afectación al derecho fundamental a la protección de datos personales *ex art. 18.4 CE*, puesto que hasta el momento solo se había llevado a cabo desde la perspectiva de la intimidad *ex art. 18.1 CE*¹¹³⁷.

En suma, este procedimiento reboza de singularidad ya que la disputa surgió respecto a la utilización de las grabaciones sonoras como base para justificar el despido disciplinario de la persona trabajadora y ello pese a que existía un acuerdo previo respecto a que este tipo de grabaciones únicamente serían utilizadas para identificar carencias formativas en la prestación de los servicios de atención y ventas. A tal fin para subsanar estas deficiencias, se elaborarían planes individuales de formación y mejora de competencias, asumiendo la empresa el compromiso de que la monitorización no tendría en ningún caso efectos disciplinarios¹¹³⁸. Sin embargo, pese lo manifestado, la

¹¹³⁷ El TC acotó el objeto de la controversia a determinar si el incumplimiento de la cláusula pactada entre el empresario y la RLT afecta o no al derecho a la protección de datos de carácter personal *ex art. 18.4 CE*. Por lo tanto, excluye de su razonamiento dilucidar acerca sobre la legalidad o ilegalidad respecto al sistema o medida de vigilancia como ejercicio del poder de vigilancia y control del empresario *ex art. 20.3 ET*. Cuestión que levanta un revuelo en la doctrina iuslaboralista, ya que si el propio garante de los derechos fundamentales estima que no entra en sus competencias determinar qué efectos deriva sobre la calificación del despido la vulneración de derechos fundamentales deja “tocados de muerte” a los defensores de la nulidad. *Vid.*, TOLODÍ SIGNES, A. (2021). “Nulidad o improcedencia en caso de vulneración de derechos fundamentales en la adquisición de la prueba, pero siempre una indemnización adicional, Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, de 15 de marzo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, nº 459, p. 243. En el mismo sentido GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (2021). “A proba no proceso laboral: algunos puntos críticos recientes”, *Revista Galega de Dereito Social*, nº 13, p. 18. Así mismo, PÉREZ SÁNCHEZ se mostró bastante crítico y manifestó sobre la calificación de “meras cuestiones de legalidad ordinaria” que “la clásica diferenciación entre legalidad ordinaria y constitucional, utilizada en principio para delimitar el ámbito de actuación del Tribunal Constitucional, se ha mostrado como un criterio en muchas ocasiones inútil para enjuiciar posibles extralimitaciones del órgano de Justicia Constitucional”. Por esta razón, y compartiendo su opinión lo más deseable sería que el TC “fuese más cauteloso a la hora de dictar sentencias (...) se le exige que determine de forma más precisa los criterios que utiliza al aplicar los diversos test de enjuiciamiento y, sobre todo, que diese a esos test un contenido invariable y los aplicase de forma uniforme.” *Vid.*, PÉREZ SÁNCHEZ, G. (2009). “Tribunal Constitucional y legalidad ordinaria”, *Revista Anales de la Facultad de Derecho*, nº 26, p. 91.

¹¹³⁸ Sobre esta cuestión, MUÑOZ RUIZ valora la efectividad del papel que puede asumir la negociación colectiva al momento de modular la normativa de protección de datos en el ámbito laboral. En este sentido, analiza si las normas en materia de protección de datos y de derecho a la intimidad de las personas trabajadoras constituyen normas imperativas que la negociación colectiva no puede aportar una mejora para ninguna de las partes. Sin embargo, descarta esta opción puesto que es precisamente tanto el RGPD *ex art. 88* como el art. 91 LOPD donde se recoge este papel singular y protagonista a la negociación colectiva. Así, cuando se hace referencia a que la negociación colectiva pueda determinar garantías adicionales a la protección de los datos personales y de la intimidad se está reconociendo la posibilidad de que se introduzcan mecanismos de freno o limitación al poder de vigilancia y control del empresario. MUÑOZ RUIZ, A.B. (2022). “Grabación de las conversaciones de los trabajadores y derecho fundamental de protección de datos de carácter personal. Comentario a la STC 160/2021”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 88, pp. 8-9.

monitorización sí que tuvo efectos disciplinarios pese a que el trabajador fue advertido en reiteradas ocasiones de las deficiencias en su actuación laboral y pese a las indicaciones recibidas para subsanar esta situación.

La cuestión resulta ciertamente compleja ya que pactar dicha cláusula especialmente atendiendo al puesto de trabajado desempeñado, de asesor comercial en una compañía telefónica en la que única herramienta de trabajo es la comunicación telefónica, el empresario se vería impedido en el ejercicio de su derecho de control en caso de incumplimiento grave de los deberes laborales que les incumben a las personas trabajadoras¹¹³⁹. El TC sobre este aspecto manifestó que “la empresa quedaría inerte” frente a comportamientos deplorables (insultos, amenazas) del trabajador respecto a los clientes de la empresa. Ello crearía una inmunidad total, a favor de los asesores, frente a tal control laboral en detrimento del empleador viéndose mermados sus intereses *ex art. 33 y 38 CE*¹¹⁴⁰.

Sin embargo, no se está cuestionando que el empresario estuviese legitimado para efectuar el poder de control por el empresario *ex art. 20.3 ET* de conductas improcedentes del trabajador. Pero sí que se confronta respecto a una más que posible e incorrecta interpretación de la doctrina del TEDH por el TC, aplicándola parcialmente al caso en cuestión. Por un lado, está constatado que conforme a las características del puesto de trabajo asociado al *call center* se plantean varias dificultades, la primera llevar a cabo un

¹¹³⁹ Respecto al cumplimiento normativo de la LOPD y la teoría del consentimiento como sustento del contrato de trabajo, la STS 304/2019 resolvió la controversia que se suscitó sobre la cesión del derecho de imagen del trabajador que presta servicios de telemarketing a la empresa prioritariamente por video llamadas. Esta última sostuvo que contaba con legitimidad suficiente para implementar este sistema de prestación laboral telemática por los trabajadores y, por ello, en cumplimiento de la legislación vigente solicitó a través de un anexo del contrato del trabajador la petición del consentimiento del trabajador para ceder su imagen. Téngase en cuenta que como el art. 2 del Convenio Colectivo de *Contact-Center*, las empresas encuadradas bajo la aplicación de este convenio serían aquellas que “presten servicios de *contact center* a terceros (...) ya fuera por vía telefónica, por medios telemáticos, por aplicación de tecnología digital o por cualquier otro medio electrónico”. A tenor de estas consideraciones, el TS estimó que no se estaba ante un supuesto de control por videovigilancia sino de videollamadas, sin perjuicio que esta actividad fuese aprobada por la AEPD y se adoptasen todas las medidas técnicas como organizativas necesarias para evitar un uso inadecuado de este dato personal. N° recurso de casación para unificación de la doctrina 227/2017, Id Cendoj: 28079140012019100247. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0a6669627bfbe1dd/20190517>

¹¹⁴⁰ A este respecto, BAZ RODRÍGUEZ se muestra bastante crítico respecto al criterio adoptado por el TC en la sentencia 61/2021, puesto que debería efectuarse, en todo caso, un equilibrio justo entre los derechos fundamentales que no conlleven un sacrificio desproporcionado de estos, en particular, de los derechos digitales. BAZ RODRÍGUEZ, J. (2022). “El despido disciplinario con prueba lesiva de derechos fundamentales y su calificación: ¿formulación, aclaración o modificación de la doctrina constitucional? (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, de 15 de marzo, sala 1a, rec. Amparo 6838-2019)”, *Revista crítica de Relaciones de Trabajo-Laborum*, nº 2, p. 151.

control laboral por otro medio distinto y, la segunda, cumplir escrupulosamente con la finalidad a la que atiende en tal caso la monitorización.

Esta actuación empresarial se ha caracterizado por la prioridad del poder de dirección y control respecto a lo pactado, poniendo de relieve la ruptura de un principio fundamental de las relaciones laborales que incumbe a ambas partes como es la buena fe¹¹⁴¹. Cuanto menos, puede constituir un auténtico despropósito no sólo respecto al principio de buena fe en las relaciones laborales sino también constitutivo de una actuación de arbitrariedad empresarial basada en un abuso de poder ante el incumplimiento *pacta sun servanda ex art 3.1 c)* del ET¹¹⁴², pudiendo generar en la práctica que decaiga la relación de confianza mutua entre las partes imperante en las relaciones laborales.

En definitiva, y a diferencia de lo que sí cumplió rigurosamente la STS de 5 de diciembre de 2003¹¹⁴³ en el que la monitorización no conllevó la adopción de acción disciplinaria alguna, por el contrario, en este caso, la medida disciplinaria adoptada no respetó el juicio de proporcionalidad y de intervención mínima que determina el TEDH a raíz del caso *Bărbulescu II* y posteriormente seguido en *López Ribalda II*. Concretamente, respecto a la finalidad o naturaleza de la medida, que en este caso correspondía a subsanar defectos en la calidad del servicio. Y, por otro lado, porque para alcanzar el objetivo propuesto por el empresario se podría haber modificado la cuestionada cláusula, determinando las posibilidades de fiscalización de las llamadas

¹¹⁴¹ Bastante simple en su fallo, el TC manifestó que el cumplimiento por parte del empresario de la cláusula pactada con la RLT no debía permitir un escudo de protección e inmunidad a la persona trabajadora cuyo comportamiento era susceptible de sanción disciplinaria. Por lo que consideró que la inobservancia del empleador de la cláusula pactada respecto a la imposibilidad de llevar a cabo monitorización con fines disciplinarios, aspecto al que se comprometió, no vulneró el derecho a la protección de datos *ex art. 18.4 CE* invocado por el trabajador. Entre las voces más críticas, TOLODÍ SIGNES plantea que, en estos momentos, adquiere una singular relevancia el principio de necesidad de tal manera que el método de control elegido por el empresario debe superar el test de proporcionalidad y así demostrar que no existía “otro método menos invasivo” para efectuar la monitorización de la persona trabajadora. TOLODÍ SIGNES, A. (2022). Control tecnológico: una propuesta de aplicación del triple juicio de proporcionalidad conforme a la normativa europea de protección de datos, en *Digitalización, Recuperación y Reformas Laborales – XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, *ob. cit.*, p. 251.

¹¹⁴² CRUZ VILLALÓN, J. (2012). “Hacia una nueva concepción de la legislación laboral”, *Revista Temas Laborales*, nº 115, pp. 50-53.

¹¹⁴³ Nº recurso de casación 52/2003, Id Cendoj: 28079140012003100610. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8437d75a6845e50b/20040214>

telefónicas¹¹⁴⁴. De este modo, se daría cumplimiento a los mandamientos normativos de la LOPD *ex art.* 89.1 y 3 respecto a la observancia de los deberes de información previa, expresa, clara y concisa sobre la medida a implementar así como con los parámetros de proporcionalidad, idoneidad y necesidad.

Por último, constituye un tratamiento ilícito de los datos personales, en este caso de la voz de las personas trabajadoras, para una finalidad distinta para la que estaban permitidos. Y consecuentemente, también implica un incumplimiento del deber de información previa sobre el propósito del tratamiento, pese a que en este ámbito de las relaciones laborales no fuese necesario el consentimiento¹¹⁴⁵.

Como cierre a este análisis, es plausible celebrar que por fin existe una norma que sin ser específicamente laboral hace referencia expresa a este ámbito y, además, pese a que pudiera transmitir una connotación menos garantista y proteccionista para las personas trabajadoras a favor del ejercicio de control por el empresario, será precisamente este último, quien deberá soportar la carga de la prueba para demostrar la existencia de un riesgo para su empresa y que ha elegido la medida una vez ha superado el análisis de proporcionalidad¹¹⁴⁶. Es decir, probar que se ha garantizado el equilibrio entre la acción menos invasiva y el respeto de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras que resultan afectadas.

Por consiguiente, la implantación de un sistema de grabación de sonidos a tenor de lo dispuesto en el art. 89.3 LOPD solo está amparada si atiende a una finalidad concreta, a saber, “los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas en los apartados anteriores”. Aunque, si bien es cierto como se ha examinado con anterioridad, existen determinados supuestos en los que la monitorización a través

¹¹⁴⁴ En este punto comparto con MOLINA NAVARRETE que esta actuación del TC conlleva un “reduccionismo extremo de la autonomía colectiva en la conformación del contenido de garantías (adicionales) de la protección de datos, que contrasta de forma muy significativa con la relevancia que aquella fuente encuentra en el derecho de la UE, de conformidad con los (...) arts. 88 del RGPD (en relación con su considerando 155) y 91 de la LOPD”. MOLINA NAVARRETE, C. (2021). “Eficacia de gestión versus protección de datos: ¿reactividad jurisdiccional a la “inflación de derechos humanos” (en el trabajo)? Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 160/2021, de 4 de octubre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, nº 465, p. 115.

¹¹⁴⁵ STC 39/2016, fundamento jurídico sexto.

¹¹⁴⁶ SÁENZ-TORRE DE TORRE, I. (2015). “El derecho a la intimidad personal en el ámbito laboral”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, nº 13. p. 361.

de sistemas de control de escuchas telefónicas (principalmente) por el empresario, podría ser válida en el caso de superar el juicio de proporcionalidad y de intervención mínima.

Sólo de este modo, es decir, superando positivamente los parámetros establecidos por el TEDH caso López Ribalda II, las personas trabajadoras tendrán garantizado su derecho a la intimidad y su derecho a la protección de datos personales en el centro de trabajo. Derechos que como se ha podido comprobar, pudieran ser desplazados ya que adolecen de carácter absoluto respecto a otros intereses constitucionales, arts. 33.1 y 38 CE, que priman y justifican la adopción de ciertas medidas restrictivas de derechos fundamentales en la relación laboral. Por lo que, el empresario deberá hilar muy fino para que al utilizar la prueba de voz ésta sea calificada como válida al suponer la misma una mayor intromisión en la intimidad de las personas trabajadoras.

CAPÍTULO II

EL SISTEMA GPS COMO MÉTODO DE CONTROL

1. La implementación del sistema de control GPS en las relaciones laborales.

Se continua en este apartado con el recorrido en cuanto a los dispositivos que puede utilizar el empresario *ex art.* 20.3 ET para controlar a las personas trabajadoras y que pueden ocasionar vulneración de su derecho fundamental a la intimidad con la implementación del sistema de geolocalización conocido como GPS¹¹⁴⁷.

El proceso de digitalización que se vive en la actualidad provoca abandonar la tradicional idea de que la prestación laboral se desarrolla en un espacio físico concreto. Los nuevos procesos productivos y de organización empresarial están evolucionando de manera que ya no es requisito indispensable acudir de forma presencial al centro de trabajo. Esta situación proporciona flexibilidad en cuanto a la distribución de la jornada de trabajo, pero también otorga mayor autonomía a la persona trabajadora en cuanto al desarrollo de esta. El uso de este tipo de dispositivos podría ocasionar serios problemas al traspasar la línea que separa el ámbito profesional del ámbito privado o personal del trabajador¹¹⁴⁸.

Actualmente, los dispositivos electrónicos disponen de numerosas aplicaciones, como pueden ser la mensajería, telefonía, entretenimiento, música o fotos, que recopilan mucha información sobre la persona. Normalmente, cuando se utilizan este tipo de aplicaciones suelen prever la posibilidad de ofrecernos mayores prestaciones si compartimos nuestra ubicación. Es decir, al cederles nuestros datos nos recompensan facilitándonos a través de nuestro perfil en la red recomendaciones en función de los criterios de búsqueda empleados¹¹⁴⁹.

¹¹⁴⁷ SÁEZ LARA, C. (2017). “Poderes de control del empleador a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones”, *Revista Temas Laborales*, n° 138, p. 187.

¹¹⁴⁸ SEMPERE NAVARRO, A. SAN MARTIN MAZZUCCONI, C. (2002). *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, p. 46.

¹¹⁴⁹ Los fabricantes de '*smartphones*', tabletas y otros dispositivos móviles no podrán traer de serie en los aparatos que comercialicen en Europa aplicaciones de geolocalización, del tipo de lugares de interés cercanos o localización de amigos, en funcionamiento, según un dictamen emitido por el grupo de trabajo del artículo 29 en el que se encuentran representadas las Autoridades Europeas de Protección de Datos. (Aranzadi MIX 2011\908193)

De hecho, están surgiendo nuevas tendencias en la organización de las empresas, principalmente aquéllas que no están dispuestas o no disponen de alta dotación de medios o insuficiencia para afrontar este tipo de adquisiciones para facilitar a la plantilla de ciertos dispositivos. Surge así, el concepto “*bring your own device*”¹¹⁵⁰, término que viene a significar que se permite a los empleados hacer uso de sus dispositivos móviles personales para el acceso a datos y servicios corporativos. Sin lugar a duda, supone una medida de ahorro de costes en las organizaciones que no cuentan con la financiación necesaria para proporcionar este tipo de herramientas. Asimismo, es cierto, que las personas trabajadoras se adaptan mejor al dispositivo que ya maneja, pero surge una obligación fundamental para la empresa como es la adaptación TIC de manera segura al uso personal y profesional del móvil¹¹⁵¹.

Desde el punto de vista de la seguridad, ya no solo conlleva desconfianza para la persona trabajadora por la disposición de datos profesionales en su dispositivo personal sino también para la empresa¹¹⁵². Y es que, deberá fijar unos requisitos mínimos de seguridad en equilibrio para ambas partes, para llevar a cabo la monitorización de los dispositivos móviles fuera del espacio físico de la empresa¹¹⁵³.

¹¹⁵⁰ En este contexto, existe un modo de trabajar denominado BYOD (por sus iniciales en inglés, *Bring Your Own Device*). Esta se caracteriza por el hecho de permitir a los empleados la incorporación de sus dispositivos móviles personales (portátiles, smartphones, tabletas) a las redes corporativas desde su casa, la propia oficina o cualquier otro lugar, aceptando su uso compartido, tanto para las tareas profesionales de uso corporativo como para las personales de los empleados. Guía de aproximación para el empresario en el uso profesional de dispositivos móviles. Instituto Nacional de Ciberseguridad. p. 3. Recuperado de https://www.incibe.es/sites/default/files/contenidos/guias/doc/guia_dispositivos_moviles_metad.pdf. Vid., un estudio en profundidad en CREMADES CHUECA, O. (2018). “Impacto teórico-práctico del BYOD en el derecho del trabajo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, nº 423, pp. 103-122.

¹¹⁵¹ FERNÁNDEZ GARCÍA, A. (2010). “Sistemas de geolocalización como medio de control del trabajador: un análisis jurisprudencial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 17, p. 6.

¹¹⁵² La exposición a redes inseguras en el ámbito personal. Este tipo de conexión podría tener como consecuencia que la información corporativa fuera accesible o pudiera ser interceptada por terceras personas no autorizadas. a) La instalación de aplicaciones que solicitan permisos para acceder a partes del dispositivo donde puede haberse almacenado información sensible, e incluso solicitar la activación de la geolocalización. b) La inexistencia de mecanismos de control de acceso a los dispositivos y la ausencia de medidas de seguridad en cuanto al almacenamiento de la información. Si alguien tuviera acceso a nuestro dispositivo no tendría ninguna dificultad a la hora de acceder o extraer información confidencial. c) La carencia de herramientas antivirus y de una normativa de actualizaciones adecuada. Actualizar las aplicaciones y disponer de un antivirus protegen al terminal de posibles ataques y accesos no autorizados. d) La opción (activada) de recordar y usar contraseñas de forma automatizada para acceder a redes, aplicaciones, sitios web, etc. Si alguien tuviera acceso al dispositivo no necesitaría disponer de las credenciales de usuario para acceder a la información. Guía sobre el uso de dispositivos móviles no corporativos. Políticas de seguridad para la pyme. Instituto Nacional de Ciberseguridad. P. 3.

¹¹⁵³ Guía de Seguridad de las TIC (Centro Criptológico Nacional-STIC-457) Gestión de dispositivos móviles: MDM (Mobile Device Management) Fecha de edición: noviembre de 2013. pág. 18.

Pero ¿qué se entiende por geolocalización? Con la geolocalización podemos conocer cuál es la posición geográfica¹¹⁵⁴ exacta a través de las coordenadas que nos facilitan la ubicación de un dispositivo (teléfono, Tablet, ordenador, coche) o incluso de una persona que porte dicho objeto. De acuerdo con el art. 2 c) de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, los datos de localización consisten en “cualquier dato tratado en una red de comunicaciones electrónicas que indique la posición geográfica¹¹⁵⁵ del equipo terminal de un usuario de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público”. Dichos datos pueden proporcionar información bastante precisa sobre la posición geográfica de forma instantánea a través de la latitud, longitud y altitud del terminal que transmita los datos.

Conviene tener presente que la instalación de sistemas de geolocalización en dispositivos electrónicos o de los vehículos que se ponen a disposición de las personas trabajadoras requiere llevar a cabo un tratamiento de los datos obtenidos a través de dichos dispositivos. Por tanto, se puede concluir que los datos de localización transmiten información sobre una persona física identificada o identificable. Dicho lo anterior, quiere decirse que se encuentran subsumidos dentro del concepto de dato personal recogido en el art. 4 RGPD, por lo que es plenamente aplicable la normativa en materia de protección de datos y así lo ha recogido la LOPD.

En este sentido y al igual que para la monitorización de los dispositivos tecnológicos como en el caso de la videovigilancia, la implementación de este tipo de medidas por el empresario requiere que se adopte con observancia de los principios examinados previamente, a saber: la legitimidad, la licitud, la proporcionalidad y el deber de información previa¹¹⁵⁶. Ello pasa a ser objeto de análisis tras la lectura del art. 90 de la

¹¹⁵⁴ ARENAS REMIRO, M. ORTEGA GIMÉNEZ, A. (2019). *Comentarios a la ley orgánica de protección de datos*. Editorial Sepin, Madrid, p. 381.

¹¹⁵⁵ En el mismo sentido se prevé en el art. 64. B del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios. Datos de localización: cualquier dato tratado en una red de comunicaciones electrónicas que indique la posición geográfica del equipo terminal de un usuario de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público.

¹¹⁵⁶ TOYAMA MIYAGUSUKU, J. GIRAO LA ROSA, J.C. (2015). “GPS laboral: La facultad de fiscalización del Empleador a partir de las Nuevas Tecnologías de la Información”, *Revista IUS ET VERITAS*, nº 49, p. 183 y ss. FERNÁNDEZ GARCÍA, A. (2010). “Sistemas de geolocalización como medio de control del trabajador: un análisis jurisprudencial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 17, p. 3.

LOPD que instaura y reconoce el derecho a la intimidad de las personas trabajadoras ante la utilización de sistemas de geolocalización en las relaciones laborales.

2. Selección de jurisprudencia destacada sobre la geolocalización.

Procediendo nuevamente al estudio de igual forma que el control por videovigilancia, la instalación de sistemas de geolocalización para el control de las personas trabajadoras ha ocasionado numerosos conflictos entre ambas partes del contrato. Por ello, se ha decidido agrupar las sentencias a fin de estudiarlas de forma separada respecto al cumplimiento del juicio de proporcionalidad en la implantación de la herramienta GPS, el deber de información previa en conjunto con el consentimiento de la persona trabajadora y, respecto a los periodos de uso privativo de la herramienta durante como *a posteriori* de finalizar la jornada laboral.

En este sentido, se ha considerado oportuno señalar los siguientes pronunciamientos judiciales a fin de valorar el criterio seguido por la jurisprudencia para confirmar la validez de la prueba de geolocalización¹¹⁵⁷. Por ello, se procederá a examinar el papel que han asumido los TSJ en esta materia de geolocalización de personas trabajadoras con anterioridad a la entrada en vigor del RGPD como de la LOPD, a fin de exponer los criterios en los que se han apoyado en la práctica para determinar la aceptación de este sistema de control laboral. Y, por último, también interesa poner de manifiesto los pronunciamientos del TS *criterio temporis* respecto a la aplicación de los principios marcados por RGPD y la LOPD respecto al tratamiento de datos personales en las relaciones laborales y su conjugación con la utilización de dispositivos electrónicos.

¹¹⁵⁷ A diferencia del criterio seguido para analizar el Control de dispositivos electrónicos *ex art. 87 LOPD* y el control por videovigilancia *ex art. 89 LOPD*, en el caso de la geolocalización se exige del estudio de la doctrina del TEDH. La razón principal es que hoy en día no existe doctrina del TEDH puramente laboral en este sentido. Ello no obsta, sin embargo, a que se reflejen asuntos que ha dirimido el TEDH en el ámbito penal en relación con la utilización del sistema GPS como método de seguimiento e investigación de información personal de sospechosos delictivos. En este tipo de procedimientos el TEDH no cuestiona que la instalación de un sistema GPS ocasione una injerencia en la vida privada de la persona *ex art. 8 CEDH*, sino que, efectivamente es un método altamente negativo para los derechos fundamentales por la capacidad de recopilación de una gran cantidad de datos personales. Ello pese a que en comparación con otros métodos de control, como pueden ser la vigilancia visual o acústica que por regla general generan mayores interferencias en el derecho a la vida privada. *Vid.*, TEDH, caso Uzun contra Alemania, n° 35623/05, 2010, y TEDH, caso *Affaire Ben Faiza* contra Francia, n° 31446/12, 2018.

2.1. La jurisprudencia de los TSJ ante el uso de la geolocalización en el ámbito laboral.

En primer lugar, respecto a la facultad de efectuar un control tecnológico sobre el trabajador la sentencia del TSJ de País Vasco, de 10 de mayo de 2011¹¹⁵⁸, resolvió un recurso de suplicación que cuestiona la legitimidad del este tipo de control llevado a cabo por un sistema GPS a una persona trabajadora durante una situación de incapacidad temporal (en adelante, IT). La persona trabajadora en cuestión formaba parte de una empresa dedicada al servicio de limpieza viaria, recogida de basuras y eliminación de estas en el Exmo. Ayuntamiento de Bilbao y el 22 de julio de 2010 se le comunicó por burofax la carta de despido. El motivo principal del despido se sustentó en las comprobaciones obtenidas de los datos recogidos por el GPS instalado en su vehículo por un detective privado, aunque, conviene dejar claro, que la instalación del dispositivo de control se realizó en el vehículo particular de la persona trabajadora.

La empresa argumentó que durante los días 25, 26, 28 de junio como 1 y 3 de julio de 2010, la persona trabajadora realizó actividades de conducción de su vehículo particular durante largos periodos de tiempo, se desplazó a pie, transportó bolsas de la compra, entre otras, durante su periodo de IT. Estos hechos, a su juicio, constituyeron una transgresión de la buena fe contractual y de abuso de confianza en la relación que se configura a través del contrato de trabajo.

No cabe duda de que en este caso que el empresario se extralimitó en su facultad de vigilancia y control invadiendo de forma estrepitosa la vida privada de la persona trabajadora y, aún más grave si cabe, al llevarse a cabo durante un periodo de tiempo en el cual el contrato de trabajo se encontraba en suspenso por la situación de IT de la persona trabajadora. Así, el tribunal concluyó en el fundamento jurídico quinto que indiscutiblemente “la implementación de un sistema de monitorización en tiempo real del vehículo particular del demandante, (...) afecta a una de las manifestaciones de su derecho a la intimidad: el derecho a que los demás no sepan dónde está en cada momento y cuáles son sus movimientos; o dicho, en otros términos, el derecho a no estar localizado de manera continua por medios electrónicos colocados en sus bienes contra su voluntad.” El Tribunal aprovechó la oportunidad para confirmar además el incumplimiento de la medida adoptada del juicio de proporcionalidad como requisito previo al implantar una

¹¹⁵⁸ Sentencia del TSJ de País Vasco, (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 10 de mayo de 2011. Nº recurso de suplicación 644/2011 (AS\2012\2277)

medida restrictiva de derechos fundamentales. Por consiguiente, este hecho, la monitorización, cuyo objetivo a alcanzar por la empresa fue confirmar que la persona trabajadora estaba en plenas condiciones para realizar sus tareas laborales, podía haberse corroborado por otros medios menos lesivos de su vida privada.

En segundo lugar, la STSJ Madrid Sala de lo Social de 21 de marzo de 2014¹¹⁵⁹, en la que se dictaminó acerca de la utilización por la persona trabajadora de un vehículo puesto a disposición por la empresa, a fecha 25 de abril de 2012 (con uso exclusivamente laboral) que contaba con un dispositivo GPS. La finalidad del tratamiento de los datos de geolocalización era garantizar la seguridad del vehículo como de la persona trabajadora. Estos hechos fueron comunicados por la empresa al trabajador a través de un documento de uso de empresa que debía firmar el empleado el 25 de junio de 2012, siendo objeto de un procedimiento de despido disciplinario posteriormente. No obstante, el conocimiento por parte de la persona trabajadora del sistema GPS para el control de flotas de su vehículo no se produjo hasta el 24 de julio de 2012, es decir, un mes después de la firma del documento de uso laboral del vehículo que no hacía mención expresa a este control de localización.

Concluyendo, la Sala manifestó que conocer en todo momento mediante este tipo de sistemas, no sólo el posicionamiento sino el lugar exacto donde se encuentra la persona trabajadora así como utilizar este tratamiento para fines distintos para los que fueron obtenidos y sin el conocimiento de la persona constituía una lesión de sus derechos fundamentales. Por tales motivos, desestimó el recurso planteado por la empresa y estimó la sentencia de despido improcedente dictada en instancia.

En términos similares, en la sentencia del TSJ de la Comunidad Valencia, de 2 de mayo de 2017¹¹⁶⁰, se analizó el despido procedente de una persona trabajadora que utilizaba un vehículo de uso profesional y personal en el desarrollo de su jornada laboral. Su función principal era la de comercial haciendo uso de un vehículo que tenía instalado un dispositivo GPS de control y localización del cual no tenía conocimiento. Este dispositivo se caracterizaba, por un lado, por emitir un sonido al abrir la puerta del

¹¹⁵⁹ N° recurso suplicación 1952/2013, Id Cendoj: 28079340012014100255. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7018675&links=%221952%2F2013%22&optimize=20140410&publicinterface=true>

¹¹⁶⁰ N° recurso de suplicación 3689/2016 (Aranzadi JUR\ 2017\221347).

vehículo y silenciarse al introducir la llave. Por otra parte, porque no permitía la desactivación manual del mismo, permaneciendo inactivo en horarios de fines de semana y vacaciones.

La persona trabajadora tenía obligación de reportar su actividad comercial respecto a las visitas diarias a los potenciales clientes. Sin embargo, en una revisión efectuada por el técnico de servicios a raíz de las constantes quejas de la clientela empresarial se comprobó que los reportes de la persona trabajadora a su empresa eran falsos. La información obtenida fue contrastada por el sistema de geolocalización instalado en el vehículo de la persona trabajadora, y al verificar estos hechos, la empresa adoptó un despido disciplinario que fue calificado como procedente en primera instancia.

El tribunal en suplicación valoró en el fundamento jurídico segundo que con los datos aportados por la persona trabajadora sobre el trabajo desarrollado cada día, no se vulneró su derecho a la intimidad, puesto que la instalación del dispositivo de localización y control del vehículo era una medida proporcional para que la empresa pudiese controlar el destino de sus vehículos y el modo de prestación del servicio, en este caso en su condición de comercial, puesto que pasaba buena parte de su jornada fuera de su centro de trabajo. De este modo, el uso de medios de geolocalización debía estar relacionado con la actividad de la empresa y la persona trabajadora (en este caso, como comercial), y tener una finalidad específica, en el caso de autos, como elemento de valoración, ante las quejas de clientes de la empresa sobre la falta de atención o retrasos por parte de la persona trabajadora como encargada de atenderlos.

De igual modo, la medida adoptada para alcanzar la finalidad de la empresa, que no era otra que contrastar tales irregularidades, era totalmente idónea ya que el GPS no infringía la intimidad de la persona trabajadora al estar desconectado durante días de vacaciones y fines de semana, limitándose el control a la jornada laboral de esta¹¹⁶¹. Así,

¹¹⁶¹ El mismo criterio es utilizado en la sentencia del TSJ de Castilla La Mancha (Sala de lo Social, Sección 2ª), de 6 de febrero de 2020. Nº recurso de Suplicación 1958/2018. AS\2020\1547. “Tal medida resulta justificada, ante la sospecha de que algún trabajador no cumplía adecuadamente con sus obligaciones laborales; es idónea, en cuanto que es adecuada para los anteriores fines; resulta necesaria, como único método fiable de constatar y probar las eventuales irregularidades en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo; y resulta equilibrada y proporcional, en cuanto que solo se utiliza en los vehículos de la empresa destinados a ser utilizados por los trabajadores en sus desplazamientos para visitar a clientes de la empresa, y únicamente aporta datos de su posicionamiento en el tiempo y rutas que ha seguido, con lo que cabe descartar una violación del derecho a la intimidad personal del art. 18.1 de la Constitución, por cuanto el sistema de posicionamiento y localización del sistema GPS del vehículo solo podía utilizarse por la empresa para la comprobación del cumplimiento de los deberes laborales del interesado.”

la Sala consideró que “se trata de un medio necesario puesto que no se concibe la existencia de otro igualmente eficaz para conseguir la finalidad pretendida y menos lesivo para los derechos fundamentales afectados, por lo que la medida no se puede calificar de caprichosa o arbitraria”. En este sentido, y pese a que la medida no se adoptó con el propósito de vigilar y controlar, se cumple estricta y rigurosamente las facultades de control empresarial previstas en el art. 20.3 del ET.

Cuestión que causa interés en esta sentencia es la conveniencia del deber de información previa en el uso de este tipo de pruebas a fin de justificar el despido disciplinario. Pues bien, el tribunal expuso que la persona trabajadora sí tuvo conocimiento del sistema de localización del vehículo en base a las declaraciones testimoniales de uno de los compañeros del trabajador. Este compañero afirmó asociar el sonido que se emitía al abrir el vehículo y que se apagaba al introducir la llave con la activación del dispositivo GPS. Ello quiere decir que, si se toma en consideración los parámetros establecidos por el RGPD, se dejó a un lado el deber de transparencia e información previa impuesto por este precepto. Un deber que forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos, pues resulta un complemento indispensable de la necesidad de consentimiento del afectado¹¹⁶², pese a que este último pase a un segundo plano en el ámbito de las relaciones laborales.

El tribunal dejó patente a lo largo de la sentencia que el dispositivo GPS fue instalado en un vehículo de trabajo en el que no existía una razonable expectativa de privacidad de la persona trabajadora. Es por esto por lo que “tal entendimiento equivaldría a admitir que la persona trabajadora puede crear, a su voluntad y libre albedrío, un reducto de intimidad, utilizando un medio cuya propiedad no le pertenece y en cuyo uso está sujeto a las instrucciones del empresario, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 20 ET¹¹⁶³”. Esta aseveración inclinó en detrimento, una vez más, la balanza respecto a la parte más vulnerable del contrato de trabajo, las personas trabajadoras.

¹¹⁶² Así lo expresa el fundamento jurídico tercero de la sentencia del TSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 19 de julio de 2017. Nº de recurso de suplicación 2776/2016. AS\2017\1847.

¹¹⁶³ Fundamento jurídico tercero sentencia del TSJ de Extremadura (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 13 de enero de 2015. JUR\2015\25311.

Avanzando en este estudio, la STSJ Asturias Sala de lo Social de Oviedo de 27 de diciembre de 2017¹¹⁶⁴, que al igual que la anterior falló en un asunto¹¹⁶⁵ sobre la puesta a disposición a la persona trabajadora de un vehículo con sistema de GPS¹¹⁶⁶. A diferencia del caso anterior, el punto clave de esta sentencia se situaba sobre la desaparición de las facultades empresariales por el vínculo que crea el contrato de trabajo entre las partes una vez finalizada la jornada laboral.

Efectivamente, la licitud de la facultad supervisora del empresario por medio de la instalación del GPS para el tratamiento de datos era la existencia de una relación laboral con su plantilla. En este supuesto se cumplió el deber de información previa en la comunicación del uso exclusivamente laboral del vehículo y de la instalación de la medida de control por lo que no se requería contar con el consentimiento de las personas trabajadoras. Pero, se cuestionó si una vez finalizada la relación laboral (en la que las personas trabajadoras debían custodiar el vehículo a su disposición) el empresario debía contar con su consentimiento para mantener en funcionamiento el dispositivo GPS. Y es que, valorar otra posibilidad distinta a esta supondría restringir los derechos fundamentales de las personas trabajadoras sin razón suficiente ya que no era suficiente contar con la vinculación del contrato de trabajo.

Por lo expuesto, el TSJ de Asturias concluyó que la empresa debió adoptar las medidas oportunas para dar certeza y seguridad de que el sistema no estuviera activado una vez finalizada la jornada laboral, *so pena* de incumplir en vulneración del derecho a

¹¹⁶⁴ N° recurso suplicación 2241/2017, Id Cendoj: 33044340012017103032. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8283089&links=%222241%2F2017%22&optimize=20180208&publicinterface=true>

¹¹⁶⁵ La actividad laboral de los trabajadores se desarrolla fuera del centro de trabajo. Acuden en esencia a domicilios para la instalación de servicios de telecomunicaciones dispensadas por la entidad TELECABLE. El sistema requiere de diversas llamadas que el trabajador debe realizar a los efectos de la obtención de línea junto con una notificación final de conclusión en su caso de instalación que realiza a través de una aplicación del teléfono móvil de empresa. Los trabajadores disponen de coches de empresa para el desplazamiento referido. Al finalizar la jornada laboral, éstos se hacen cargo de los citados vehículos. Igualmente se lleva a efecto un control manual de kilometraje mediante su diario.

¹¹⁶⁶ Las funciones principales del dispositivo son: Localización en tiempo real, visualización de trayectos con posición segundo a segundo, visualización de tramos conducidos con exceso de velocidad, detección de vehículo más cercano a un punto / calle, cuenta kilómetros basado en GPS y creación de alertas, datos que a su vez permitirán elaborar informes de distancia por día o por periodos, ralentí, recorridos, (reconstrucción de recorridos duración, kilometraje, recorridos efectuados fuera de horario), exceso de velocidad, localización, detalle de actividad (número de paradas, duración de la parada, retrasos). El dispositivo permitirá también configurar alertas, entre otras, de hora de arranque y aparcamiento del vehículo, hora de aparcamiento" exceso de velocidad, paradas no autorizadas, duración excesiva de las paradas, puntos de paso y paradas, entre otras.

la intimidad de las personas trabajadoras al no estar amparado por el reconocimiento expreso del art. 20.3 ET.

En la sentencia del TSJ de Canarias, Sala de lo Social de Las Palmas, de 26 de enero de 2018¹¹⁶⁷ se puede encontrar un ejemplo de este tipo de actuaciones por el que se prevé una política de “buenas prácticas” en el tratamiento de datos personales y que cumple de forma tajante el deber informativo previo, *ex* art. 12 RGPD, a la entrega de dispositivos tecnológicos. En cuanto a los hechos probados, la empresa entregó a la persona trabajadora (también al comité de empresa) un Smartphone acompañado de un documento informativo en el que se le informó el uso estrictamente laboral del dispositivo¹¹⁶⁸. Además, se dejó constancia de la finalidad del dispositivo, que no era otra que el control del desarrollo de las funciones encomendadas por su empresa. Es una cuestión sabida por todos que el Smartphone permite enviar información en tiempo real, por lo que era utilizado como método de fichaje a la entrada y salida del trabajo y solo se encontraba activo durante la jornada laboral.

La persona trabajadora prestaba servicios de limpieza en un colegio y se dio la circunstancia de que en reiteradas ocasiones no se encontraba presencialmente prestando sus servicios dentro del marco horario de su jornada laboral. Ante las sospechas por la empresa de que la persona trabajadora estaba simulando o fingiendo su presencia en el lugar donde presta servicios llevó a cabo un control por el sistema GPS del Smartphone. Los resultados obtenidos tras comprobar los datos de geolocalización corroboran el testimonio de varios de sus compañeros, que la persona trabajadora en cuestión fingió en reiteradas ocasiones su hora de entrada. Efectivamente, las comprobaciones realizadas mostraron el modo de actuación que seguía la persona trabajadora detectando que cuando fichaba a través del terminal móvil se encontraba incluso a kilómetros de su centro de trabajo. Por tales motivos, puede estarse de acuerdo en que no solo transgredió la buena fe contractual que impera en una relación laboral sino que, además, conllevó un abuso de confianza al abandonar su puesto de trabajo sin dar ningún tipo de información a sus

¹¹⁶⁷ Sentencia del TSJ de Canarias (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 26 de enero de 2018. Nº de recurso de suplicación 1409/2017. AS\2019\822.

¹¹⁶⁸ Sobre las cláusulas informativas en el contrato y la notificación de cambios de uso de los bienes o dispositivos *Vid.*, Sentencia del TSJ de Andalucía (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 27 de enero de 2022. Nº de recurso de suplicación 4315/2021. JUR\2022\74569.

responsables e incumpliendo la política de privacidad en cuanto al uso del dispositivo, disponiendo de este fuera de las instalaciones de servicio.

El tribunal para comprobar la legalidad de la prueba obtenida y que sustentaría el despido disciplinario y procedente de la persona trabajadora, desgranó punto por punto el “Test *Bărbulescu*” utilizado por el TEDH. Tras aplicar este criterio llegó a la conclusión de que se había facilitado a la persona trabajadora toda la información previa necesaria en cuanto al uso de los datos obtenidos mediante un Smartphone con GPS. Asimismo, la medida utilizada fue razonable y coherente con la finalidad pretendida (el control de las funciones asignadas), y no se hizo un uso ilegal o irregular de los datos obtenidos de acuerdo con la comunicación informada comunicada en su día a la persona trabajadora. En este sentido, no apreció vulneración del derecho fundamental a la intimidad *ex art. 18.1 CE* ni del derecho a la protección de datos *ex art. 18.4 CE*.

Al igual que sucede en el control laboral por medio de cámaras ocultas, en el caso de la geolocalización este hecho también puede ser potencialmente viable. La sentencia del TSJ de Madrid, de 12 de julio de 2019¹¹⁶⁹, se enjuició un caso de colocación oculta de un sistema GPS. La persona trabajadora en cuestión era delegado sindical de UGT en la empresa, dato de la que tenía conocimiento el empresario. Al momento de realizar la instalación del dispositivo no se le comunicó nada al respecto ni a la persona trabajadora ni al comité de empresa. La información recabada por los geolocalizadores instalados en los vehículos reportaba directamente a la empresa 24 horas y 365 días al año la localización de este y, por ende, de la persona trabajadora. De los hechos señalados, se infiere que no solo se proporcionaba a la empresa datos durante la jornada de trabajo sino fuera de ella, también en jornadas no laborales.

Como se ha justificado con anterioridad en otros apartados, la facultad de control otorgada por el art. 20.3 ET al empresario está referida a la dirección y organización del trabajado durante el tiempo de trabajo o de la jornada laboral. De modo que fuera de estos periodos estaría extralimitándose en el uso de esta facultad que le infiere el ET. Y es que, ante estos hechos, la ocultación en la instalación del GPS en el vehículo se vio agravada por la transgresión de derechos básicos de la persona trabajadora. En primer lugar, por la condición de delegado sindical y, en segundo lugar, por vulnerar su derecho fundamental a la intimidad *ex art. 4.2 e)*, y *18.1 CE*. Por lo tanto, se confirma que la inobservancia de

¹¹⁶⁹ Sentencia del TSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 12 de julio de 2019. Nº de recurso de suplicación 197/2019. AS\2019\1866.

las normas legales por la empresa no encuentra justificación en la invasión de la vida privada de la persona trabajadora.

El deber de información cobra una importancia relevante en el campo del control laboral ejercido por el empresario en aras de demostrar la legalidad de la prueba obtenida por este medio. La finalidad que persigue el empresario (control puntual ante unas sospechas de incumplimiento de órdenes de la empresa) no debe sobrepasar los límites expuestos en este capítulo. Por lo tanto, el mejor momento para facilitar la información concreta, específica y detallada es al momento de hacer entrega del dispositivo tecnológico a la persona trabajadora tal y como prevé el “Test *Bărbulescu*”.

Por un lado, el empresario podrá justificar la garantía y salvaguarda del derecho a la intimidad de la persona trabajadora tal como consagra el art. 4.2 d) ET, como los datos personales recabados a través de tales dispositivos *ex art.* 18.4 CE. Y, desde la perspectiva de las personas trabajadoras, se podrá contar con la información necesaria del sistema GPS en cuanto al uso, características y posibilidad de revisión por el empresario de los datos recabados por este medio, por motivos de seguridad o por motivos disciplinarios.

Por consiguiente, las personas trabajadoras tendrán conocimiento de la posibilidad de ser controladas o vigiladas a fin de que el empresario pueda verificar, por un lado, que cumple con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo y, por otro lado, que cumple con las órdenes e instrucciones impartidas al respecto, entre otros deberes laborales previstos en el art. 5 ET.

2.2. La jurisprudencia del TS sobre la aportación de medios propios y monitorización de la actividad laboral por geolocalización.

En primer lugar y, en el marco de la jurisprudencia de actualidad, la STS Sala de lo Social de 15 de septiembre de 2020¹¹⁷⁰, estimó un recurso de casación para unificación de la doctrina respecto a la facultad de controlar al trabajador durante periodos de suspensión del contrato de trabajo.

En este supuesto, la persona trabajadora prestaba servicios con el puesto de supervisora de ventas. Para el desarrollo de la prestación laboral la empresa le entregó un

¹¹⁷⁰ N° recurso suplicación 5282018, Id Cendoj: 28079140012020100733. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8adba1406c95ebc3/20201006>

vehículo que contaba con un sistema GPS. Las condiciones de uso del vehículo (estrictamente para fines laborales excluyendo el uso personal) y la finalidad del GPS (garantizar la seguridad y la coordinación de los trabajos) fueron notificadas a la persona trabajadora. Posteriormente a su entrega, se comprobó por parte de la empresa que la persona trabajadora durante el periodo de IT en el que se encontraba recorrió 1.935,21 km contraviniendo la autorización de uso. Ante estos hechos, la empresa inició un procedimiento de despido disciplinario.

La sentencia objeto de recurso fue la STSJ de Andalucía¹¹⁷¹, asunto por el que se planteó por la empresa recurso de casación para unificación ante esta Sala de lo Social del TS. El tribunal en su análisis respecto a la posible intromisión en la esfera de la intimidad de la persona trabajadora estimó, sin embargo, que no existió tal vulneración al conocer ésta previamente el fin al que debía destinar el vehículo y la existencia del GPS.

El TS no se detuvo a poner de relieve cuál era la finalidad del tratamiento de datos del GPS en virtud del art. 5 RGPD, sino que su argumentación se orientó respecto al ejercicio del poder de control *ex art.* 20.3 de la empresa así como si se cumplió con el deber de información previa clara, concisa e inequívoca acerca de su existencia consagrado en el art. 90 LOPD.

En el fundamento de hecho segundo determinó que la decisión empresarial tuvo lugar a raíz de la constatación de las señales de movimiento en tiempos no justificados. Así, el TS no comparte las conclusiones de la sentencia recurrida respecto de que ese control excediera de la finalidad del dispositivo de localización, que en este caso, respondía a garantizar la seguridad del vehículo y la responsabilidad civil que pudiera aparejarse de un quebranto de esta. En definitiva, porque como indica el TS, la empresa como titular de un bien de su propiedad que cede y pone disposición de la persona trabajadora cuenta con legitimidad para conocer su estado aún fuera de la jornada de trabajo.

Precisamente, en el acuerdo entre ambas partes se determinó que la persona trabajadora era responsable del vehículo durante la jornada laboral, precisamente porque sólo debía utilizarlo durante la misma. Ello implica que, pretender que la empresa no pueda usar los datos del GPS fuera de la jornada laboral y, al mismo tiempo, que la

¹¹⁷¹ N° recurso suplicación 1149/2017, Id Cendoj: 18087340012017102288. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d5eeeddd522282ea/20180117>

persona trabajadora incumpliera esta instrucción inicial utilizando el vehículo fuera de los tiempos de trabajo, situaba a la empresa en una posición de desventaja respecto de los riesgos que pudiera tener que asumir por la circulación del vehículo fuera de su ámbito de control. Por tales motivos, el TS estimó que no se apreció invasión en la esfera privada de la persona trabajadora puesto que había desobedecido las instrucciones empresariales en momentos en los que no existía siquiera prestación de servicios.

Por su parte, el TS en su sentencia 163/2021 de 8 de febrero de 2021¹¹⁷², resolvió un recurso para unificación para la doctrina, procedimiento denominado comúnmente como “Caso Telepizza”. En primera instancia, la AN consideró en la sentencia de 6 de febrero de 2019¹¹⁷³, que la imposición unilateral del sistema GPS en los teléfonos personales¹¹⁷⁴ de los repartidores no respetaba el derecho de información previa y, además, no superaba el juicio de proporcionalidad. En cuanto a los hechos probados, los trabajadores debían tener instalada la aplicación, activarla al inicio y desconectarse al fin de la jornada laboral¹¹⁷⁵, ya que en caso de incumplimiento de aportación del medio será causa suficiente de extinción de la relación laboral al amparo del art. 49 1.b) ET.

¹¹⁷² N° recurso de casación 84/2019, Id Cendoj: 28079140012021100165. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/287716d49e2d646f/20210301>

¹¹⁷³ N° conflicto colectivo 318/2018, Id Cendoj: 28079240012019100011. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/8ed60e51766c4e3e>

¹¹⁷⁴ ¿La empresa puede obligar a los trabajadores a ser geolocalizados a través de una aplicación instalada en sus teléfonos móviles particulares? (Aranzadi MIX 2019\1361). Este tipo de disputa sobre seguimiento por geolocalización de repartidores ha tenido un amplio tratamiento en la doctrina jurisprudencial N° recurso suplicación 128/2021, Id Cendoj: 50297340012021100093. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a958fb38ed8204a1/20210407>. N° recurso suplicación 2253/2019, Id Cendoj: 47186340012020100444. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/acb03612b683039b/20200513>. N° recurso suplicación 749/202019, Id Cendoj: 28079340062020100012. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4f04990ebc711333/20200415>. N° recurso suplicación 749/202019, Id Cendoj: 28079340062020100012. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4f04990ebc711333/20200415>. N° recurso suplicación 128/2021, Id Cendoj: 50297340012021100093. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a958fb38ed8204a1/20210407>. N° recurso suplicación 859/2021, Id Cendoj: 39075340012022100069. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1dab3dc8f8ec4139/20220225>

¹¹⁷⁵ En este sentido: “Microsoft rastrearía la ubicación de sus usuarios de teléfonos móviles, aun después de que ellos mismos hayan solicitado que el software de rastreo sea desactivado”. Demandan a Microsoft por rastrear a sus clientes por teléfono móvil sin su consentimiento (Aranzadi MIX 2011\912180)

La finalidad del seguimiento era que los clientes tuviesen información en tiempo real del estado de los pedidos a domicilio¹¹⁷⁶. En estos momentos no se cuestionaba el hecho de la presencia ante un dato de carácter personal, sino que era preciso valorar la incidencia que suponía la actuación de control empresarial¹¹⁷⁷ en el derecho a la privacidad de la persona trabajadora, concretamente, en los arts. 18.1 y 4 CE respectivamente.

Al valorar la proporcionalidad de la medida, el TS apoyó su tesis en lo que adelantó en un primer momento la AN, es decir, que efectivamente la medida o proyecto empresarial obedecía a fines constitucionalmente legítimos¹¹⁷⁸, pero se podría haber alcanzado la misma finalidad con una menor intromisión en los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. De hecho, como argumentó el TS “no (se) está negando que sea una medida legítima para determinados fines o que con ella no se vaya a evitar un déficit comercial competitivo, en un momento en el que, ciertamente, ese sistema de prestar el servicio al cliente se extiende en este y otros sectores sino, simplemente, que el que ella ha implantado no supera los criterios constitucionales ni legales, cuando existen otras formas de ejecutar ese sistema que no sea ese¹¹⁷⁹”. Por tanto, respecto al análisis del juicio de proporcionalidad de la medida adoptada, el principio que no consiguió obtener una valoración positiva fue el de necesidad, precisamente, por los motivos señalados.

Nuevamente, volvió a puntualizar el TS que, efectivamente, existen posibilidades de que entre la empresa y las personas trabajadoras se consiguiera alcanzar un acuerdo respecto a las herramientas digitales de uso necesario en la prestación laboral. Pero, sin embargo, el objeto de debate no estaba orientado a una cláusula de un pacto suscrito entre ambas partes sino a un proyecto implantado de forma unilateral por la empresa sin aportar

¹¹⁷⁶ Hecho probado quinto: una vez han salido del centro de trabajo para: Que el cliente, tenga conocimiento sobre cuando recibirá su pedido. Que aumente el nivel de satisfacción del cliente. Que la gerencia del centro de trabajo pueda reducir, en base a información real, el número de pedidos que se entregan fuera del tiempo previsto. Que la gerencia del centro tenga información suficiente para organizar debidamente los repartos pendientes de entrega a domicilio.

¹¹⁷⁷ Fundamento de hecho sexto: La doctrina judicial (por todas STSJ Comunidad Valenciana de 20-5-2017) ha venido admitiendo que los empresarios puedan imponer sistemas de geolocalización a los trabajadores amparado en el legítimo ejercicio de los derechos constitucionales a la propiedad privada (art.33 CE) y la libertad de empresa (art. 38 CE), deduciéndose la habilitación legal a tal fin de lo dispuesto en el apartado 3 del art. 20 del E.T.

¹¹⁷⁸ ASQUERINO LAMPARERO, M. J. (2019). “El control de la actividad de los repartidores de Telepizza,” *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 148. p. 261.

¹¹⁷⁹ Fundamento jurídico sexto párrafo

siquiera información alguna a RLT. En suma, el TS determinó que el objeto de recurso tomaba como referencia el fundamento de derecho sexto de la SAN de 6 de febrero de 2019 que, según este apartado, la misma finalidad se podría haber obtenido con medidas que suponen una menor injerencia en los derechos fundamentales de los empleados.

Por ejemplo, la AN señaló que podría haber sido posible llevar a cabo este proyecto de seguimiento geolocalizado de pedidos mediante la implantación de sistemas de geolocalización en las motocicletas en las que se transportan los pedidos o las pulseras con tales dispositivos que no implicasen para el empleado la necesidad de aportar medios propios y, lo que es más importante, ni datos de carácter personal como son el número de teléfono o la dirección de correo electrónico en la que recibían el código de descarga de la aplicación informática que activa el sistema.

Las personas trabajadoras debían aportar bienes personales como medios de trabajo, tanto una motocicleta como el dispositivo móvil con acceso a internet¹¹⁸⁰. Sin embargo, el proyecto fijaba una condición resolutoria del contrato en detrimento de las personas trabajadoras cuando no se atendía a los parámetros marcados en cuanto a las condiciones de uso y disponibilidad del dispositivo móvil¹¹⁸¹.

¹¹⁸⁰ Responsabilidad del empleado: Será responsabilidad del trabajador acudir al centro de trabajo con el citado dispositivo en plenas condiciones de utilización (batería cargada, tarifa de datos disponible, etc.) Será obligación del empleado activar la aplicación de *tracker* al inicio de la jornada laboral y desconectarse de la aplicación (app) una vez finalizada su jornada laboral. La aportación de teléfono móvil por parte del trabajador deberá realizarse en los términos y resto de condiciones de utilización que en cada momento consten en el presente procedimiento o en sus sucesivas modificaciones o actualizaciones. Sobre esta cuestión y como bien sintetiza RIVAS VALLEJO, “la exigencia de aportación del teléfono móvil “desdibuja la ajenidad e incurre en un abuso empresarial”. De suerte que esta distorsión de los términos de la relación laboral es en realidad una forma de conversión del contrato en un arrendamiento de servicios en cuanto al elemento de la ajenidad, mientras permanecen inalterables el resto de los rasgos del contrato de trabajo”. Ello pese a que esta no fuese la intención finalista de la empresa, sino que más bien pretendía solventar la aportación de recursos propios de la empresa por recursos personales del trabajador para el desarrollo de la prestación laboral. *Vid.*, RIVAS VALLEJO, P. (2021). “Geolocalizar a los trabajadores no es invasión de su intimidad si el dispositivo utilizado para ello es propiedad de la empresa”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 3. p.6.

¹¹⁸¹ Régimen disciplinario: En caso de incumplimiento del contenido del presente procedimiento, será de aplicación el régimen disciplinario previsto en el convenio colectivo aplicable. La negativa reiterada o imposibilidad sobrevenida de aportación de esta herramienta por parte del trabajador, o de la aplicación informática antes mencionada, será causa suficiente para la extinción del contrato de trabajo al amparo de lo previsto en el artículo 49.1.b) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Concretamente el trabajador, tendrá un plazo de diez días para repararlo y ponerlo de nuevo en funcionamiento al undécimo día. A partir del momento de la carencia del teléfono o bien finalizado el período de diez días sin que el trabajador hubiese aportado nuevamente su propio teléfono, se procederá a suspender el contrato de trabajo del citado empleado por un período máximo de dos meses. Finalizado dicho periodo el contrato se dará por definitivamente extinguido. Durante el período de suspensión contractual, cesará la obligación por parte de la empresa, de abonar salario y cotizar por el empleado en cuestión.

El proyecto sí establecía una medida de compensación por el desgaste sufrido de la utilización del dispositivo móvil para desarrollar la prestación laboral¹¹⁸², pero es preciso señalar que en el supuesto en el que este dispositivo tuviera algún percance y la persona trabajadora no pudiera continuar geolocalizado, la empresa ni tan siquiera le reparaba ni reponía un móvil con conexión a internet. La consecuencia, es evidente, el traslado a la persona trabajadora de “la responsabilidad hasta el punto de que puede llegar a suspender la relación laboral con pérdida de salario o, incluso, extinguirla¹¹⁸³”.

En conclusión, el TS ratificó la sentencia dictada por la AN en cuanto a la declaración de nulidad del proyecto “*Tracker*” de Telepizza; por un lado, en cuanto a las cláusulas introducidas en los contratos respecto a la exigencia de aportación de un dispositivo móvil con conexión a internet en beneficio de la empresa; en segundo lugar, que el proyecto incumplió los requisitos de información y consulta establecidos en el art. 64.5 ET; y, en tercer lugar, la nulidad de las medidas disciplinarias establecidas en las cláusulas contractuales al no haberse ajustado al régimen establecido tanto en el CC como en los arts. 45 y 49 del ET.

En definitiva, constituye un procedimiento sumamente relevante respecto a la utilización de los denominados *BYOD*¹¹⁸⁴ por parte de la persona trabajadora como medio o instrumento de trabajo a favor de la empresa, como medida abusiva y que incumple los parámetros constitucionalmente fijados para el respeto de los derechos fundamentales en

¹¹⁸² Remuneración compensatoria del uso de la herramienta. El trabajador percibirá junto a su salario la cantidad establecida al respecto, en concepto de desgaste de útiles y herramientas, como contraprestación al desgaste que le supone la aportación del teléfono móvil con conexión a internet en los términos indicados, así como por el consumo de datos estimado que supone la utilización de la aplicación “app” durante la jornada laboral. Esta percepción tendrá naturaleza extra salarial. Las cantidades a percibir se dividirán en dos conceptos, un concepto que recompensa el desgaste del terminal y permite su reparación o sustitución en caso necesario y un concepto, que recompensa el consumo de datos que supone la activación de la APP durante la jornada laboral.

¹¹⁸³ El TS sobre esta medida declara en el fundamento jurídico tercero que “el carácter abusivo de dicho clausulado no se ha desvirtuado en este momento ya que no debemos olvidar que, por ejemplo, sobre la extinción del contrato se fija como causa la imposibilidad sobrevenida de aportación de la herramienta por parte del trabajador -sin que ello se vincule a una conducta torticera o rebelde del trabajador en su uso- o que transcurrido un determinado plazo sin aportar un móvil también se provocará dicha extinción lo que, siguiendo el discurso que la propia parte recurrente ha introducido, cuando se remite a las previsiones del convenio colectivo, resulta ser un tratamiento del uso del móvil personal que difiere en mucho del que la norma colectiva ha dado al uso del vehículo para el reparto, no solo en orden a los criterios de suspensión sino que va más allá generando causas de extinción del contrato que no están contempladas para aquella otra herramienta, sin tan siquiera permitir la posibilidad de ofrecer, al menos, el uso de un móvil de la empresa.”

¹¹⁸⁴ CREMADES CHUECA, O. (2018). “Impacto teórico-práctico del BYOD en el derecho del trabajo”, *ob.cit.*, pp. 103-122.

las relaciones laborales, concretamente, del tratamiento de datos personales¹¹⁸⁵. Y, en suma, se considera que ambos procedimientos examinados constituyen pronunciamientos judiciales especialmente relevantes en esta materia. Concretamente, respecto a la posibilidad *ex art. 20.3 ET* para el empresario, de justificar el tratamiento de datos del GPS cumpliendo con el deber de información previa *ex art. 90.2 LOPD*.

Por lo tanto, conforme a las cuestiones examinadas se estará de acuerdo en que si el empresario realiza el tratamiento de forma lícita, leal y transparente determinando sus fines conforme al art. 5 del RPDG y, bajo prueba fehaciente de comunicación a las personas trabajadoras sobre el uso y su existencia, como se ha expuesto en la STSJ de Canarias, justificará su ejercicio de control empresarial en los límites jurídicos de la norma¹¹⁸⁶.

Se ha podido observar, en definitiva, que los pronunciamientos judiciales estudiados se mantiene el carácter imperante del deber de información previa sobre la existencia y uso de los datos facilitados por el sistema GPS como de limitar la finalidad para la que fueron recogidos, sin destinarlos a otros fines ilícitos y no adecuados con la normativa de protección de datos vigente.

A tal efecto, a fin de garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, se deja a un lado la teoría de supremacía de los intereses del empresario¹¹⁸⁷ en sus facultades de organización y control de la actividad laboral¹¹⁸⁸. Estos intereses que son constitucionalmente válidos como señala tanto la AN como el TS,

¹¹⁸⁵ RIVAS VALLEJO se muestra especialmente crítica al respecto cuando se pregunta si “realmente es necesario “normalizar” esta nueva categoría de evaluadores externos del trabajo que desempeña este tipo de trabajadores”. A este respecto, sostiene que la cuestión a dilucidar es si conforme a las características actuales del mercado en los que se realiza la calidad del servicio (interés de la empresa) es una circunstancia suficiente para que el trabajador vea desplazado derechos fundamentales como la privacidad *ex art. 18.4 CE*. Desde su punto de vista, manifiesta que “cabe cuestionar si la mejora del servicio debe implicar necesariamente el derecho de los clientes a invadir la privacidad de los trabajadores, aunque no se realice mediante el uso de sus propios dispositivos sino de otros titularidad de la empresa, para conocer su ubicación y otros datos”. RIVAS VALLEJO, P. (2021). “Geolocalizar a los trabajadores no es invasión de su intimidad si el dispositivo utilizado para ello es propiedad de la empresa”, *ob. cit.*, p. 10.

¹¹⁸⁶ MARÍN MALO, M. (2019). “La geolocalización del trabajador. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia reciente”, *Revista Labos*, nº 1, p. 119.

¹¹⁸⁷ UGARTE CATALDO, J. (2020). “Derechos fundamentales en el trabajo, poder y nuevas tecnologías”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla México*, nº 45, p. 103.

¹¹⁸⁸ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (2005). “La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica, en AA.VV., *La Subordinación o dependencia en el contrato de trabajo en el proceso de transformación de la empresa*, Santiago de Chile, Editorial Lixis Nexis, p. 170.

pero, siempre desde la observancia de la dignidad de las personas trabajadoras y la proporcionalidad en la implantación de las medidas de seguimiento¹¹⁸⁹.

3. La geolocalización del trabajador como medio de control laboral: análisis comparativo en el ámbito europeo.

Estudiando la aplicación de la geolocalización en el ámbito laboral en los países de nuestro entorno más cercano, se ha podido observar que, en gran medida, la mayor parte de los estados miembros no regula de forma concreta esta medida de control en sus códigos de trabajo.

Sin embargo, sí que se ha visto superada esta laguna jurídica por la actuación de las Agencias de Protección de Datos de cada país asumiendo un protagonismo singularmente relevante, fijando de este modo los criterios que debe observar el empresario en su adopción.

En primer lugar, por ejemplo, es destacable el caso de Francia que si bien es cierto que no se regula de forma específica y concreta el uso de la geolocalización en el ámbito de las relaciones laborales, el derecho francés permite al empresario la adopción de los sistemas de geolocalización¹¹⁹⁰. El art. 1121.1 del Código de Trabajo Francés, establece que nadie podrá imponer restricciones a los derechos de las personas y a las libertades individuales y colectivas que no estén justificadas por la naturaleza de la tarea a realizar ni proporcionales al fin perseguido¹¹⁹¹, y prosigue en que el uso de un sistema de geolocalización para asegurar el control de la jornada laboral sólo será lícito cuando este control no puede realizarse por otro medio¹¹⁹².

¹¹⁸⁹ RASO DELGUE, J. (2014). “Nuevas tecnologías: conflictos entre el interés de la empresa y la vida privada del trabajador”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, nº 1, p. 6.

¹¹⁹⁰ ARETA MARTÍNEZ, M (2020). “Geolocalización de trabajadores asalariados y tutela de sus derechos fundamentales: un análisis desde el Derecho comparado español y francés STSJ de Madrid-SOC núm. 763/2019, de 12 de julio”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 1.

¹¹⁹¹ Cour de cassation Pourvoi nº 10-18.036, 3 novembre 2011 (ECLI:FR:CCASS:2011:SO02206)

¹¹⁹² En este sentido, la Sala de lo Social de la Corte de Casación francesa ha manifestado que “l’utilisation d’un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail, n’est licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen, fût-il moins efficace que la géolocalisation”. *Vid.*, Cour de cassation, civile, Chambre sociale: Arrêt du 19 décembre 2018 (nº 17-14.631) (ECLI:FR:CCASS:2018:SO01844); Arrêt du 20 décembre 2017 (nº 16-12.569); Arrêt 17 décembre 2014 (nº 13-23.645); Arrêt du 3 novembre 2011 (nº 10-18.036). El Consejo de Estado francés adoptó la misma postura

Así lo recoge la Recomendación de 16 de marzo de 2006 de la Comisión Nacional de Libertades e Informática (CNIL) de Francia¹¹⁹³. En este documento, la Comisión establece de forma detallada cuáles son las finalidades en las que puede justificarse el uso de la geolocalización en los vehículos de los empleados¹¹⁹⁴. En concreto, señala lo siguiente:

- a) Como medida de seguridad del propio empleado o de las mercancías que tiene a su cargo¹¹⁹⁵.
- b) Para una mejor asignación de los medios que permita cumplir con las prestaciones que deben realizarse en lugares dispersos¹¹⁹⁶.
- c) Para el seguimiento y la facturación de una prestación laboral.
- d) Para el seguimiento del tiempo de trabajo, cuando este seguimiento no pueda ser realizado por otros medios¹¹⁹⁷.

Termina por señalar la Comisión que la utilización de la geolocalización como medio de control laboral no encuentra legitimidad en la adopción de la medida cuando el trabajador dispone de libertad de desplazamientos en la organización¹¹⁹⁸. Además,

en su Resolución de 15 de diciembre de 2017 (nº 403776) (ECLI:FR: CECHR: 2017:403776.20171215). ARETA MARTÍNEZ, M. (2020). “Geolocalización de trabajadores asalariados y tutela de sus derechos fundamentales: un análisis desde el Derecho comparado español y francés”, *ob. cit.*, pp. 10-11.

¹¹⁹³ Recuperado en <https://www.cnil.fr/fr/les-dispositifs-de-geolocalisation-gsmgps-0>

¹¹⁹⁴ *Vid.* FERNÁNDEZ GARCÍA, A. (2010) “Sistemas de geolocalización como medio de control del trabajador: un análisis jurisprudencial”, *ob. cit.*, p. 9.

¹¹⁹⁵ Una aplicación analógica a este supuesto es el caso de los conductores VTC puesto que el “el sistema de geolocalización inherente a la operación de una plataforma digital para conectar a los conductores VTC con clientes potenciales no caracteriza un vínculo de subordinación legal de los conductores a la plataforma, ya que este sistema no está destinado a controlar la actividad de los conductores, sino que solo se utiliza para ponerlos en contacto con el cliente más cercano, garantizar la seguridad de las personas transportadas y determinar el precio del servicio”. Cour de cassation Pourvoi n° 19-13.316, 4 mars 2020, ECLI:FR:CCASS:2020:SO00374)

¹¹⁹⁶ Cour de cassation Pourvoi n° 19-11.526, 25 novembre 2020, (ECLI:FR:CCASS:2020:SO01106)

¹¹⁹⁷ Concretamente, respecto a un caso sobre trabajadores cuya actividad era el reparto postal, la empresa llevó a cabo la instalación y operación del sistema de geolocalización, que registraba la ubicación de los distribuidores cada diez segundos mediante una caja móvil que llevaban durante su recorrido. De acuerdo con el art. L-1121-1 del Código de Trabajo Francés nadie puede imponer restricciones a los derechos de las personas y las libertades individuales y colectivas que no estén justificadas por la naturaleza de la tarea a realizar o proporcionadas al propósito previsto. Cour de cassation Pourvoi n° 17-14.631, 19 décembre 2018 (ECLI:FR:CCASS:2018:SO01844)

¹¹⁹⁸ Sobre este aspecto la Sala de lo Social de la Corte de Casación francesa se ha pronunciado declarando que “l’utilisation d’un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail [...] n’est pas justifiée lorsque le salarié dispose d’une liberté dans l’organisation de son travail”. *Vid.*, Cour de cassation, civile, Chambre sociale: Arrêt du 19 décembre 2018 (n° 17-14.631) (ECLI:FR:

tampoco se permite la recogida de datos relativos a la localización exacta del lugar en el que se encuentra el trabajador fuera del horario de trabajo¹¹⁹⁹. Esto quiere decir que deberá posibilitar que la persona trabajadora después de finalizar su jornada laboral pueda desactivar el dispositivo GPS, siguiendo las recomendaciones de la doctrina jurisprudencial que hemos resaltado en apartados anteriores. Criterios que siguen los criterios del Código de Trabajo Francés y la doctrina de la Sala de lo Social de la Corte de Casación Francés¹²⁰⁰.

En segundo lugar, en el caso de Italia el art. 4, Legge n° 300/1970 (Statuto dei lavoratori), no regula expresamente la utilización de los sistemas de geolocalización en el ámbito laboral. Del tenor literal del precepto se puede comprobar que sí se habilita expresamente la utilización de sistemas audiovisuales, pero utiliza una redacción ambigua cuando sostiene “y demás herramientas” por las que se posibilite el control a distancia de la actividad de las personas trabajadoras, siempre y cuando, en este aspecto sí es plausible reconocer la concreción, estos dispositivos sean utilizados como sistema de control para fines estrictamente organizativos y de producción así como para garantizar la seguridad en el trabajo y para la protección de los bienes de la empresa. Por lo tanto, no queda claro desde un primer momento si es posible considerar o subsumir entre la cláusula residual “demás herramientas” a los dispositivos de geolocalización”.

Por otro lado, respecto a su instalación el art. 4.1 distingue diferentes posibilidades al respecto; mediante acuerdo entre empresa y representantes sindicales plasmado en un convenio colectivo, cuando no exista representación legal unitaria o de empresa mediante acuerdo entre los sindicatos más representativos a nivel nacional y, en defecto de las anteriores, por habilitación positiva de la Inspección Nacional del Trabajo¹²⁰¹.

CCASS:2018:SO01844)]; Arrêt du 17 décembre 2014 (n° 13-23.645); Arrêt du 3 novembre 2011 (n° 10-18.036). ARETA MARTÍNEZ, M. (2020). “Geolocalización de trabajadores asalariados y tutela de sus derechos fundamentales: un análisis desde el Derecho comparado español y francés”, *ob.cit.*, pp. 10-11.

¹¹⁹⁹ GOÑI SEIN, J. L. (2009). “Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos”, *Justicia Laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n° 39, p. 26.

¹²⁰⁰ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 19 décembre 2018, 17-14.631 (ECLI:FR:CCASS:2018:SO01844)

¹²⁰¹ En el procedimiento n° 138 de 16 de marzo de 2017 la INL resolvió un procedimiento en el que la empresa acordó un acuerdo con los sindicatos a efectos de la adopción de un sistema de geolocalización.

Aunque quizás el punto más relevante, además de la parquedad legislativa del art. 4.1 en cuanto no determina con precisión qué otros dispositivos a parte de la videovigilancia pueden admitirse como medio de control, se prevé en el apartado segundo del art. 4. En este punto se materializa una inaplicación jurídica del apartado primero cuando los dispositivos electrónicos en cuestión sean utilizados por el trabajador como herramienta de trabajo. Por consiguiente, ¿cuándo se considera la instalación de dispositivos electrónicos como sistema de control y cuándo como medio de trabajo?

En Italia, desde el ámbito estrictamente laboral, la Ispettorato Nazionale del Lavoro (en adelante, INL) – Inspección Nacional de Trabajo, ha arrojado luz a esta problemática suscitada de la interpretación del art. 4 del Statuto dei Lavoratori. En la Circolari Registrazione n°2 del 7/11/2016 manifestó, en primer lugar, que el sistema de rastreo por geolocalización se subsume en el término genérico “herramienta” al que hace referencia el art. 4.1. Y, en segundo lugar, que se puede considerar que los sistemas de geolocalización representan un elemento "añadido" a las herramientas de trabajo, no utilizado primordialmente y esencial para la ejecución de la actividad laboral sino, para dar respuesta a necesidades adicionales de un de carácter asegurador, organizativo, productivo o para garantizar la seguridad en el trabajo.

No obstante, puntualiza que con carácter general *ex* art. 4.1 las herramientas tecnológicas actúan como elemento adicional a las herramientas de trabajo cuya finalidad atiende a un criterio organizativo y de producción y/o para garantizar la seguridad en el trabajo como la protección de los bienes de la empresa. Pero, puede darse el caso, por ejemplo en el ámbito del transporte¹²⁰², en el que los sistemas de localización responden a una exigencia legislativa específica *ex* art. 4.2. Y, consecuentemente, en este tipo de

La finalidad atendía a garantizar la seguridad de las personas trabajadoras así como la de los vehículos de la empresa en caso de robo. En el mismo sentido, procedimiento n° 247 de 24 de mayo de 2017.

¹²⁰² En la solicitud de autorización n° 9440 e 9442 del 04/11/2019 la INL autorizó la implantación de un sistema de geolocalización en un dispositivo móvil para transportistas. Entre otros motivos, consideró que la empresa justificó las necesidades organizativas y productivas específicas. Y, así mismo, permite a los conductores visualizar la lista de entregas a realizar durante la jornada laboral a los clientes de la empresa; permite que la firma y la empresa cliente conozcan en tiempo real la corrección y puntualidad de las entregas; monitorear en tiempo real las entregas / devoluciones restantes durante el día; adquiere pruebas reales y evidentes en caso de disputa con el cliente.

casos sí serían auténticas herramientas de trabajo ajenas al procedimiento de autorización previa por los agentes sociales y la Inspección de Trabajo¹²⁰³.

Ello no es óbice para que, conforme a las directrices encomendadas por el RGPD, el empresario cuando entregue un dispositivo electrónico dotado de un sistema de geolocalización no cumpla con los principios de tratamiento de datos personales como de información previa *ex arts. 5, 6, 12 y 13* RPGD¹²⁰⁴.

Por último, en el caso de Portugal, el art. 20 del Código do Trabalho es mucho más restrictivo que los ejemplos anteriores, puesto que imposibilita al empleador a utilizar medios de vigilancia a través de dispositivos tecnológicos para monitorizar el desempeño de la actividad de las personas trabajadoras¹²⁰⁵. Sin embargo, el art. 20.2 plantea una excepción al respecto en cuanto a que habilita la utilización de este tipo de dispositivos para cuando la finalidad sea la protección y seguridad de personas y bienes o, en su caso, en cumplimiento de una obligación específica conforme a la naturaleza de la actividad. Para este tipo de casos, el art. 20.3 determina que el empresario debe informar al trabajador sobre la existencia y finalidad de tales medios de vigilancia implementados;

¹²⁰³ *Vid.*, en profundidad DESSÌ, O. (2022). “El control remoto de la persona trabajadora «agile» en el derecho del trabajo italiano”, *ob. cit.*, pp. 170-173.

¹²⁰⁴ Sobre esta cuestión la INL resolvió un procedimiento bastante interesante respecto a la instalación de sistemas de geolocalización en vehículos de empresa que contaban con etiquetas adhesivas con información mínima sobre su existencia y funcionamiento. Una vez que finalizó el contrato con la gestora de los dispositivos de posicionamiento, la empresa retiró alguno de ellos sin llevar a cabo una comprobación exhaustiva de toda la flota. Por lo que, en alguno de los vehículos, los dispositivos seguían en funcionamiento y la empresa podía seguir accediendo a los datos de localización. La INL declaró que la instalación del dispositivo se produjo incumpliendo las directrices europeas, información previa de forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso *ex art. 12* RGPD o, inclusive, por la comunicación de una política de empresa relativa a la existencia y características esenciales del sistema de geolocalización. Este sistema tecnológico permitió al empresario recabar y posteriormente tratar datos relativos a la posición geográfica de la persona trabajadora incluso fuera del horario laboral, puesto que se permitía el doble uso del vehículo, profesional y personal incluso por familiares del conductor que cuenten con habilitación legal para conducir. Las finalidades del tratamiento respondían a una finalidad logística y organizativa así como garantizar la seguridad y salud de las personas trabajadoras. Sobre la monitorización la empresa también afirmó el acceso a los datos de localización de las furgonetas de empresa no se realizaba de forma constante y continuada y que en la práctica normalmente era de una vez al mes. En definitiva, la INL descartó que la empresa hubiese configurado el sistema tecnológico mediante medidas adecuadas para que, por defecto, solo se tratasen los datos personales necesarios para cada finalidad específica del tratamiento. En suma, dictaminó que si la empresa decidiera en el futuro utilizar un sistema de localización de vehículos de empresa, podrá hacerlo aplicando los principios establecidos por el RGPD y entre otras, previamente realizar una evaluación de impacto *ex arts. 35 y 36* RGPD. Procedimiento nº 396 de 28 de junio de 2018.

¹²⁰⁵ DIAS ALVES, L. (2020). *Proteção de Dados Pessoais no Contexto Laboral. O direito à privacidade do trabalhador*, *ob. cit.*, pp. 36-37.

para alcanzar tan fin debe instalar un dispositivo informativo respecto al tipo de medio, características y su finalidad/es.

Nuevamente se plantea una laguna jurídica, en este caso en el ordenamiento jurídico portugués, respecto a si el sistema GPS queda integrado en el concepto de equipos tecnológicos al que hace referencia el art. 20 del Código do Trabalho y, en consecuencia, la aplicabilidad total de esta norma al dispositivo en cuestión. Sobre esta cuestión, se ha pretendido evaluar si la Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd), ha manifestado alguna aclaración a tal respecto. Así, la Deliberação nº 7680/ 2014¹²⁰⁶ ofrece una respuesta bastante clarificadora y que, pese a que temporalmente es anterior a la aprobación del RGPD, sigue encontrándose en vigor puesto que respeta en un alto porcentaje los parámetros marcados por la norma europea.

La CNPD es consciente sobre que tecnologías como el GPS permiten georeferenciar personas u objetos con bastante precisión, tienen un alto impacto en la privacidad de las personas por la recopilación de una gran cantidad de datos personales. Con mayor preocupación en el ámbito de las relaciones laborales, en donde el empleador pone a disposición de las personas trabajadoras dispositivos o herramientas móviles inteligentes, computadoras o vehículos que están dotados de este tipo de sistemas de localización. Por ello, estima sumamente necesaria que ante el evidente y grave riesgo de invasión del ámbito de privacidad de las personas trabajadoras, el empleador debe adoptar medidas con observación del juicio de proporcionalidad¹²⁰⁷; de tal forma que, garantice una intervención mínima en este espacio reservado e íntimo del trabajador e igualmente le permita alcanzar los fines propuestos. Máxime, en aquellas situaciones en la esfera de la vida privada y familiar de las personas trabajadoras se encuentra doblemente amenazada, como por ejemplo, cuando se permite el uso profesional y personal de estos dispositivos; pudiendo el empleador conocer los datos de geolocalización de tales dispositivos en momentos de descanso, tiempo libre, goce y disfrute¹²⁰⁸.

¹²⁰⁶ Aplicável aos tratamentos de dados pessoais decorrentes da utilização de tecnologias de geolocalização no contexto laboral.

¹²⁰⁷ *Cfr.* con la sentencia Tribunal Supremo de Portugal de 9 de enero de 2019, p. 2006/15.0T8PNF.P1.S1.

¹²⁰⁸ COELHO MOREIRA, T. (2016). *Estudos de Direito do Trabalho, Volume II*, Coimbra, Edições Almedina, pp. 89 y ss. COELHO MOREIRA, T. (2021). *Direito do Trabalho na era digital*, Coimbra, Edições Almedina, pp. 245-246.

Por consiguiente, determina que el empleador no puede hacer uso de la geolocalización cuando está siendo utilizada por la persona trabajadora para fines particulares, refiriéndose principalmente en el caso de los vehículos. Así mismo, considera que debe darse la oportunidad al trabajador de encender y apagar el dispositivo GPS en tanto en cuanto comience o finalice la jornada laboral. Y, para el caso de que se permita el uso personal del vehículo y el empresario justifique su legitimidad a la continuidad del tratamiento de datos personales, debe adoptarse una solución conforme al diseño de la tecnología. Propone, por ejemplo, diseñar una aplicación adicional que permita separar el uso profesional del uso privado mediante un mando/interruptor colocado en el vehículo, sin apagar el sistema GPS, o posiblemente un mecanismo virtual que consiga el mismo objetivo. De esta manera, podría determinarse mediante un sistema de auditoría los posibles accesos indiscriminados del empleador a los datos de geolocalización durante el tiempo libre de la persona trabajadora, con la excepcionalidad, de su permisibilidad en supuestos de robo.

En definitiva, sostiene que los empresarios deben evaluar previamente el impacto del sistema GPS en la privacidad de las personas trabajadoras conforme a la finalidad para la que vayan a ser destinados¹²⁰⁹. De forma que, en el caso de obtener una evaluación negativa, debería implementar una medida menos intrusiva que permita alcanzar los mismos objetivos sobre los que no se cuestiona su legitimidad y, conjuntamente, debería llevarse a cabo un procedimiento de consulta previa a fin de garantizar la información y transparencia con las personas trabajadoras; poniéndoles a su disposición un documento que cumpla con el deber de información *ex arts. 12 y 13 RGPD*.

¹²⁰⁹ Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo de Portugal de 22-05-2007, también desestimó esta posibilidad de integrar al sistema GPS en *iter* legislativo del art. 20 del Código do Trabalho. Entre sus razones, concluyó que la expresión "medios de vigilancia remota" se refiere, en términos interpretativos inmediatos, "a formas de captura remota de imagen, sonido o imagen y sonido que permiten identificar a las personas y detectar lo que hacen". Por otro lado, en cuanto a las obligaciones del empresario respecto a la colocación de dispositivos de señalización el art. 20.2 se refiere exclusivamente a sistemas de vigilancia por circuito cerrado de televisión, grabación de imagen y sonido. Conforme a este razonamiento, manifiesta que el elemento teleológico de este conjunto normativo tiene como objetivo limitar y regular el uso de medios que tienen "el propósito de controlar el desempeño profesional del trabajador" es decir, aquellos que "pueden lograr lo que se hace, cuándo y durante cuánto tiempo". En contraposición, el sistema solo permite la ubicación de vehículos en tiempo real, haciendo referencia a ellos en un espacio geográfico determinado. Por lo que estimó que no permite saber qué hacen los respectivos conductores, sino solo dónde están, sea en circulación o si se encuentran estacionados.

3.1. La habilitación del empresario para implementar la geolocalización en las relaciones laborales.

El art. 90 LOPD prevé que los empresarios implementen sistemas de geolocalización “para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o empleados públicos, previstos (...) siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo”. De la lectura del precepto se puede comprobar que el legislador habilita la utilización de este tipo de control tecnológico no sólo en el sector privado sino también en el sector público al incluir bajo su paraguas de aplicación a los empleados públicos. Así mismo, emplea prácticamente la misma fórmula de redacción respecto de la videovigilancia cuando reconoce y limita al mismo tiempo el ejercicio de poder de control y vigilancia del empresario *ex art. 20.3 ET*.

En este sentido, la base jurídica del tratamiento de datos personales, en este caso la geolocalización, es el contrato de trabajo puesto que el consentimiento de las personas trabajadoras pasa a un segundo plano al entenderse implícito en la relación laboral¹²¹⁰. En definitiva, porque el empleador adopta este tipo de sistemas generalmente en la práctica bien para controlar bienes o herramientas que son de su propiedad y son puestos a disposición de las personas trabajadoras para el desarrollo de la prestación laboral (piénsese en vehículos, ordenadores, móviles). O bien, para cumplir con una obligación legal como puede ser el registro horario de los trabajadores¹²¹¹.

De este modo, y retomando la teoría de la prueba electrónica en el proceso de despido, para que el empresario pueda justificar legalmente la adopción de este tipo de medidas y el despido no sea calificado nulo por haber vulnerado derechos fundamentales, concretamente la intimidad o privacidad de las personas trabajadoras, debe observar los parámetros marcados por el RGPD y la LOPD en cuanto a los principios que rigen el tratamiento de datos personales así como los criterios de proporcionalidad establecidos por el TC en cuanto a la restricción legítima de derechos fundamentales.

¹²¹⁰ Recurso de amparo nº 7222/2013 (Aranzadi JUR\ RTC 2016\39), fundamento jurídico tercero, párrafo sexto.

¹²¹¹ Sobre esta cuestión, el Auto del TS de 16 de julio de 2019 concluyó respecto a la adecuación y suficiencia del sistema de control de la jornada por vía del GPS en el sector del transporte que “el mismo resulta objetivamente inadecuado, porque no es idóneo para el control total del tiempo de trabajo”. Nº recurso de casación para unificación de la doctrina 4331/2018, Id Cendoj: 28079140012019201999. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/14e25a8668dbc98e/20190809>.

De forma sucinta puesto que ya ha sido objeto de exposición previamente, el empresario al momento de adoptar una medida de control y/o vigilancia *ex art.* 20.3 ET que implique un tratamiento por geolocalización deberá tomar en consideración:

- La indispensabilidad: es decir, el empresario deberá justificar que la medida es sumamente necesaria para alcanzar la finalidad prevista de tal forma que permita sustentar la legitimidad del ejercicio de su poder de dirección y control. Por lo que el empresario deberá adoptar una medida que responda a un criterio objetivo, por ejemplo, la geolocalización para un seguimiento por motivos de seguridad de los bienes de su propiedad y/o de las personas en lo que se refiere al control de jornada.
- La proporcionalidad: a este respecto y teniendo en cuenta que los derechos fundamentales en general y en particular, la intimidad y la privacidad, carecen de carácter absoluto¹²¹², ello no es óbice para que el empresario pueda adoptar arbitrariamente medidas que impliquen su restricción sin más. Es por lo que, al momento de adoptar este tipo de medidas, el empresario deberá observar en su propósito por alcanzar o satisfacer su interés constitucionalmente reconocido y jurídicamente legítimo, la proporcionalidad debida cuando esta actuación implique restricción de derechos y libertades fundamentales. En definitiva, valorar si se cumple el equilibrio deseado entre ambos aspectos señalados.
- La justificación: por último y en observancia con los anteriores, este principio conlleva que el empresario sea consciente que en la relación laboral ocupa un papel jerárquicamente superior a la persona trabajadora y que pese a ello, precisamente por esto último, ha de respetar sus derechos fundamentales y libertades públicas. Ello quiere decir que debe respetar los derechos constitucionalmente inespecíficos laborales puesto que su goce y disfrute no desaparece por el mero hecho de que la persona se inserte en una relación laboral. Y, mucho menos, que con la incorporación de las TIC en el terreno laboral, el empresario pueda valerse arbitrariamente o de forma caprichosa a adoptar medidas en detrimento de tales derechos y libertades¹²¹³.

¹²¹² Recurso de amparo nº 192/1980 (Aranzadi JUR\ RTC 1981\11).

¹²¹³ SALA SÁNCHEZ, T. (1999). *El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral*, *ob.cit.*, p. 205. TOLODÍ SIGNES, A. (2022). Control tecnológico: una propuesta de

Prosiguiendo, en cuanto a los supuestos que pueden legitimar al empresario a llevar a cabo este tipo de medidas el Grupo de Trabajo del artículo 29 especifica en su Dictamen 2/2017¹²¹⁴ los siguientes motivos:

- a) El cumplimiento de una obligación legal, como puede ser, garantizar la seguridad de los conductores¹²¹⁵.
- b) Interés legítimo en la localización de sus vehículos.

Que el empresario se encuentre respaldado por la legitimidad que se le atribuye en la implementación de estas medidas no quita que deba observar o evaluar previamente si la operación de tratamiento de datos es para alcanzar esos fines u otros. A este respecto, el criterio del GT29 se justifica en su Dictamen 5/2005¹²¹⁶ en el que se manifiesta que tratar los datos de geolocalización puede estar justificado, por ejemplo, en el control de transporte de personas o bienes, o además cuando se trate de lograr la seguridad del propio empleado, los bienes o el vehículo. Pero, más relevante aún, es si al momento de iniciar el tratamiento de datos personales por el empresario a través de un sistema de geolocalización se ha tenido en cuenta el cumplimiento de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad¹²¹⁷.

Una cuestión distinta y que puede ocasionar la invasión del ámbito reservado del trabajador, *ex art.* 18.1 y 18.4, es el uso de los vehículos de empresa fuera de la jornada laboral con permiso del empresario. Ante esta situación, si bien es cierto que existe un interés legítimo sobre la localización del vehículo no debería registrarse la ubicación

aplicación del triple juicio de proporcionalidad conforme a la normativa europea de protección de datos, en Digitalización, Recuperación y Reformas Laborales – XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *ob.cit.*, p. 251.

¹²¹⁴ GT29, Dictamen 5/2005 sobre el uso de los datos de localización con vistas a prestar servicios con valor añadido, WP 249, 8 de junio de 2017.

¹²¹⁵ El Reglamento (UE) n° 165/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, relativo a los tacógrafos en el transporte por carretera, por el que se deroga el Reglamento (CEE) n° 3821/85 del Consejo relativo al aparato de control en el sector de los transportes por carretera y se modifica el Reglamento (CE) n° 561/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera refiere la necesidad de regular la instalación de tacógrafos conectados a sistemas de navegación por satélite al constituir un medio de registro adecuado y rentable de registro diario. DOUE núm. 60, de 28 de febrero de 2014.

¹²¹⁶ GT29, Dictamen 5/2005 sobre el uso de los datos de localización con vistas a prestar servicios con valor añadido, WP 115, 25 de noviembre de 2005.

¹²¹⁷ MERCADER UGUINA, J.R. (2017). *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 152.

exacta fuera de la jornada de trabajo¹²¹⁸. Y es que la recogida de datos podría resultar excesiva, injustificada y carente de tal causa, decayendo la base jurídica que le ampara en el art. 6.1 f) RGPD o justificar que cuenta con el consentimiento de la persona trabajadora, art. 6.1 a). Y, debemos alertarle, que no podrá utilizar dicho tratamiento posteriormente para finalidades distintas a las que se adoptó (art. 6.4 RGPD), como puede ser, el seguimiento o evaluación de las personas trabajadoras.

En consecuencia, existe la posibilidad de que el empresario permita a las personas trabajadoras a utilizar el bien jurídico (el vehículo, por ejemplo) para fines personales y/o profesionales. A este respecto, se genera a favor de la persona trabajadora un derecho a no estar geolocalizado constantemente incluso una vez que finaliza la jornada laboral. Conforme a esto último, es preciso señalar que existen diferentes posibilidades a fin de evitar los conflictos suscitados por este uso indebido (cuando se prohíbe el uso personal de bienes de la empresa) o desmesurado (cuando permitiéndose el uso personal de bienes profesionales la persona trabajadora se excede contraviniendo los principios de buena fe y abuso de confianza). Así, retomando la doctrina de la STS Sala de lo Social de 15 de septiembre de 2020 es totalmente viable configurar un registro o el envío de una señal automática por abandonar una zona geográfica concreta al finalizar la jornada de trabajo¹²¹⁹. Otra posibilidad sería, por ejemplo, que la persona trabajadora pueda por su propia iniciativa desactivar temporalmente el seguimiento de la localización por circunstancias especiales.

Esta preocupación es sumamente relevante puesto que la recopilación de datos que permite la geolocalización es extensa. Así lo ha puesto de manifiesto la propia AEPD determinando en la resolución E/827/2018¹²²⁰ que pueden recabarse a través del tratamiento por este sistema, aspectos como:

- a) Hora de arranque.
- b) Hora de aparcamiento.
- c) Puntos de paso y paradas.

¹²¹⁸ KEENOY, T. (1994). La creación de mecanismos de control, en HARTLEY, J.F., STEPHENSON, G.M. (dirs.). *Relaciones Laborales: La psicología de la influencia y el control en el trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, p. 159.

¹²¹⁹ MERCADER UGUINA, J.R. (2019). *Protección de datos y garantía de los derechos digitales en las relaciones laborales*, Madrid, Clases prácticas: Francis Lefebvre, p. 150.

¹²²⁰Recuperado en <https://www.aepd.es/es/documento/e-00827-2018.pdf>

- d) Velocidad máxima y media de las furgonetas.
- e) Consumo del vehículo por simulación en función de los kilómetros recorridos.
- f) Horas de funcionamiento.
- g) Kilómetros realizados por jornada.
- h) Desviación de horas de la furgoneta en función de un horario de trabajo configurable.

Como puede comprobarse, a través de este tipo de dispositivos, se puede obtener mucha información de las personas trabajadoras mientras están siendo utilizados pudiendo configurar su propio perfil de movimientos. Pero, debe señalarse que el propio GT29 en su Dictamen 13/2011¹²²¹, sostiene que el empresario no podrá invocar su derecho al control *ex art. 20 del ET* con el fin de seguir o el comportamiento o el paradero de los conductores.

Es por lo que se presta oportuno señalar que el empresario deberá llevar a cabo, por la evidente recopilación y acumulación de información personal a través de este tipo de dispositivos, una EIPD antes de implementar este tipo de tecnología. En definitiva, el empresario a través de la EIPD podrá demostrar si la adopción de la medida de geolocalización constituye una medida necesaria para circunstancias específicas como las que se han expuesto. En cierto modo, se cumpliría la finalidad práctica que se le atribuye a la EIPD, como proceso previo que describe un tratamiento de datos personales por el que se pretende evaluar su necesidad y proporcionalidad así como la gestión de los posibles riesgos que pudiera generar para los derechos y libertades de las personas físicas.

Por consiguiente y, a tenor de lo dispuesto en el art. 35.1 RGPD, sólo será necesaria la EIPD cuando “por su naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas” y, en particular, “si se utiliza nuevas tecnologías”. Precisamente, el art. 35.4 RGPD habilita a las autoridades de control nacionales a publicar un listado de los tipos de operaciones de tratamiento que sí requieren una EIPD, ofreciendo de este modo, una mayor transparencia y claridad al proceso. Y en el listado publicado por la AEPD se prevé, efectivamente entre otro, la necesidad de adoptarla aquellos supuestos en los que el tratamiento implique un control del interesado

¹²²¹ GT29, Dictamen 13/2011 sobre los servicios de geolocalización en los dispositivos móviles inteligentes, WP185, 16 de mayo de 2011.

de forma sistemática y exhaustiva¹²²², por lo que efectivamente, queda manifiestamente claro que el empresario deberá realizarla a fin de cumplir con su obligación jurídica al adoptar la figura de responsable en el tratamiento de datos en la relación laboral.

3.2. Obligaciones que debe cumplir el empresario cuando implemente la geolocalización en la relación laboral.

La colocación de este dispositivo, el GPS, debe contar con el previo aviso y comunicación a la personas trabajadoras así como de los representantes. Así lo indica el segundo apartado del art. 90, que instaura el deber de información sobre “la existencia y características de estos dispositivos”.

En cuanto a los requisitos de la información, esta debe ser clara y precisa, de forma expresa e inequívoca a cada uno de ellos indicando el momento en el cual será instalado el dispositivo¹²²³. Resulta curioso que la escueta y limitada redacción *in fine* del art. 90 de la LOPD. Y es que, a diferencia de la videovigilancia, para la geolocalización no se prevé en el articulado la posible finalidad disciplinaria de la medida. Es por ello, que es a falta expresa de su previsión normativa, debe tener en cuenta el empresario que es plenamente aplicable el deber de transparencia respecto a la finalidad por la que se van a tratar dichos datos, *ex arts.* 13 y 14 RGPD y 11 LOPD.

Por lo tanto, a fin de salvaguardar el derecho a la protección de datos que implica proteger además el derecho fundamental a la intimidad, no se debe pasar por alto los requisitos de transparencia. La geolocalización como recurso empresarial encubierto descarta, por tanto, la negación a las personas trabajadoras del deber de información (que incluye el de transparencia) señalado en el RGPD y LOPD, como venía asumiendo la doctrina del conocimiento presunto o tácito¹²²⁴.

En la labor informativa a las personas trabajadoras, los empresarios en pro de un nivel óptimo de transparencia podrían proporcionar en un lugar visible donde sea

¹²²² Listas de tipos de tratamientos de datos que requieren evaluación de impacto relativa a protección de datos (art 35.4). Recuperado de <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/listas-dpia-es-35-4.pdf>

¹²²³ ROJAS ROSCO, R. LÓPEZ CARBALLO, D. (2018). “El impacto del RGPD en el ámbito del control laboral y la era de la innovación”, *Actualidad Civil: Wolters Kluwer*, nº 5, p. 18.

¹²²⁴ BAZ RODRÍGUEZ, J. (2011). Geolocalización, dispositivos móviles y trabajo, *Revista Trabajo y Derecho: Editorial Wolters Kluwer*, nº 11, p. 9.

comprensible y legible la información necesaria. De hecho, esta posibilidad la pone de relieve el Comité Europeo de Protección de Datos en la “Guía 1/2020 sobre el procesamiento de datos personales en el contexto de vehículos conectados y aplicaciones relacionadas con la movilidad¹²²⁵”. El Comité expone que podrían crearse iconos estandarizados de forma que las personas trabajadoras pudieran identificar independientemente del medio y así lo asocien con el tratamiento de datos de geolocalización. En el caso de los vehículos, podría ser ubicada y leerse claramente al encenderse la pantalla digital que incorporan los nuevos modelos¹²²⁶.

Otro aspecto que también determina una interrelación entre los preceptos de videovigilancia *ex art. 89 LOPD* y geolocalización *ex art. 90 LOPD* es la vaga e incompleta referencia empleada por el legislador para referirse a los representantes de los trabajadores. En ambos casos, el legislador emplea la misma fórmula respecto al cumplimiento del deber de información cuando dispone que “y en su caso, a sus representantes” y que en el caso del análisis de la videovigilancia causó un revuelo en la doctrina¹²²⁷. Concretamente, el debate se orientaba a fin de determinar si la redacción que aporta el legislador podría resultar más favorable para el trabajador respecto al poder de negociación de sus representantes o si por el contrario juega a favor del empresario en cuanto no se encuentra supeditado a la aprobación de estos últimos para adoptar unilateralmente la adopción de su medida.

Sobre esta divergencia terminológica el debate se solventa de la misma forma que para el caso de la videovigilancia. En primer lugar, el precepto indica “informar” que no consultar, por lo que el empresario debe a la RLT la puesta en conocimiento de la implantación y características del sistema GPS *ex art. 90.2 LOPD* y 64 ET. En segundo lugar, esta afirmación se refuerza con la lectura del art. 64.5 f) en tanto en cuanto, la

¹²²⁵ Adoptada el 28 de enero de 2020. https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_guidelines_202001_connectedvehicles.pdf

¹²²⁶ Como, por ejemplo, a través de un folleto de presentación sobre el sistema GPS que permita transmitir la información al trabajador respecto a las características del GPS. Entre otras, “que permite recibir información en tiempo real sobre el tiempo de trabajo y generar informes automáticos indicando el kilometraje, el recorrido y la conducción hora”. *Vid.*, Cour de cassation Pourvoi n° 17-31.046, 27 janvier 2021 (ECLI:FR:CCASS:2021:SO00138).

¹²²⁷ PRECIADO DOMÈNECH, C. H. (2019). *Los derechos digitales de las personas trabajadoras*, *ob. cit.*, p. 151. MOLINA NAVARRETE, C. (2020). Régimen legal de los sistemas de control laboral basados en la videovigilancia: lagunas y antinomias a la luz del Derecho Comunitario, en TODOLÍ SIGNES, A. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., *ob. cit.*, p.85.

implantación de un sistema de organización y control como es el caso del GPS implica que el comité de empresa emita un informe previo a su ejecución por el empresario. Por lo tanto, se disipan las posibles incertidumbres suscitadas a tal respecto y, ello no obsta, a que a tenor de lo dispuesto en el art. 64 ET esta actuación entre partes se lleve a cabo bajo las expectativas de consenso, cooperación y entendimiento mutuo. De esta manera, podría alcanzarse un acuerdo basado en un doble objetivo, alcanzar los intereses de la empresa y salvaguardar los derechos fundamentales de las personas trabajadoras¹²²⁸.

Así mismo existe una estrecha relación entre el art. 87 y el 90 LOPD y es la posibilidad de un uso personal y/o profesional del bien jurídico de la empresa. Ello pese a que el art. 90 LOPD no prevé nada al respecto a diferencia del art. 87.3 LOPD que sí regula expresamente la fiscalización de dispositivos digitales de los que se haya admitido un uso personal. Como se ha podido comprobar en el análisis jurisprudencial precisamente respecto a la utilización de la geolocalización laboral normalmente se suscitan mayores controversias con el uso del vehículo de la empresa¹²²⁹. En este punto es donde el deber de información previa a la persona trabajadora sobre la existencia y características de estos dispositivos cobra una importancia fundamental, puesto que será en estos momentos cuando el empresario especifique qué uso se permite de los bienes de la empresa.

Recuérdese que los mayores conflictos suscitados en cuanto a la permisividad del uso personal y/o profesional de los dispositivos tecno-profesionales puestos a disposición de las personas trabajadoras giraban en torno a la existencia o no de una expectativa de privacidad. Ello suscitó un auténtico vaivén jurisprudencial entre las doctrinas del TC y del TS al respecto hasta la culminación por el TEDH con la doctrina *Bărbulescu* de los criterios que debería acatar el empresario a tal respecto. Precisamente, la problemática se

¹²²⁸ Por tales motivos reiterar la necesidad de crear ex lege una figura como el “Comité de Protección de Datos”, a efectos de concretar este tipo de cuestiones. *Vid.*, TOLODÍ SIGNES, A. (2021). “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, *ob.cit.*, p. 86.

¹²²⁹ Sentencia del TSJ de País Vasco, (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 10 de mayo de 2011. N° recurso de suplicación 644/2011 (AS\2012\2277). N° recurso suplicación 1952/2013, Id Cendoj: 28079340012014100255. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7018675&links=%221952%2F2013%22&optimize=20140410&publicinterface=true>. N° recurso de suplicación 3689/2016 (Aranzadi JUR\ 2017\221347). N° recurso suplicación 2241/2017, Id Cendoj: 33044340012017103032. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=8283089&links=%222241%2F2017%22&optimize=20180208&publicinterface=true>

iniciaba cuando el empresario, habilitado para monitorizar a la persona trabajadora tanto para comprobar el buen uso de tales dispositivos como el correcto desempeño de sus funciones, interceptaba una prueba electrónica que verificaba bien ante sospechas previas o de forma fortuita una actuación contraria de la persona trabajadora respecto a las obligaciones de su contrato.

Por otro lado, en el caso de la geolocalización, también se suscitaron conflictos en torno su utilización como medida de control laboral, por el que se debía discriminar en qué tipo de supuestos existe o no esta expectativa de privacidad; bien porque existan políticas corporativas o bien porque se toma en consideración un uso social de tolerancia¹²³⁰. Siguiendo la doctrina del TS, es necesario discriminar entre dos tipos de situaciones; la primera, cuando existe una aprobación expresa por el empresario respecto a la utilización por la persona trabajadora de los bienes corporativos para fines personales y, la segunda, por el contrario, cuando se declina absolutamente este uso personal por la utilización para fines exclusivamente profesionales. Por consiguiente, cuando no exista permisibilidad o tolerancia de uso personal de los dispositivos de la empresa la expectativa de privacidad de la persona trabajadora desaparece.

Ahora bien, cuando sí exista una permisividad o tolerancia de uso personal de los dispositivos corporativos la expectativa de privacidad o intimidad de la persona trabajadora cobra virtualidad en la práctica, de tal manera que, el empresario, no se encontraría legitimado igualmente para monitorizar de forma indiscriminada la actividad laboral.

Ello en suma, podría verse superado por la necesaria comunicación previa del empleador a la persona trabajadora la política de privacidad o de buenas prácticas en el uso de tales dispositivos, en cumplimiento de los principios de buena fe entre las partes en la relación laboral¹²³¹. Teniendo cabida por supuesto, entre otros aspectos, la posibilidad de fiscalización a través del sistema GPS de la actividad laboral. En definitiva

¹²³⁰ STS 26 de septiembre de 2007, N° recurso de casación para unificación de la doctrina 966/2007, Id Cendoj: 28079140012007101065. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/326542/Despido/20071018>

¹²³¹ Un ejemplo sobre la utilización de los datos del GPS ante la inexistencia de la expectativa de privacidad cuando existe comunicación previa del empleador tanto sobre el sistema de geolocalización como respecto a la tolerancia al uso personal del vehículo *Vid.*, en Cour de cassation Pourvoi n° 16-12.569, 20 december 2017 (ECLI:FR:CCASS:2017:SO02700)

y retomando las aportaciones de la STS 26 de septiembre de 2007 como de la STEDH caso *Bărbulescu* lo más oportuno sería que el empresario adoptara lo siguiente:

- Determinar el uso personal o profesional del bien o herramienta.
- Especificar las obligaciones de las personas trabajadoras respecto al cuidado y custodia de tales dispositivos.
- Concretar en qué momento inicia y acaba la monitorización, si se inicia de forma automática o si, por el contrario, requiere de intervención personal de la persona trabajadora para proceder a su comienzo, interrupción y finalización.
- Las posibilidades de fiscalización del empresario a través de este tipo de dispositivos electrónicos (qué tipo de control se permite, el modo de la verificación, es decir, remota o al momento de la entrega, el motivo en cuanto al mero control de la actividad o por sospechas previas, el periodo de duración de la monitorización así como el alcance a la generalidad de la plantilla o de forma específica)
- Las consecuencias que podría tener la supervisión llevada a cabo por el empresario (concretamente el régimen de infracciones y sanciones internas o en referencia al convenio colectivo).
- Las garantías del procedimiento como prueba de la transparencia y buena fe de la fiscalización (quién será el encargado, si existe comunicación previa o no tanto a las personas trabajadoras como a sus representantes).

Por consiguiente, una vez más se engrandece el papel que asume la RSC en este ámbito a través de una política corporativa sobre el uso de los dispositivos tecnológicos; proporcionando en este sentido a las personas trabajadoras un régimen de ordenación como muestra del principio de transparencia mutua en el ámbito de las relaciones laborales¹²³². Lo que en cierto modo implica una actitud predispuesta del empresario, a

¹²³² BAYLOS GRAU, A. P. (2004). “Códigos de conducta y buenas prácticas de las empresas en materia laboral el problema de su exigibilidad jurídica”, *ob. cit.*, p. 251. GARCÍA ECHEVARRÍA, S. (2006). “Responsabilidad social corporativa la responsabilidad social corporativa como orientación del management empresarial”, *ob. cit.*, p. 82. ARANGO, F. (2009). “La medición de la reputación corporativa”, pp. 17-21, en *Relaciones Públicas 2009. Radiografía: proyecciones y desafíos*, *ob. cit.*, nº 28. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (2010). “Responsabilidad social de las empresas y Códigos de Conducta empresariales aproximación desde el Derecho del Trabajo”, *ob. cit.*, pp. 819-844. VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (2012). “La responsabilidad social corporativa: una reflexión”, *ob. cit.*, p. 172. CORREA CARRASCO, M. (2012). “Derecho del trabajo y responsabilidad social empresarial ante los retos de la globalización”, *ob. cit.*, p. 3.

través de procesos de autorregulación interna, de garantizar el equilibrio entre ambos intereses, a saber, el poder de dirección y control *ex art.* 20.3 ET y los derechos fundamentales y libertades públicas (concretamente arts. 18.1 y 18.4 CE)¹²³³. A tal fin por tanto constituye una actitud positiva de trasladar a la persona trabajadora *ex art.* 90.2 LOPD de forma expresa, clara e inequívoca toda la información necesaria para que utilice en base a un criterio consciente, seguro y transparente los medios que el empresario le aporta para cumplir con la prestación laboral.

3.2.1. El deber de información previa en la doctrina de la AEPD.

En aras de consolidar el criterio de la información que ya venía recogido en la normativa antigua de protección de datos, la AEPD ha sido la encargada de consolidar este principio en su tarea divulgadora y de buenas prácticas¹²³⁴ como en la emisión de sus resoluciones jurídicas.

Habida cuenta de que los datos de localización permiten la posición geográfica del equipo terminal de un usuario *ex art.* 2 Directiva 2002/58/CE permitirían así mismo la identificación de una persona física. Es por lo que esta actividad tecnológica constituye un tratamiento automatizado de datos personales que ya fue prevista *ex arts.* 1 y 2 de la LOPRODA. Y, como se tuvo ocasión de adelantar, las controversias tanto con anterioridad como con posterioridad a la entrada en vigor del RGPD y de la LOPD versan respecto a la utilización de dispositivos móviles como medio de fichaje laboral¹²³⁵, la gestión o seguimiento de la actividad laboral en ruta y además por la utilización de los vehículos de empresa que incorporan un sistema de geolocalización¹²³⁶.

¹²³³ N° recurso de casación 132/2005, Id Cendoj: 28079140012007100246. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cbd6e2431e252e4f/20070426>

¹²³⁴ En la Guía para el ciudadano publicado por esta Agencia recoge en el apartado “Transparencia: tu derecho de información”, lo siguiente “Si usas el coche de tu empresa y han instalado un GPS con una finalidad de control, también han de informarte con carácter previo a su puesta en funcionamiento.”

¹²³⁵ Entre otros, Expediente n° E/03038/2015, recuperado de <https://www.aepd.es/es/documento/e-03038-2015.pdf>. Expediente n° PS/00275/2016, recuperado de <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00275-2020.pdf>

¹²³⁶ Entre otros, Expediente n° PS/00558/2013, recuperado de <https://www.aepd.es/es/documento/reposicion-ps-00558-2013.pdf>. Expediente n° E/07134/2013, recuperado de <https://www.aepd.es/es/documento/e-07134-2013.pdf>. Expediente n° E/06036/2014, recuperado de <https://www.aepd.es/es/documento/e-06036-2014.pdf>.

En ambos casos, la utilización de este tipo de dispositivos permite el envío y conocimiento con exactitud de las coordenadas en las que se encuentra las personas trabajadoras. De tal modo que es posible conocer de forma instantánea la posición exacta en cada momento, siempre que se encuentre activo el dispositivo. Y, por lo tanto, este tipo de operaciones constituyen un tratamiento de datos personales siendo aplicable el marco jurídico de protección de datos.

Ya por entonces la AEPD focalizaba un interés en sus resoluciones sobre la necesidad de justificar por parte del empresario de haber cumplido con el deber información previa, expresa, presa e inequívoca *ex art. 5 LOPRODA*. De tal forma que pese a que el empresario no necesita necesariamente para la implantación de la medida y la recogida de datos el consentimiento de la persona trabajadora ello no es óbice para otorgarle legitimidad en cuanto a la omisión este deber previo. A tal respecto, cuando la AEPD certificaba la omisión por el empresario del deber de información previa sobre la instalación de un sistema de geolocalización resolvía imponiéndole la comisión de una infracción leve, *ex art. 44.2 c) LOPRODA*.

Criterio temporis, por la importancia práctica en la materia que se estudia se señala la Resolución de Procedimiento Sancionador PS/00124/2019 puesto que además fue de las primeras que entra en detalle al contenido de los nuevos cuerpos legales, a saber, el RGPD y la LOPD.

En este asunto se debate, en medio de un procedimiento disciplinario¹²³⁷, si la finalidad empleada por el responsable del tratamiento en el uso del sistema de geolocalización se corresponde con el que inicialmente fue instaurado. El reclamante (agente de policía) inició este procedimiento manifestando que no le fue comunicado por el responsable del tratamiento (ayuntamiento) del uso del sistema GPS como medida de control laboral¹²³⁸. El control se desarrollaba a través del sistema IDATAWEB GPS cuya

¹²³⁷ RECLAMANTE 1 dirigió a su jefe, Subinspector, el 22/03/2018 una petición de explicación del motivo por el que estaba realizando más servicios de grúa que otros compañeros. El Subinspector le dijo que revisaría sus fichas de actividad y el trabajo realizado para ver qué es lo que pasaba con el mismo". Esa comprobación se efectuó cotejando lo que reclamante 1 había puesto en su ficha de actividad de los servicios del día 21/03/2018, grabados en la aplicación GESPOL, con su posicionamiento a través de señal GPS. Con dicho cotejo, el Subinspector observa que lo que declara en la ficha no se corresponde con lo que marca el GPS que ha registrado el recorrido del día a partir de 16 h 10 y en la franja de 17h 50 a 18 h 45. Por ello, se inició procedimiento disciplinario contra RECLAMANTE 1 que cuenta como antecedente el escrito comunicado interior del Subinspector al Intendente de 25/04/2018 en que explica lo anterior.

¹²³⁸ GIANNI, L. (2005). El dominio ejercido sobre el trabajador, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (dir.) *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, Madrid, Editorial La Ley, p. 62.

finalidad consistía en la “gestión y coordinación de patrullas y agentes”, contenido que cambia durante la tramitación de este procedimiento¹²³⁹.

El nuevo comunicado sí previó el control laboral de la siguiente forma: “y como parte de gestión de la relación laboral se podrán extraer los datos del dispositivo con objeto de comprobar el cumplimiento de las tareas encomendadas y verificar si coinciden con los partes de trabajo y fichas de actividad pudiendo incluso ser utilizados con fines disciplinarios en caso de comprobar su incumplimiento”.

Ante estos hechos, la AEPD certificó, por tanto, que la finalidad para la que se empleó los datos de geolocalización ocasionó una “intromisión en la afectación del derecho de protección de datos a los sujetos afectados sin haber sido informados previamente, y existiendo un uso habilitado distinto supone que el reclamado incurre en la infracción que se le imputa del artículo 5.1.b) del RGPD”. Por consiguiente, no puede aceptarse la expectativa razonable o tácita por parte de las personas trabajadoras de que dicha información será utilizada para fines de control laboral y, mucho menos, olvidar el deber de información que impera en el art. 13 RGPD como imprescindible en la obtención de datos del interesado.

En consecuencia, el uso de las herramientas tecnológicas facilitadas por el empresario a las personas trabajadoras no puede obedecer a una decisión arbitraria de este, ya que podría vulnerar el derecho a la protección de datos de sus empleados. El uso indiscriminado de las nuevas tecnologías va en detrimento de los derechos fundamentales y, de hecho, de no respetar estas garantías jurídicas podría devolverse la situación de nuevo al terreno de la inseguridad jurídica y unilateralidad de los poderes públicos¹²⁴⁰.

Indudablemente, debería haberse informado del uso, consecuencias, finalidad, tratamiento y derechos si tanto para el control como para el cumplimiento de ordenes era preciso o conveniente el sistema de GPS. Evidentemente, a raíz de este proceso la AEPD

¹²³⁹ Debe tenerse en cuenta que los hechos suceden el 22/03/2018 y una vez iniciado el correspondiente procedimiento disciplinario se dicta la Orden general 27, de 16/11/2019, sobre uso del equipo personal de comunicaciones y su localización, detallando que los datos se almacenan en una base de datos incluidas en el tratamiento “intervenciones policía local” que permite consultar posiciones y recorridos de cada usuario durante la jornada de trabajo. Es en esta nueva regulación donde se incorpora la revisión de los datos de localización con fines laborales.

¹²⁴⁰ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (1995). *Utilización y control de datos laborales automatizados*, Madrid, Agencia de Protección de Datos, p. 87.

impuso al Ayuntamiento en cuestión la comisión de una infracción del art. 5.1.b) RGPD y tipificada en el art. 83.5 a) del mismo reglamento.

Como conclusión, se puede sostener que constituye una resolución de importante peso en materia de protección de datos y a su vez, en material laboral puesto que deja bastante claro los límites del empresario en cuanto a destinar los datos personales a los fines que considere. Así mismo acarrea un posicionamiento claro de la supremacía del principio de licitud del tratamiento como requisito preponderante frente al principio de interés legítimo.

3.3. El ejercicio por el trabajador de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión.

En último lugar y como cierre al estudio del art. 90 LOPD *in fine* respecto a las obligaciones que le impone al empresario determina que “igualmente deberán informarles acerca del posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión”. Precisamente esta obligación no es una casualidad puesto que debe recordarse que el empresario actúa en el ámbito de las relaciones laborales como responsable del tratamiento. Y, en consecuencia, a tenor de lo dispuesto en el art. 12 LOPD “estará obligado a informar al afectado sobre los medios a su disposición para ejercer los derechos que le corresponden”, cuestión que podrá delegar en el encargado del tratamiento, cuando haya delegado esta gestión y se encuentre prevista en “el contrato o acto jurídico que les vincule”, *ex art. 12.3 LOPD*.

Tal y como se manifestó en el Capítulo III de la primera parte de la presente tesis, estos derechos específicos en el ámbito de la protección de datos personales ya fueron previstos en la LORTAD. Sin embargo, por entonces solo se preveían a favor del interesado como titular de los datos personales en cuestión, el derecho de acceso, el derecho de rectificación y el derecho de cancelación¹²⁴¹. Y, posteriormente, con la entrada en vigor de la LOPRODA estos derechos se amplían incluyéndose el derecho de oposición a favor del titular de los datos personales para cuando solicitase el cese de dicho

¹²⁴¹ *Vid.* en OROZCO PARDO, G. (1994). “Los derechos de las personas en la LORTAD”, *ob. cit.*, p. 151-202

tratamiento como consecuencia de la adaptación de la Directiva 95/46/CE a nuestro ordenamiento jurídico¹²⁴².

Posteriormente y fruto de la entrada en vigor del RGPD la LOPD ha incorporado en el Capítulo II “Ejercicio de los derechos” del Título III (Derechos de las personas”, además de los mencionados los derechos de supresión, limitación del tratamiento y oposición. Por consiguiente, se ha estimado que es en estos momentos donde procede analizar conscientemente el contenido de cada uno de los derechos mencionados puesto que el art. 90 LOPD es el único de los derechos denominados “digitales” que hace referencia expresa a este conglomerado de derechos específicos en el ámbito de la protección de datos personales.

En primer lugar, el derecho de acceso se encuentra configurado en los arts. 15 RGPD y 13 LOPD¹²⁴³. Ambos artículos están estrechamente vinculados puesto que el art. 13.1 hace mención directa a que este derecho “se ejercitará de acuerdo con lo establecido en el art. 15 RGPD”. Por un lado, el art. 13 establece el modo en el que el responsable debe cumplir con este derecho de acceso, cuestión la que el RGPD no hace referencia alguna. Para ello, el empresario como responsable del tratamiento deberá facilitar a la persona trabajadora “un sistema de acceso remoto, directo y seguro a los datos personales que garantice, de modo permanente, el acceso a su totalidad”. Del tenor literal del art. 13.2 LOPD se puede comprobar que se abandona la modalidad física que priorizaba la solicitud en papel a favor de una modalidad digital habilitándose a tal respecto un espacio por el empresario para efectuar la solicitud correspondiente con las garantías que se determinan. Y, por otro lado, efectúa una remisión a la norma comunitaria, en donde se determina que “el interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento

¹²⁴² En estos momentos pasarían a ser denominados comúnmente en la jerga profesional como Derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición), *Vid.*, en SÁNCHEZ BRAVO, A. (2001). “La Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter, Personal: Diez consideraciones en torno a su contenido”, *ob. cit.*, p. 211.

¹²⁴³ El Convenio nº 108 también garantizó en términos similares a la Directiva 95/46/CE y al RGPD el derecho de acceso del interesado a sus datos personales. Así el art. 8 previó que tendría derecho a “b) obtener a intervalos razonables y sin demora o gastos excesivos la confirmación de la existencia o no en el fichero automatizado de datos de carácter personal que conciernan a dicha persona, así como la comunicación de dichos datos en forma inteligible”. Y así mismo también forma parte del art. 8.2 CDFUE cuando dispone que “toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación.” En definitiva se puede concluir como indica PRECIADO DOMÈNECH que “el derecho de acceso parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos personales, está vinculado al derecho a la información sobre los datos y es condición previa a los demás derechos del interesado”, *Vid.*, en PRECIADO DOMÈNECH, C.H. (2017). *El derecho a la Protección de Datos en el Contrato de Trabajo. Adaptado al nuevo Reglamento 679/2016, de 27 de abril*, Navarra, Editorial Aranzadi, p. 61.

confirmación de si se están tratando o no datos personales que le conciernen y, en tal caso, derecho de acceso a los datos personales”¹²⁴⁴.

Así mismo el art. 15.1 *in fine* incluye específicamente a qué información podrá tener acceso el interesado, en este caso, la persona trabajadora que es objeto de monitorización a través de un sistema de GPS que constituye un tratamiento de datos personales, a saber: a) los fines del tratamiento; b) las categorías de datos personales de que se trate; c) los destinatarios o las categorías de destinatarios a los que se comunicaron o serán comunicados los datos personales, en particular destinatarios en terceros u organizaciones internacionales; d) de ser posible, el plazo previsto de conservación de los datos personales o, de no ser posible, los criterios utilizados para determinar este plazo; e) la existencia del derecho a solicitar del responsable la rectificación o supresión de datos personales o la limitación del tratamiento de datos personales relativos al interesado, o a oponerse a dicho tratamiento; f) el derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control; g) cuando los datos personales no se hayan obtenido del interesado, cualquier información disponible sobre su origen; h) la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, a que se refiere el artículo 22, apartados 1 y 4, y, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado¹²⁴⁵.

En segundo lugar, el derecho de rectificación regulado en el art. 14 LOPD nuevamente el legislador emplea una redacción en la que se remite a las disposiciones comunitarias, concretamente al art. 16 RPDG. Simplemente se limita a establecer cuáles son las condiciones o el modo del ejercicio de este derecho, de tal forma que, la persona trabajadora al momento de solicitar este derecho de rectificación deberá “indicar en su

¹²⁴⁴ En cuanto al ejercicio del derecho de acceso pero en referencia al marco jurídico anterior, es decir, la Directiva 95/46/CE el TJUE y el TEDH se han pronunciado en diferentes ocasiones concretando su contenido. Pese a que se trata un período anterior a la vigencia del RGPD, el motivo por el que se aportan las siguientes sentencias es doble, por el interés que denota este derecho así como por la existencia de similitud entre ambas legislaciones en cuanto al contenido del derecho en cuestión. TJUE, C-553/07, *College van burgemeester en wethouders van Rotterdam contra M. E. E. Rijkeboer*, 2009. TJUE, asuntos acumulados C-141/12 y C-372/12, *YS contra Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel y Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel contra M y S*, 2014. TJUE, C-434/16, *Peter Nowak contra Data Protection Commissioner*, 2017. TEDH, *Leander contra Suecia*, n.º 9248/81, 1987

¹²⁴⁵ Sin embargo, es preciso señalar que este derecho de acceso no es absoluto, es decir, puede ser objeto de limitación o denegación privando al interesado de acceder al contenido de los datos personales. *Vid.*, en este sentido STEDH de 17 de julio de 1989, *Gaskin c. Reino Unido*, objeto de análisis en el primer capítulo.

solicitud a qué datos se refiere y la corrección a la que haya de realizarse”. Así mismo termina por indicar que “deberá acompañar, cuando sea preciso, la documentación justificativa de la inexactitud o carácter incompleto de los datos objeto de tratamiento”¹²⁴⁶. Es por lo que el derecho de rectificación constituye “un par inescindible del ejercicio del derecho de acceso”¹²⁴⁷, puesto que para poder ejercer la rectificación se precisa primero el acceso a los datos personales sujetos a revisión¹²⁴⁸. En confrontación con la regulación nacional, el RGPD consolida el *criterio temporis* de respuesta, fijando a tal respecto que la obtención de respuesta por el trabajador como parte interesada será “sin dilación indebida del responsable del tratamiento”.

En definitiva, el empresario deberá atender la solicitud de la persona trabajadora respecto a una inadecuación de los parámetros marcados por el sistema de geolocalización que induzcan a error o que simplemente carezcan de sentido, decayendo el valor probatorio para el que fueron implementados, a saber: motivos de seguridad de bienes o herramientas de la empresa, registro horario de las personas trabajadoras o seguimiento de la prestación laboral.

En tercer lugar, el derecho a la limitación del tratamiento¹²⁴⁹ constituyó una de las novedades que introdujo el RGPD y que la LOPD consagró en el art. 16 con un escaso desarrollo legislativo nuevamente. Así, el art. 18 RGPD concreta las posibilidades de ejercicio por parte de las personas trabajadoras como interesado del tratamiento de datos personales: a) el interesado impugne la exactitud de los datos personales, durante un plazo

¹²⁴⁶ *Vid.*, TEDH, Cemalettin Canli contra Turquía, n.o 22427/04, 2008 y TEDH, Ciubotaru contra Moldavia, n.o 27138/04, 2010. TJUE, C-398/15, Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce contra Salvatore Manni, 2017.

¹²⁴⁷ MERCADER UGINA, J. R. (2018). “Protección de datos y relaciones laborales: apuntes prácticos sobre la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/679”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 38, p. 119.

¹²⁴⁸ Sobre esta actuación del interesado manifiesta APARICIO SALOM que “el derecho de rectificación regula la obligación de exactitud desde la perspectiva del interesado, al atribuirle la legitimación para pedir la actualización de los datos”, *Vid.*, en APARICIO SALOM, J. (2018). Derechos del interesado (Arts. 12-19), en LÓPEZ CALVO, J. *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos: adaptado al proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de 10 de noviembre de 2017*, Madrid, Wolters Kluwer, p. 389.

¹²⁴⁹ Partiendo de la definición de MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “limitar, en el sentido propio de sus palabras, no es otra cosa que imponerse límites en lo que se dice o se hace, con renuncia voluntaria o forzada a otras cosas posibles o deseables. Por tanto, limitar el tratamiento comporta adoptar una conducta proactiva ordenada a impedir que el dato continúe tratándose”, en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. Ejercicio de los derechos, en ARENAS RAMIRO, M., ORTEGA GIMÉNEZ, A. (2019). *Protección de datos: comentarios a la Ley orgánica de protección de datos y garantía de derechos digitales (en relación con el RGPD)*, Madrid, Editorial jurídica Sepín, p. 107.

que permita al responsable verificar la exactitud de los mismos; b) el tratamiento sea ilícito y el interesado se oponga a la supresión de los datos personales y solicite en su lugar la limitación de su uso; c) el responsable ya no necesite los datos personales para los fines del tratamiento, pero el interesado los necesite para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones; d) el interesado se haya opuesto al tratamiento en virtud del artículo 21, apartado 1, mientras se verifica si los motivos legítimos del responsable prevalecen sobre los del interesado.

Como se puede comprobar, el ejercicio de la limitación del tratamiento de datos personales constituye la antesala al ejercicio del derecho de rectificación. Lo más oportuno a efectos prácticos sería, a tenor del apartado 18. a) RGPD que cuando las personas trabajadoras detectasen algún tipo de fallo en los sistemas de geolocalización o por comunicación del empresario, solicitase la limitación del tratamiento. Respecto al apartado b), respondería a un supuesto en el que el tratamiento de datos personales por geolocalización constituye una ilicitud, entre otras razones porque el empresario carece de legitimidad para llevarlo a cabo *ex arts. 5 y 6 RGPD*, porque ha incumplido los deberes de transparencia e información *ex arts. 12, 13 y 14 RGPD* o bien porque es atentatorio contra los derechos fundamentales y libertades públicas de las personas trabajadoras *ex art. 24 RGPD*. En correlación con el anterior, en caso de que el trabajador haya sido objeto de un despido disciplinario sustentado sobre las pruebas obtenidas por el empresario mediante la geolocalización, podrá solicitar el acceso a estos datos y puesto que ya no forma parte de la plantilla cobraría virtualidad práctica su limitación.

El art. 18.3 RGPD hace expresa mención a aquéllos supuestos en los que el tratamiento de datos personales ha sido objeto de limitación por algunas de las causas reflejadas anteriormente. En este tipo de situaciones el empresario al momento del “levantamiento de dicha limitación” deberá comunicarlo a las personas trabajadoras.

En cuarto lugar y último lugar, el derecho a la supresión anclado en el art. 17 RGPD y 15 LOPD. Como pudo adelantarse en el Capítulo I, este derecho constituye una reformulación y ampliación del primitivo derecho de cancelación. En este sentido, y así se refleja en el nomenclátor del art. 17 RGPD el derecho de supresión subsume el

denominado “derecho al olvido”, creado en la jurisprudencia del TJUE en la sentencia de 13 de mayo de 2014¹²⁵⁰.

Respecto a los motivos por los que las personas trabajadoras podrá obtener “sin dilación indebida” del empresario la supresión de sus datos personales, en art. 17.1 RGPD precisa: a) los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo; b) el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), y este no se base en otro fundamento jurídico; c) el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 1, y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 2; d) los datos personales hayan sido tratados ilícitamente; e) los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento; f) los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el artículo 8, apartado 1.

Sin embargo, en el art. 17.2 b) del RGPD prevé una excepción manifiesta al ejercicio del derecho de supresión por las personas trabajadoras y, concreta a este respecto, que el apartado 1 no será de aplicación cuando el tratamiento sea necesario “para el cumplimiento de una obligación legal que requiera el tratamiento de datos impuesta por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento”.

Pero ¿a qué tipo de situaciones se está haciendo referencia? Pues efectivamente cuando el empresario ha implementado un sistema de registro horario que implique la geolocalización de la jornada laboral. En este tipo de situaciones, dado que pesa sobre el empresario una obligación legal de cumplimentar los periodos de duración de la jornada laboral se restringe su posibilidad de solicitar la supresión de tales datos personales. Básicamente, porque el empresario debe custodiar los datos horarios individualizados

¹²⁵⁰ TJUE, C-131/12, Google Spain SL y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González [GS], 2014. *Vid.*, un estudio en profundidad sobre las consecuencias que esta sentencia tuvo en la configuración del actual art.17 del RGPD en BUISÁN GARCÍA, B. (2018). “El derecho de supresión en el nuevo reglamento europeo de protección de datos personales”, *Revista Actualidad Administrativa*, nº 7-8, pp.1-11.

referentes a la jornada laboral de cada persona trabajadora a efectos de posibles comprobaciones por la Inspección de Trabajo, aunque esta cuestión es objeto de análisis con mayor profundidad en el siguiente apartado.

En definitiva, impera sobre el empresario el deber de información a las personas trabajadoras de forma expresa, clara e inequívoca *ex art. 90 LOPD* pero también de forma transparente, inteligible y con un lenguaje claro y sencillo *ex arts. 11 LOPD, 13 y 14 RGPD*. Es por lo que al momento de la firma del contrato o cuando vaya a iniciarse el tratamiento de datos personales a través de geolocalización deberá aportar al trabajador la referencia a una información básica o primera capa al ejercicio de tales derechos; ofreciendo del mismo modo la posibilidad de acceder al contenido de una información adicional más amplia y adicional o de segunda capa sobre aspectos como el ejercicio de los derechos específicos señalados o la posibilidad de reclamar ante la AEPD por alguna irregularidad al respecto.

Estos deberes, de información previa y de información sobre el ejercicio de los derechos específicos de protección de datos, que deberá observar el empresario a fin de evitar la comisión de infracciones. Así, cuando el empresario infrinja los principios básicos para el tratamiento *ex arts. 6, 7 y 9 RPDG* así como los derechos de los interesados a tenor de lo dispuesto en los arts. 12 a 22 RPDG podrá ser sancionado con una multa administrativa equivalente al 4% como máximo de su volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía *ex art. 83.5 RPDG*¹²⁵¹. En definitiva, dicho incumplimiento legal podría acarrearle serias consecuencias económicas por lo que no deberá pasar por alto el papel que asume como

¹²⁵¹ Para llevar a cabo esta valoración el art. 83.5 se remite al art. 83.2 disponiendo que se deberá tener en cuenta: a) la naturaleza, gravedad y duración de la infracción, teniendo en cuenta la naturaleza, alcance o propósito de la operación de tratamiento de que se trate así como el número de interesados afectados y el nivel de los daños y perjuicios que hayan sufrido; b) la intencionalidad o negligencia en la infracción; c) cualquier medida tomada por el responsable o encargado del tratamiento para paliar los daños y perjuicios sufridos por los interesados; d) el grado de responsabilidad del responsable o del encargado del tratamiento, habida cuenta de las medidas técnicas u organizativas que hayan aplicado en virtud de los artículos 25 y 32; e) toda infracción anterior cometida por el responsable o el encargado del tratamiento; f) el grado de cooperación con la autoridad de control con el fin de poner remedio a la infracción y mitigar los posibles efectos adversos de la infracción; g) las categorías de los datos de carácter personal afectados por la infracción; h) la forma en que la autoridad de control tuvo conocimiento de la infracción, en particular si el responsable o el encargado notificó la infracción y, en tal caso, en qué medida; i) cuando las medidas indicadas en el artículo 58, apartado 2, hayan sido ordenadas previamente contra el responsable o el encargado de que se trate en relación con el mismo asunto, el cumplimiento de dichas medidas; j) la adhesión a códigos de conducta en virtud del artículo 40 o a mecanismos de certificación aprobados con arreglo al artículo 42, y k) cualquier otro factor agravante o atenuante aplicable a las circunstancias del caso, como los beneficios financieros obtenidos o las pérdidas evitadas, directa o indirectamente, a través de la infracción.

responsable del tratamiento y gestión de los datos personales de personas trabajadoras en la relación laboral.

CAPÍTULO III

EL CONTROL DIARIO DE LA JORNADA LABORAL: PROTECCIÓN DE DATOS VS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. La evolución de la obligatoriedad del registro de la jornada en el ET.

Anteriormente ya se ha dejado de manifiesto que la ordenación de la jornada y los tiempos de trabajo han sufrido alteraciones por las transformaciones de la sociedad industrial. En este proceso de transformación, la OIT fijó entre sus prioridades garantizar el respeto de los derechos de descanso y duración máxima de la jornada laboral de las personas trabajadoras en las fábricas. Efectivamente, desde finales del siglo XIX, la OIT ha fijado entre sus objetivos de trabajo reducir las horas de trabajo y, concretamente, la rebaja a ocho horas la jornada laboral diaria. Un logro auspiciado por la labor sindical en la implacable tarea de alcanzar el bienestar (seguridad y salud) de las personas trabajadoras.

Por consiguiente, ha conseguido disminuir las altas cargas horarias de las primitivas épocas industriales que alcanzaban la escandalosa cifra de 14 a 16 horas diarias, a estabilizar la duración a 10 horas diarias; así fue aplicada de forma generalizada en Europa en los inicios de la Primera Guerra Mundial¹²⁵². La culminación de este proceso tuvo lugar con el Convenio sobre las horas de trabajo (industria) núm.1 en 1919. El art. 3 del presente convenio determinó que “la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana”, aunque con algunas excepciones¹²⁵³. Este límite sería rebajado en un momento posterior a las 40 horas

¹²⁵² Informe III (Parte 1B) Estudio general de las memorias relativas al Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1) y al Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930 (núm. 30). Conferencia Internacional del Trabajo 93ª, reunión, 2005, p. 2.

¹²⁵³ (a) las disposiciones del presente Convenio no son aplicables a las personas que ocupen un puesto de inspección o de dirección o un puesto de confianza; (b) cuando, en virtud de una ley, de la costumbre o de convenios entre las organizaciones patronales y obreras (a falta de dichas organizaciones, entre los representantes de los patronos y de los obreros) la duración del trabajo de uno o varios días de la semana sea inferior a ocho horas, una disposición de la autoridad competente, o un convenio entre las organizaciones o representantes supradichos, podrá autorizar que se sobrepase el límite de ocho horas en los restantes días de la semana. El exceso del tiempo previsto en el presente apartado nunca podrá ser mayor de una hora diaria; (c) cuando los trabajos se efectúen por equipos, la duración del trabajo podrá sobrepasar de ocho horas al día, y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un período de tres semanas, o un período más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana.

en el Convenio núm. 47¹²⁵⁴ como medida paliativa de las condiciones de vida de las personas trabajadoras.

Aunque, sin lugar a duda, la medida estandarte del Convenio núm. 1 es la limitación de la jornada en unos términos considerables, no se debe perder de vista por el interés de la materia que se trata en este apartado, su artículo 8 en el que se hace referencia de forma específica al registro de la jornada de trabajo. Así pues, y con el objetivo de facilitar que las empresas cumplan las disposiciones de este convenio, se recomienda:

“a) dar a conocer, por medio de carteles colocados en un sitio visible de su establecimiento u otro lugar conveniente, o en cualquier otra forma aprobada por el gobierno, las horas en que comience y termine el trabajo, y si el trabajo se realiza por equipos, las horas en que comience y termine el trabajo de cada equipo. Las horas se fijarán de manera que no excedan de los límites señalados en el presente Convenio y, una vez notificadas, no podrán modificarse sino en el modo y con el aviso aprobados por el gobierno;

b) dar a conocer, en la misma forma, los descansos concedidos durante la jornada de trabajo que no se consideren comprendidos en las horas de trabajo;

c) inscribir en un registro, en la forma aprobada por la legislación de cada país o por un reglamento de la autoridad competente, todas las horas extraordinarias efectuadas de acuerdo con los artículos 3 y 6 del presente Convenio”.

Como se ha podido comprobar, ya por entonces en 1919 existía un compromiso de claridad y accesibilidad en cuanto al conocimiento las personas trabajadoras de la duración máxima de la jornada laboral. De su lectura se pueden llegar a las siguientes conclusiones: en primer lugar, se constata y de forma acertada, el carácter transparente de la norma en cuanto a facilitar el acceso a la persona trabajadora a la información sobre la duración de su jornada. En segundo lugar, la perseverancia en cuanto a la fiabilidad e invariabilidad de los datos aportados a la autoridad gubernativa. Y, en tercer lugar, la configuración de un registro donde se cumplimenten las horas extraordinarias. Por tales motivos es por lo que se puede datar como la primera aparición legislativa con ámbito internacional que fija la obligatoriedad del registro de jornada y, que pese a ser limitada

¹²⁵⁴ Adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1935 en la 19ª reunión. Entró en vigor el 23 de junio de 1957. España no ha ratificado el Convenio. *Vid.*, en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C047:NO

a las horas extraordinarias, irá evolucionando como se comprobará en siguientes epígrafes.

Años más tarde y después de haber aprobado varias proposiciones relativas a la duración del trabajo, la OIT publicó la Recomendación n° 116 sobre reducción de las horas de trabajo¹²⁵⁵. Entre sus medidas, en el apartado F “Medidas de control”, como objetivo finalista de la norma reducir de forma progresiva la duración del trabajo recomienda instaurar obligaciones al empleador. Por ejemplo, poner en conocimiento de la persona trabajadora de “las horas en que comience el trabajo, si el trabajo se efectúa por turnos, las horas en que comience y termine cada turno, los períodos de descanso que no estén comprendidos en las horas normales de trabajo así como los días de trabajo de la semana”. Se reafirma una vez más, en obligar al empresario en la adopción de un registro en el que se documenten no sólo las horas extraordinarias sino además “las horas de trabajo, los salarios, y a presentar a la inspección dicho registro siempre que se le solicite”.

Por lo tanto, se confirma el empeño de la autoridad laboral en su labor de garantizar tanto el respeto de las franjas horarias máximas de trabajo pactadas como de descanso mínimo de las personas trabajadoras. Y, así, dejando constancia de su cumplimiento a través de la prueba documental depositada en los registros posibilitando la accesibilidad a las autoridades de inspección en su la labor de vigilancia y control a estos datos.

Trasladando el estudio a nuestro ordenamiento jurídico, se pretende comenzar con el análisis de las principales transformaciones que ha sufrido el ET en cuanto a la obligación de registrar la jornada. Por ello, se llevará a cabo un estudio de la evolución legislativa que ponga de manifiesto los cambios operados en la obligación de registrar la jornada de trabajo y las particularidades en su aplicación.

Lógicamente es preciso comenzar por un orden cronológico para favorecer una visión en conjunto que permita llevar a cabo una correcta comparación legislativa. Por ello, se comienza con el primer Estatuto de los Trabajadores que fue aprobado por la Ley 8/1980 10 de marzo de 1980. Con su aprobación se instauró la legislación laboral aplicable a las personas trabajadoras por cuenta ajena que prestasen de forma voluntaria

¹²⁵⁵ Adoptado en Ginebra el 26 de junio de 1962 en la 46ª sesión. *Vid.*, en https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LAN G_CODE:312454,es:NO

sus servicios dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica. La ubicación sistemática de la jornada de trabajo encontraba acomodo en la Sección Quinta denominada “tiempo de trabajo” del Capítulo II “Contenido del Contrato de Trabajo”. Concretamente en el art. 35.5, se configuró la primera referencia legislativa al registro horario quedando limitada justamente a las horas extraordinarias. Del tenor literal del artículo, se podía comprobar que el registro atendía exclusivamente a la realización de horas extraordinarias, registrándolas día a día en el caso de realizarse con la obligación aparejada de entregar una copia del resumen semanal a las personas trabajadoras y, poco o nada se dice respecto al medio utilizado por el que el empresario para llevar a cabo el registro. Ello puede significar que, por entonces, se permitiría cualquier medio que dejase constancia de la propia realización de las horas extraordinarias y su cómputo.

Un cambio particularmente significativo se realizó en la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que alteró la redacción originaria en el ET del art. 35.5. De la propia exposición de motivos de la norma puede cerciorarse una preocupación por la necesidad de regular la ordenación de los tiempos de trabajo, bien por la estrecha vinculación con el disfrute de derechos fundamentales de las personas trabajadoras (seguridad y salud, descanso, conciliación) como de la empresa (respecto al alcance de la productividad y optimización de recursos). Es por ello por lo que este nuevo texto reordenó “las reglas de juego” en relación con la regulación de los límites de la jornada y la garantía de su cumplimiento.

De forma positiva, se transformó el art. 35.5 ET con una redacción generalista lejos de la rigidez y el rigor con el que fue configurado en origen. Así, se abandonó la percepción del registro obligatorio único y exclusivo en caso de realizar horas extraordinarias. Por tales motivos, se estimó que “a efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente”. Desde luego, constituye una medida totalmente acertada para conseguir el objetivo propuesto por el legislador en la exposición de motivos y, de hecho, la trascendencia de esta reforma fue debido a que se instauró por primera vez la creación de un registro diario de las personas trabajadoras a efectos del cómputo de las horas extraordinarias, tornándose la finalidad para la que inicialmente fue instaurado.

El cambio fue bastante significativo ya que si en un primer momento el registro operaba únicamente como medio de contabilización de las horas extraordinarias, ahora

cumplía una doble finalidad; garantizar el cumplimiento estricto de los límites de la jornada laboral y, además, computar los periodos extraordinarios a efectos de compensar a las personas trabajadoras por la extralimitación horaria. En otras palabras, el registro pasó a ser el medio indispensable de control de la duración de la jornada diaria propiamente dicha otorgando mayor seguridad jurídica a las personas trabajadoras.

Fuera del contenido del ET también se aprobaron normativas relativas a la determinación sobre jornadas especiales de trabajo en determinados sectores que reflejaron la implantación del registro horario. Por ejemplo, el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre sobre jornadas especiales de trabajo. En un momento posterior, el art. 10 fue modificado a través del Real Decreto 902/2007, de 6 de julio que introdujo un nuevo art. 10bis. En esencia, su aprobación vino a cumplir una labor de transposición plena a nuestro ordenamiento jurídico de normativa europea específica sobre el sector. Concretamente las disposiciones establecidas en el Reglamento (CE) número 561/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) n.º 3821/85/CEE y (CE) n.º 2135/98/CE del Consejo y se deroga el Reglamento 3820/85/CEE del Consejo, así como en la Directiva 2002/15/CE, de 11 de marzo, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera.

El RD-L 902/2007 introdujo en el quinto apartado del art. 10bis lo siguiente respecto a la obligatoriedad del registro de jornada: “el empresario será responsable de llevar un registro del tiempo de trabajo de los trabajadores móviles. Este registro se conservará, al menos, durante tres años después de que finalice el período considerado. El empresario estará obligado a facilitar a los trabajadores móviles que así lo soliciten una copia del registro de las horas trabajadas”.

Por otro lado, volviendo al RD 1561/1995, también sufriría modificaciones por la trasposición de la normativa europea a nuestro ordenamiento jurídico por el trabajo en la marina mercante. Entonces, sería el Real Decreto 285/2002, de 22 de marzo, por el que se modificó el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, en lo relativo al trabajo en la mar quien introduce el art. 18 bis.

En sus apartados segundo y tercero se haría referencia expresa al registro diario: “2. deberán llevarse a bordo registros individuales para cada trabajador de las horas diarias de trabajo o de las horas diarias de descanso, en los que figuren los datos

contenidos en el modelo que se incluye en el anexo II del presente Real Decreto, redactados en el idioma común de trabajo a bordo y en inglés. Los modelos de registros le serán facilitados al trabajador por el capitán o por una persona autorizada por éste.

Los registros serán cumplimentados diariamente por el trabajador y firmados semanalmente por el capitán, o por una persona autorizada por éste, y por el propio trabajador, a quien se entregará mensualmente una copia de su registro.

Los registros estarán sujetos a las funciones de vigilancia y exigencia del cumplimiento de la legislación laboral que corresponden a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

3. El naviero deberá conservar a disposición de la autoridad laboral el cuadro y los registros de los tres últimos años.”

Al mismo tiempo, y en este caso a diferencia de la normativa citada anteriormente, en esta norma se introdujo en el ANEXO II del RD 285/2002 un modelo con estructura de planilla semanal diaria en el que deben registrarse la jornada laboral diaria y los descansos de cada persona trabajadora. En definitiva, puede aseverarse que el foco de atención se trasladó hacia las personas trabajadoras puesto que se les atribuyó la obligación del registrar su jornada laboral, atribuyéndole la responsabilidad de cumplimentarla y respetarla. Por otro lado, respecto al empresario, se le asignó la obligación de conservar los registros horarios y facilitar copia de estos a las personas trabajadoras en beneficio de la transparencia en las relaciones laborales. Esta medida, por tanto, constituye una prueba documental que permite dejar constancia del respeto o incumplimiento de las normas sobre duración máxima de la jornada, facilitando que las autoridades de inspección accedan a los datos obtenidos en el registro en su labor inspectora y de vigilancia recabando información para el caso de que fuera necesario imponer las sanciones oportunas.

Lo mismo sucede en el caso de los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el transporte ferroviario. El RD 1561/1995 sufriría una nueva modificación por el Real Decreto 1579/2008, de 26 de septiembre. El objeto de la norma consistía en la trasposición de la Directiva 2005/47/CE del Consejo, de 18 de julio de 2005, relativa al acuerdo entre la Comunidad de Ferrocarriles Europeos (CER) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF) sobre determinados aspectos de las condiciones de trabajo de los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el sector ferroviario. Así pues, se añadió la disposición adicional séptima, que dispone en su apartado noveno que “toda empresa

ferroviaria que realice servicios de interoperabilidad transfronteriza deberá disponer de un registro en el que se recojan las horas diarias de trabajo y de descanso de los trabajadores móviles con el fin de asegurar el cumplimiento de esta disposición. La empresa deberá conservar este registro, al menos, durante tres años y lo tendrá a disposición de los trabajadores y de la autoridad laboral así como los elementos que justifiquen las horas reales de trabajo”. Vuelve a una redacción simple y ambigua del contenido del registro horario ya que nada se dice al respecto del modelo que se utilizaría, no obstante, se reitera la obligación de conservación de los datos contenidos en el registro horario y su puesta a disposición de los interesados, personas trabajadoras y autoridad laboral cuando se pretenda comprobar la veracidad de los datos cumplimentados.

A propósito, la única referencia a la que tradicionalmente se ha admitido la obligatoriedad del registro de la jornada laboral diaria es a una modalidad contractual concreta, el trabajo a tiempo parcial. En la redacción originaria del ET no se establecía ninguna referencia expresa de llevanza de ningún tipo de registro y tampoco se previó nada en las normas que se adoptaron para priorizar la modalidad del contrato a tiempo parcial. Por ejemplo, el Real Decreto Ley 18/1993, de 3 de diciembre, de medidas urgentes de fomento de la ocupación y reiterada en la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación como medida de recuperación del empleo ante la gravedad de la situación económica de por aquél entonces.

La adecuada protección de las personas trabajadoras a tiempo parcial llegaría de la mano del Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de las personas trabajadoras. Entre las medidas que adoptó este RD-L descartó la posibilidad contenida en el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, (antiguo ET) de realizar horas extraordinarias en los contratos a jornada parcial, por lo que solo sería posible efectuar horas complementarias. Y estableció, definitivamente, la obligatoriedad del registro de la jornada laboral de las personas trabajadoras a tiempo parcial. Por lo tanto, con esta reforma se desligó la obligación del registro con las horas extraordinarias adoptando por primera vez un registro de jornada de forma específica para una modalidad contractual.

Posteriormente, con la aprobación del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en vigor, no se ejecutó ninguna reformulación del registro de jornada consumado en el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo que le antecede. Por el contrario de lo que sucede en el caso del contrato a jornada parcial, se perdió la oportunidad de adoptarlo

con carácter general al resto de modalidades contractuales. El art. 35.5 quedó totalmente inamovible y con la rigidez que gozaba por entonces. Por consiguiente “a efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente”. De este modo, se vuelve a ligar el registro de jornada exclusivamente con las horas extraordinarias y, en consecuencia, surgió una estrecha relación que daría lugar a numerosas interpretaciones tanto por la doctrina iuslaboralista como por la jurisprudencia nacional y comunitaria como se abordará a continuación en los siguientes epígrafes.

En efecto y como se ha podido comprobar, los cambios legislativos operados en la regulación del registro de la jornada de trabajo dieron lugar a un debate candente que generó continuos vaivenes jurisprudenciales. La cuestión central fue la interpretación del art. 35.5 ET puesto que generó un conflicto en la jurisprudencia que, en resumen, se limitó a lo siguiente: conformarse con la obligación de registrar la jornada exclusivamente como medio de control de las horas extraordinarias o como obligación de registrar la jornada diaria cuya finalidad es comprobar si efectivamente se están realizando horas extraordinarias. Para ello, el estudio se centrará en los pronunciamientos enfrentados de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo sobre este tema, que derivaron en una respuesta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea zanjando la problemática interpretativa.

2. El tratamiento de la obligatoriedad del registro de jornada en la jurisprudencia nacional y comunitaria.

Como se ha puesto de manifiesto, el tratamiento de la problemática generada en torno a la interpretación del art. 35.5 será llevada a cabo de forma cronológica. Por consiguiente, en primer lugar será examinado el pronunciamiento de la Audiencia Nacional en su sentencia de 4 de diciembre de 2015¹²⁵⁶. La AN resuelve un procedimiento instado por los sindicatos a razón de la imposibilidad de verificar el cumplimiento de la jornada laboral por la inexistencia de un registro de jornada diaria¹²⁵⁷. Los demandantes,

¹²⁵⁶ N° recurso 301/2015, Id Cendoj: 28079240012015100204. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/a4441770aaceeea550e5b43c6a9bdfc54b95333efcebfa9>

¹²⁵⁷ En el mismo sentido resuelve el Caso Sabadell, instando a la entidad bancaria a implantar un registro de la jornada diaria efectiva. N° recurso 59/2016, Id Cendoj: 28079240012016100071. Disponible en

una agrupación de sindicatos representativos, plantearon una demanda de conflicto colectivo contra la empresa BANKIA, S.A.¹²⁵⁸. Entre sus pretensiones: primero, el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, tanto en el convenio sectorial como en los pactos de empresa que sean de aplicación, y segundo, que se procediera a dar traslado, a la RLT la información sobre las horas extraordinarias realizadas, en cómputo mensual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores y en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1561/1995 y en el artículo 32.5 del Convenio Sectorial de Ahorro.

Por otro lado, desde la parte de Bankia, se alegó que ya en fechas anteriores (señala el 26-11-2012) se firmó un acuerdo con la RLT fijando múltiples horarios, permitiendo esta posibilidad, es decir, la flexibilidad de la jornada anual para determinados colectivos y, horarios específicos, para otros que desarrollan una parte significativa de la actividad fuera de los locales de la empresa. Admite además, que pese a que el art. 20.3 ET le faculta potestativamente a adoptar un sistema de control de jornada, no existía en la empresa un régimen de registro de jornada. Sin embargo, ello no obsta para que las personas trabajadoras cumplan con su obligación de fichar en la intranet de la empresa cualquier incidencia que impida desarrollar su jornada. Y es que, como alegó Bankia, la empresa apostaba por la presunción de cumplimiento de la jornada puesto que en la normativa laboral no existía obligación legal o convencional de establecer un sistema de control horario. Cabe añadir, que la única posibilidad era que las personas trabajadoras realizasen horas extraordinarias, lo que no le eximiría a la empresa del cumplimiento del RD 1561/1991, pero dicha circunstancia no se produjo.

En la valoración de los hechos alegados, la AN planteó que para su resolución se debía despejar la incógnita jurídica respecto a si el “presupuesto constitutivo, para el

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/a4441770aaceeea5ddaedeee435516729ab61d857ffd5dca> Y en el caso Abanca. N° recurso 383/2015, Id Cendoj: 28079240012016100023. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/a4441770aaceeea5ddaedeee43551672ddebefd48aa2f1d2>

¹²⁵⁸ *Vid.*, un análisis sobre esta línea jurisprudencial en GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C. (2017). “Registro de la jornada diaria en la jurisprudencia actual”, *Revista Aranzadi digital*, n° 1, pp. 1-7. (BIB 2017\2238), TRUJILLO PONS, F. (2016). “La relevante sentencia de la Audiencia Nacional (núm. 207/2015) por la que se exige el establecimiento de un sistema de registro de la jornada diaria efectiva con objeto de comprobar el cumplimiento de los horarios pactados con los trabajadores. SAN 4 Diciembre 2015 (AS 2016, 97)”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, n° 187, pp. 277-283, MOLL NOGUERA, R. (2016). “Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2015, núm. 207/2015, ponente D. Ricardo Bodas Martín, sobre la obligatoriedad del registro de jornada del art. 35.5 ET”, *Revista de Información Laboral*, n°. 3, pp. 111-116.

control efectivo de las horas extraordinarias, es la existencia previa del registro diario de jornada, regulado en el art. 35.5 ET, o si dicho registro será únicamente exigible cuando se realicen horas extraordinarias”¹²⁵⁹. En este sentido, la previsión contenida en el art. 35.5 ET “tiene por objeto procurar al trabajador un medio de prueba documental, que facilite la acreditación, de otra parte siempre difícil, de la realización de horas extraordinarias, cuya probanza le incumbe. De este medio obligacional de patentización de las horas extraordinarias deriva que sea el trabajador el primer y principal destinatario de la obligación empresarial de elaborar a efectos del cómputo de horas extraordinarias la jornada de cada trabajador (...) entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente”¹²⁶⁰.

De la lectura anterior, se entiende que el resumen de datos entregado a la persona trabajadora facilitándole un medio de prueba documental incluye el cómputo de horas de su jornada diaria y no el número de horas extraordinarias diarias y, por tales motivos, es por lo que el legislador ha dotado como control efectivo de las horas extraordinarias¹²⁶¹ un instrumento idóneo, el registro de la jornada diaria¹²⁶², ya que solo registrar la jornada

¹²⁵⁹ Sobre esta tesis se posiciona la STSJ de Cataluña de 24 de octubre de 2002, sosteniendo que: "señala el precepto en cuestión que a efectos del cómputo de horas extraordinarias la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente. Dicho precepto no se refiere a la jornada de trabajo, que viene regulada en el artículo anterior, sino las horas extraordinarias y si bien su redacción actual, llevada a cabo por la Ley 11/94 difiere de la anterior en la que se decía que "la realización de horas extraordinarias se registrará día a día y se totalizarán semanalmente", ello no significa que la jornada de cualquier trabajador deba registrarse día a día, con independencia de que realice o no horas extraordinarias y que necesariamente deba entregarse copia del resumen en la nómina correspondiente, pues tal registro y resumen no tienen sentido cuando no se efectúan horas extraordinarias, excediendo la interpretación que pretende el Comité de Empresa de los propios términos del artículo 35.5 con la imposición a la empresa de una obligación de carácter general que el precepto no recoge. En consecuencia dicha interpretación no puede prosperar y debe ser rechazada". N° recurso de suplicación 5241/2002, Id Cendoj: 08019340012002108495. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b7e0f51dee2f7643/20031025>

¹²⁶⁰ N° recurso de casación 63/2003, Id Cendoj: 28079140012003100775. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c6b35d9457cd5dd8/20040527>. N° recurso de casación 147/2005, Id Cendoj: 28079140012006100332. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/978bb4309be48477/20060601>

¹²⁶¹ TRILLO PÁRRAGA, F.J. (2008). *Régimen jurídico de las horas extraordinarias*, Albacete, Editorial Bomarzo, p. 68.

¹²⁶² Este criterio ya fue empleado por la STSJ de Andalucía de 25 de septiembre de 2002 declarando que “Nada más lejos de la realidad; lo que impone el artículo 35.5 del Estatuto a la empresa es el deber de llevar en todo caso un registro diario de la jornada que realice el trabajador totalizándose la misma generalmente con carácter mensual, o, si se quiere, como expone la ley, en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente. Que finalmente esa obligación se dirige a facilitar el control del cómputo de las horas extraordinarias que puedan realizarse es innegable, pero no lo es menos que para que eso pueda ocurrir se hace preciso el control diario de la jornada

diaria para hacer constar las horas extraordinarias podría acarrear efectos negativos en su contenido¹²⁶³. Si por horas extraordinarias comúnmente están denominadas aquellas jornadas horarias realizadas fuera de la jornada ordinaria, ello implicaría la imposibilidad de control de estas y así lo refieren las actas de inspección de trabajo de las delegaciones de Sevilla y Granada que en varias ocasiones instaron a la entidad (Bankia) la necesidad de implantar un registro diario individual de jornada, por cuanto es evidente, que ante su inexistencia es prácticamente imposible constatar si se producen o no prolongaciones de la jornada de trabajo ordinaria.

El Tribunal dejó a un lado el planteamiento de Bankia de la permisividad en cuanto al control diario, ya que la cultura flexible que presumía la entidad exigía aun más si cabe su registro diario por la complejidad que conllevaba esta política corporativa, es decir, de verificar la duración máxima de la jornada con independencia de que el trabajador realizase su jornada total o parcialmente de forma presencial en la sede de la empresa. Ello evidenciaba que no registrar el horario supondría que no pudiera probarse por la persona trabajadora la posibilidad de sobrepasar habitualmente el límite de la jornada diaria. Así pues, sería más que oportuno, en un ejercicio de transparencia y de modernización de las relaciones laborales instrumentar el registro horario como herramienta necesaria para este tipo de situaciones.

Por tanto, el art. 35.5 ET obliga a la empresa a informar, *ex art.* 64.7 ET y disposición adicional 3ª del RD 1561/1995, a los representantes de las personas

que ha de hacerse en todos los casos.” N° recurso contencioso administrativo 133/1998, Id Cendoj: 41091330012002100023. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5d4a33e2a5c4bd24/20030421>. También una vez más el TSJ de Andalucía en la sentencia de 6 de noviembre de 2006 argumenta lo siguiente “el hecho de que el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores establezca que a efectos del cómputo de horas extraordinarias (...) no se puede concluir que solamente cuando éstas existan haya que hacer constar, las ordinarias y ello porque según la tesis de la parte nunca podían computarse aquellas toda vez que para determinar su existencia es obvio que es preciso computar las horas ordinarias; y por otro porque siendo la finalidad de la norma el que los trabajadores puedan conocer la totalidad de las horas trabajadas a fin de poder determinar si el cómputo total así como el concepto aplicado, ordinarias y extraordinarias, es ajustado a la realidad del trabajo realizado así como a los límites legales, entender que dicha inobservancia normativa se encuentra justificada por la imposibilidad de computar las horas visto el tiempo de trabajo que se desarrolla -trabajo a tarea fuera de las dependencias de la empresa- no es razón suficiente que pueda justificar la omisión pues por un lado y aún cuando el trabajo es a tarea, al constar que tanto en su inicio como su final se establece un horario -en las siete horas hasta las 19 o 20 horas de lunes a viernes- no se puede afirmar ni sostener dicha imposibilidad de control”. N° recurso contencioso administrativo 2046/2001, Id Cendoj: 29067330012006102865. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9463db7902eeac91/20070704>

¹²⁶³ MOLL NOGUERA, R (2016). “Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2015, núm. 207/2015, ponente D. Ricardo Bodas Martín, sobre la obligatoriedad del registro de jornada del art. 35.5 ET”, *ob. cit.*, p. 114.

trabajadoras de forma mensual el número de horas extraordinarias realizadas por las personas trabajadoras. En consecuencia, la AN desestimó la demanda de Bankia, quien estimó que el presupuesto de hecho de esta obligación derivaba precisamente en que de no existir un registro de jornada diaria dicha comunicación no podría efectuarse¹²⁶⁴ y, pese a ello, le instó a cumplir con la notificación mensual de la información requerida por el art. 35.5 ET por el deber que impera también en el art. 3.1 ET.

Como consecuencia directa en la resolución de este conflicto colectivo, se dictó posteriormente por la Inspección de Trabajo una circular por la que se fijó el modo de actuar en los controles de tiempo de trabajo y horas extraordinarias. La Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social (en adelante, ITSS) a través de la Instrucción 3/2016¹²⁶⁵ pretendió intensificar el control de la realización de las jornadas extraordinarias siguiendo el criterio fijado por la AN¹²⁶⁶. El contenido de este documento de trabajo interno mostraba la preocupación sobre la relajación o abrogación de las normas sobre jornada máxima y horas extraordinarias¹²⁶⁷. Máxime cuando es la propia flexibilidad horaria la que por la propia indefinición de los periodos temporales en los que se ejecuta la prestación laboral justifica la adopción de su registro y, es por ello por lo que centra la vigilancia y control de las reglas y límites de jornada máxima y horas extraordinarias en aquellos sectores en los que se constata un mayor volumen de estas. Así, y apoyándose en la Encuesta de Población Activa (en adelante, EPA) se corresponde con los sectores de: Banca, industria manufacturera, comercio al por mayor y al por menor, reparación de vehículos de motor y motocicletas y actividades sanitarias y servicios sociales. Curiosamente, no se encuentra en entre las actividades sujetas a revisión la hostelería, sector que aglutina un gran número de puestos de trabajo y que actúa como motor económico de nuestro país.

¹²⁶⁴ DE LA FUENTE LAVÍN, M (2002). *El régimen jurídico de las horas extraordinarias*, Granada, Editorial Comares, p. 197.

¹²⁶⁵ Instrucción 3/2016 sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias. Recuperado de <https://www.cnae.com/ficheros/files/noticias/Inspecciones-trabajo.pdf>

¹²⁶⁶ *Vid.*, en ROJO TORRECILLA, E., (28 de agosto de 2016). “Sobre el control de la jornada de trabajo y de las horas extras. A propósito de la Instrucción 3/2016 de la ITSS: recordatorio de la doctrina sentada por la AN en los casos Bankia, Abanca y Sabadell”, disponible en http://www.eduardorjotorrecilla.es/2016/08/sobre-el-control-de-la-jornada-de_28.html

¹²⁶⁷ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. MERCADER UGUINA, J.R. (2016). “El registro de la jornada ordinaria de trabajo: pronunciamientos judiciales y criterios de actuación de la Inspección de Trabajo”, *Revista de Información Laboral*, nº 8, p. 4 y ss.

El propio texto señaló que el sector servicios, en concreto la hostelería, ya ha sido objeto de otros múltiples controles en campañas anteriores. Del mismo modo y de forma evidente, incidió en la necesidad de cercar el proceso de fiscalización horaria en las empresas de menos de 50 trabajadores ya que constituyen en un alto porcentaje el tejido productivo de nuestro país.

Volviendo a lo relevante de esta cuestión, en aras de fijar una planificación de la ordenación de la actividad el objetivo por la ITSS era, precisamente, el control de las horas extraordinarias, con especial hincapié en verificar la llevanza del registro de jornada y cumplir con el derecho de información a los representantes de los trabajadores. Se constata, por tanto, que entre los criterios de actuación se integró la interpretación de la AN al respecto. En consecuencia, se debía comprobar que se llevaba a cabo el registro de la jornada diaria incluyendo el concepto de entrada y salida de cada persona trabajadora individualmente considerada.

Posteriormente, y fruto del desacuerdo manifestado por Bankia con el sentir del fallo de la AN, se pronunció al respecto la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en Pleno. En la STS 246/2017, de 23 de marzo¹²⁶⁸, se desmarcó del criterio fijado por la AN cambiando el rumbo interpretativo a favor de la seguridad jurídica¹²⁶⁹. El único motivo de recurso por parte de Bankia era la infracción del art. 35.5. en relación con el art. 20.3 ET y la Disposición Adicional Tercera del RD 15/61/1995. Manifestó una vez más que se le estaban imponiendo obligaciones *lato sensu* de lo dispuesto en el art. 35 ET.

El TS adentrándose en el esclarecimiento de la obligatoriedad general o limitada estrictamente a las horas extraordinarias¹²⁷⁰, encontró apoyo en la doctrina de la sala de lo Social. La interpretación en la que se basó el TS se adelantó tiempo atrás en la sentencia

¹²⁶⁸ Nº recurso de casación 81/2016, Id Cendoj: 28079149912017100013. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9f4dd9b5c5c277a1/20170411>

¹²⁶⁹ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C. (2017). “Registro de la jornada diaria en la jurisprudencia actual”, *ob. cit.* pp. 8-11. (BIB 2017\2238)

¹²⁷⁰ *Vid.*, sobre la interpretación generalista del art. 35.5 ET en SANTOS LÓPEZ, V. (2016). “Control del tiempo de trabajo. Tratamiento en la Negociación Colectiva. Jurisprudencia de los tribunales españoles y de la UE. Aplicación en la empresa”, *XXIX Jornadas de Estudio Sobre Negociación Colectiva de la CCNCC*, p. 17. MOLL NOGUERA, R. (2017). “El Tribunal Supremo zanja la polémica: la no obligatoriedad del registro de jornada. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo núm. 246/2017 de 23 de marzo de 2017”, *Revista de Información Laboral*, nº 5, p. 3 y ss. (BIB 2017\11177). BAAMONDE MÉNDEZ, J.Mª. (2017). “La STS 246/2017 de 23 de marzo, o cómo el Tribunal Supremo anula de un plumazo la jurisprudencia de la audiencia nacional sobre el control de la jornada laboral y las horas extraordinarias”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, Vol. 21, pp. 1-26.

de 11 de diciembre de 2003¹²⁷¹, que concluyó al respecto que “la obligación empresarial de cumplir lo estrictamente ordenado en la disposición adicional 3ª del RD 1561/1995, de 21 de septiembre, en el sentido de ser informados mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas (...) recibiendo a tal efecto copia de los resúmenes a que se refiere el apartado 5 del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores, lo que supone que la comunicación habrá de realizarse en los supuestos de realización de horas extraordinarias”.

De esta interpretación, el TS dejaba claro que el art. 35.5 ET solo y exclusivamente se refería en términos de informar mensualmente a los representantes de los trabajadores el número de horas extras por cada persona trabajadora individualmente considerada en caso de haberse efectuado. Ello sugiere que, lejos de realizar una lectura generalista del concepto abocaba, como entiende SEMPERE NAVARRO, a una “interpretación literal, sistemática y topográfica del art. 35.5 ET”¹²⁷². Es por esto por lo que, el TS apoyado en su sentencia de 11 de febrero de 2003 estimó que las empresas no estaban obligadas a realizar un registro de la jornada ordinaria¹²⁷³. Sin embargo, sí para el caso de realizar horas extraordinarias, y en estos casos, debería registrarse día a día, lo que implicaba desvirtuar, en detrimento de las personas trabajadoras, la vigilancia y control por la inspección de trabajo en materia de cumplimiento de horarios pactados. Y, en suma, pese a que la posibilidad de que el empresario pudiera adoptar las medidas de vigilancia y control que estimase oportunas *ex art. 20.3 ET* para verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales de las personas trabajadoras.

El TS expresó su posicionamiento justificando que se encontraba en equilibrio con la normativa comunitaria, concretamente, tras haber examinado el art. 6 de la

¹²⁷¹ N° recurso 63/2003, Id Cendoj: 28079140012003100775. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c6b35d9457cd5dd8/20040527>

¹²⁷² SEMPERE NAVARRO, A. V. (2017). “El registro empresarial de la jornada efectiva”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, p. 11. (BIB 2017\2115) Por el contrario, PRECIADO DOMÈNECH no sale de su asombro al señalar que el TS “hace oídos sordos al sonoro argumento de que la Directiva 2003/88 tiene por finalidad establecer las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo”, continuando “por tanto, de forma absolutamente injustificada, la interpretación teleológica, ha sustraído a la norma interpretada (art. 35.5 ET) de uno de sus marcos finalísticos naturales: el de la prevención de riesgos laborales, en PRECIADO DOMÈNECH, C.H. (2017). “El registro de la jornada ordinaria en la nueva doctrina del TS. Comentario a la STS 23 de marzo de 2017 (RCUD 81/2016)”, *Revista de Información Laboral*, nº 7, pp. 7-9. (BIB 2017\12614)

¹²⁷³ CUCARELLA, M. (2017). “Revocada la sentencia que imponía a las empresas la obligación de contar con un registro de la jornada diaria de su plantilla”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 929, p. 1. (BIB 2018\11810)

Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, que establecía la necesidad de limitar la duración de la jornada máxima por medio de disposiciones legales, reglamentarias o convenios colectivos en el límite de 48 horas semanales. Por otra parte y en el mismo texto legislativo, el art. 18 permitía inaplicar el límite máximo de la jornada siempre y cuando se contase: a) con el consentimiento del trabajador, b) se informase a la autoridad competente y, específicamente, c) el empresario llevase los registros actualizados de los trabajadores que accedan a extender su jornada más allá del límite legal. De manera semejante, del tenor literal del artículo se deriva única y exclusivamente el registro de la jornada para aquellas personas trabajadoras a las que no se les aplicase el art. 6 de esta norma.

La única referencia comunitaria de obligatoriedad en cuanto al registro de la jornada de trabajo diario se encontraba referida a supuestos especiales, en concreto, en el artículo 12 de la Directiva 2014/112/UE, sobre el transporte de navegación, la Directiva 2000/79, CE, sobre navegación aérea, la Directiva 1999/63, CE, sobre el trabajo en el mar, la Directiva 2002/15, CE, sobre el transporte en carretera y otras disposiciones similares sobre jornadas especiales que han sido traspuestas a nuestras disposiciones legales y reglamentarias. De donde se infiere que, según el parecer del TS, la normativa española al igual que la norma comunitaria, solo preveía la obligatoriedad del registro horario diario en jornadas especiales pero no en aquellas “ordinarias cuando no se sobrepase la jornada máxima”.

Una de las razones por las que el TS se aferró en su posicionamiento fue la imposibilidad de realizar una interpretación extensiva del art. 35.5 ET¹²⁷⁴. La limitación se encontraba en el propio art. 20.3 ET, que alberga el principio constitucionalista de libertad de empresa *ex* art. 38 CE. En suma con este hecho, la falta de llevanza o incluso su llevanza de forma incorrecta no se encuentra tipificada en el RD-L 5/2000, de 4 de agosto, sobre infracciones y Sanciones en el Orden Social. Y, de hecho, ante tales circunstancias no se generaba indefensión a las personas trabajadoras a la hora de probar

¹²⁷⁴ *Vid.*, en profundidad la variedad de criterios de los magistrados en los votos particulares. En resumen: a) el sentir mayoritario de los magistrados y que así se traduce en el fallo de la sentencia es que el art. 35.5 ET. b) El voto particular primero de la Magistrada Excmo. Sra. D^a M^a Lourdes Arastey Sahún sostiene que el art. 35.5. constituye una obligación de referencia. c) El voto particular segundo del Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro manifiesta que el art. 35.5 ET no impone la obligación de referencia tal como expresa la Magistrada Lourdes Arastey, pero sí deriva la misma de otros preceptos. d) El voto particular del Magistrado Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Juliá plantea que la obligación de registro no deriva exclusivamente del art. 35 ET sino también de otros preceptos que conducen a entender esta apreciación, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (2017). “El registro empresarial de la jornada efectiva”, *ob. cit.*

la realización o no de las horas extraordinarias puesto que, a su favor, a tenor del art. 217.6 de la LEC, podría actuar como arma procesal en contra del empresario¹²⁷⁵ ante su imposibilidad de desvirtuar la prueba que acredita su realización por las personas trabajadoras¹²⁷⁶.

Pero sin lugar a duda, y aquí finaliza su estudio, la importancia de esta sentencia radicó en la llamada de atención del alto tribunal al legislador por una cuestión de *lege ferenda*¹²⁷⁷. El TS manifestó que “convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias, pero de “*lege data*” esa obligación no existe por ahora y los Tribunales no pueden suplir al legislador imponiendo a la empresa el establecimiento de un complicado sistema de control horario, mediante una condena genérica, que obligará, necesariamente, a negociar con los sindicatos el sistema a implantar, por cuanto, no se trata, simplemente, de registrar la entrada y salida, sino el desarrollo de la jornada efectiva de trabajo con las múltiples variantes que supone la existencia de distintas jornadas, el trabajo fuera del centro de trabajo y, en su caso, la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, cuando se pacte”. Poniendo el foco de atención, por tanto, en que la flexibilidad horaria y de elección del lugar de la prestación de servicios laborales permite

¹²⁷⁵ VIDAL LÓPEZ, P. (2017). “El (no) registro de la jornada diaria de la plantilla”, *Revista de Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 929, p. 2.

¹²⁷⁶ Este hecho lo constatamos en la STSJ de Canarias, sede de Tenerife, de 31 de enero de 2019. La empresa demandada no llevaba ningún control horario de sus trabajadores impidiendo la verificación a través de prueba documental de cual era el tiempo de trabajo efectivo del demandante. Pero, apunta el tribunal que pese a ello “sí que se practicó prueba testifical a instancias del actor para demostrar cual era su horario de trabajo real y habitual. Prueba testifical que no suele ser tan contundente como una documental, pero que es perfectamente válida y eficaz, más cuando la empresa, al no llevar ningún control horario, ha privado al demandante de acreditar sus alegaciones por medio de otros medios de prueba más sólidos; pues una cosa es entender que el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores no obliga al empresario a llevar en todo caso un registro diario de la jornada de trabajo de sus empleados -según entiende la Sala IV del Tribunal Supremo, en opinión no compartida, por lo demás, por esta sala de suplicación-, y otra muy distinta que la omisión de tal registro horario pueda proporcionar además al empleador especiales ventajas procesales obligando a los trabajadores a una prueba exorbitante sobre las horas extraordinarias, que es lo que en el fondo pretende la recurrente”. El tribunal, por tanto, comparte el criterio de la juzgadora de instancia y desestima una nueva valoración de la prueba testifical que sería más favorable a los intereses de la empresa recurrente. Nº recurso de suplicación 654/2018, Id Cendoj: 38038340012019100050. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datamatch=AN&referenc e=8741059&statsQueryId=119873522&calledfrom=searchresults&links=%2275%2F2019%22&optimize =20190425&publicinterface=true>

¹²⁷⁷ CASTIELLA SÁNCHEZ-OSTIZ, J. (2017). “El Tribunal Supremo corrige a la Inspección de Trabajo y obliga a registrar solo las horas extra”, *Revista de Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 929, p. 3. MERINO, J. (2017). “La obligación de registro de jornada en las empresas españolas, ¿hacia un cambio legislativo?”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 931, p.1.

a la persona trabajadora llevarla a cabo fuera de la sede central y ello implicaría una mayor incidencia en los derechos fundamentales que se han analizado en epígrafes anteriores.

Sin dejar a un lado a la protección de datos, el TS señaló que para la llevanza de un registro de jornada diaria de los trabajadores debían observarse los aspectos señalados en el RGPD 2016/679 en cuanto al tratamiento de datos y la creación de un registro de tales datos. Así, establece que en virtud del art. 9.2 RGPD “se requiere una norma legal o pactada que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado”, todo ello por la inevitable injerencia sobre los derechos fundamentales del trabajador que implica este tipo de tratamientos de datos. A este respecto, se sorprende PRECIADO DOMÈNECH en cuanto a este exceso de proteccionismo de los datos personales en el contexto de la creación de un registro de jornada cuando, por el contrario, para los supuestos de videovigilancia “el TS hace gala de un criterio flexible por el que valida su instalación sin información concreta, basada en genéricas finalidades de seguridad”¹²⁷⁸. Termina por concluir que “tratándose de datos personales relativos al control de la jornada el criterio del TS se torna rigorista y estricto”¹²⁷⁹.

Reconociendo y superado por su análisis en epígrafes anteriores la condición de dato personal los datos referidos al registro de jornada laboral, su creación por el empresario debe observar los parámetros señalados por el RGPD y la LOPD al respecto¹²⁸⁰, puesto que constituyen datos personales y ello lleva aparejado la adopción

¹²⁷⁸ PRECIADO DOMÈNECH, C.H. (2017). “El registro de la jornada ordinaria en la nueva doctrina del TS. Comentario a la STS 23 de marzo de 2017 (RCUD 81/2016), *ob. cit*, pp. 12-13. (BIB 2017\12614)

¹²⁷⁹ *Ídem*.

¹²⁸⁰ Sobre la condición de dato personal de la información que contiene el registro de jornada diaria ya se pronunció el TJUE en la sentencia de 30 de mayo de 2013, asunto C-342/12 – Caso Worten. La petición es solicitada por la Autoridad de Condiciones de Trabajo de Portugal contra Worten S.A., ante la imposibilidad de acceder al registro de jornada diaria de la entidad. En una inspección realizada por la autoridad laboral, y pese a que las personas trabajadoras registraban su tiempo de trabajo fichando con una tarjeta magnética se constata que era imposible acceder al registro para su consulta inmediata. El acceso solo estaba permitido a quien tenía acceso informático para ello, en este caso, el responsable regional. Worten considera que la obligación de tener accesible el registro de tiempo de trabajo para permitir su consulta inmediata resulta en la práctica incompatible con la obligación de establecer un sistema de protección adecuado de los datos personales contenidos en dicho registro. Todo ello pese a que la normativa laboral portuguesa, establece en su art. 202 del Código de Trabajo que el “el empresario debe mantener en un local accesible, de forma que se permita su consulta inmediata, el registro del tiempo de trabajo prestado por los trabajadores, incluidos aquellos que están exentos de ajustarse a horario”. El TJUE resuelve la cuestión prejudicial planteada a este respecto señalando lo siguiente “El artículo 2, letra a), de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, debe interpretarse en el sentido de que un registro del tiempo de trabajo, como el controvertido en el litigio principal, que incluye la indicación de las horas en que cada trabajador inicia y finaliza la jornada, así como

de medidas de seguridad, información y transparencia necesarias en cuanto es responsable directo de su tratamiento.

Al igual de lo que sucedió con el fallo de la AN sobre la causa que se analiza, los efectos de la sentencia del TS son extrapolables al ámbito práctico y acopiadas por la Inspección de Trabajo. Como consecuencia, derivó en la complementación del contenido de la anterior instrucción 3/2016 a los criterios de la STS 246/2017 redirigiendo la actuación inspectora sobre registro horario. En este sentido, y a la vista del cambio de rumbo jurisprudencial, se dictó la Instrucción 1/2017¹²⁸¹ acordando que en las actuaciones inspectoras no sería constitutiva de infracción del orden social la no llevanza de un registro diario de trabajo, por cuanto se abandonó el razonamiento de la AN al llevar a cabo una interpretación extensiva del art. 35.5 que generaba una obligación general a las empresas en cuanto a este registro diario.

Siguiendo el orden cronológico sobre este debate de la obligatoriedad de llevar un registro de la jornada diaria, toca detenerse en la STJUE (Gran Sala) de 14 de mayo de 2019 asunto C-55/18¹²⁸². Este procedimiento tuvo por objeto una petición prejudicial planteada por la AN mediante auto a fecha 19 de enero de 2018 en un procedimiento de conflicto colectivo contra Deutsche Bank, S.A.E. En definitiva, se planteó la misma situación respecto al caso Bankia, la interpretación extensiva del art. 35.5 ET sobre la obligación de registro diario de la jornada y la comunicación a los representantes de los trabajadores de la bolsa de horas extraordinarias tal como determina la disposición adicional tercera del Real Decreto 1561/1995.

Los sindicatos reclamaban que esta obligación se justificaba conforme a lo dispuesto en los arts. 34 y 35 ET, interpretados a la luz del artículo 31, apartado 2, de la CDFUE, de los artículos 3, 5, 6 y 22 de la Directiva 2003/88 y de los Convenios n.º 1 sobre las horas de trabajo (industria) y n.º 30 sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), adoptados por la Organización Internacional del Trabajo en Washington el 28

de las pausas o períodos de descanso correspondientes, queda comprendido en el concepto de datos personales a efectos de dicha disposición”.

¹²⁸¹ Instrucción 1/2017, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social complementaria a la Instrucción 3/2016, de 21 de marzo, sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias. Recuperado de https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/Circular_5_017_Instruccion_1_2017_ITSS.pdf

¹²⁸² La sentencia se encuentra publicada en el portal de jurisprudencia del TJUE: Recuperado de <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=214043&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=7698021>

de noviembre de 1919 y en Ginebra el 28 de junio de 1930, respectivamente. Por el contrario, Deutsche Bank se aferró procesalmente a la doctrina del TS asentada en las sentencias de 23 de marzo de 2017 y, de 20 de abril de 2017, en la que se desprendía que el derecho español no establecía tal obligación con carácter general.

La AN constató que sobre la actividad profesional que desarrolla Deutsche Bank sobre la que pesa la aplicación de una pluralidad de convenios colectivos sectoriales y de ámbito nacional así como pactos de empresa, no se reflejaba en su seno empresarial registro de jornada laboral. Es por ello por lo que no se permitía comprobar el cumplimiento del horario de trabajo pactado por la plantilla y la computación de las horas extraordinarias en caso de llevarse a cabo. Pese a esta situación, sí es cierto que tenía implementado un sistema de registro informático pero al que solo se permitía inscribir ausencias de día completo (vacaciones, permisos, bajas). La AN ante la disyuntiva generada por la doctrina del TS con el derecho europeo planteó tres cuestiones prejudiciales que se citan textualmente:

- A) ¿Debe entenderse que el Reino de España, a través de los artículos 34 y 35 del Estatuto de los Trabajadores, según vienen siendo interpretados por la doctrina jurisprudencial española, ha adoptado las medidas necesarias para garantizar la efectividad de las limitaciones de la duración de la jornada de trabajo y del descanso semanal y diario que establecen los artículos 3, 5 y 6 de la Directiva 2003/88 para aquellos trabajadores a tiempo completo que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectiva, a realizar horas extraordinarias y que no ostenten la condición de trabajadores móviles, de la marina mercante o ferroviarios?
- B) El artículo 31, apartado 2, de la Carta y los artículos 3, 5, 6, 16 y 22 de la Directiva 2003/88, en relación con los artículos 4, apartado 1, 11, apartado 3, y 16, apartado 3, de la Directiva 89/391, ¿deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional interna como son los artículos 34 y 35 del Estatuto de los Trabajadores, de los que, según ha puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial española consolidada, no cabe deducir que resulte exigible para las empresas el establecimiento de un sistema de registro de la jornada diaria efectiva de trabajo para los trabajadores a jornada completa que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectiva, a realizar horas extraordinarias y que no ostenten la condición de trabajadores móviles, de la marina mercante o ferroviarios?

C) ¿Debe entenderse que el mandato perentorio dirigido a los Estados miembros, establecido en el artículo 31, apartado 2, de la Carta y en los artículos 3, 5, 6, 16 y 22 de la Directiva 2003/88, en relación con los artículos 4, apartado 1, 11, apartado 3, y 16, apartado 3, de la Directiva 89/391, de limitar la duración de la jornada de todos los trabajadores en general se asegura para los trabajadores ordinarios con la normativa nacional interna, contenida en los artículos 34 y 35 del Estatuto de los Trabajadores, de los que, según ha puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial española consolidada, no cabe deducir que resulte exigible para las empresas el establecimiento de un sistema de registro de la jornada diaria efectiva de trabajo para los trabajadores a jornada completa que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectiva, a realizar horas extraordinarias, a diferencia de los trabajadores móviles, de la marina mercante o ferroviarios?

Con anterioridad a la decisión final del TJUE, el Abogado General Sr. Giovanni Pitruzzella emitió sus conclusiones¹²⁸³ sobre las cuestiones prejudiciales planteadas por la AN el pasado 31 de enero de 2019¹²⁸⁴. Respecto a la primera cuestión prejudicial, consideró que para garantizar y conseguir el respeto de los límites temporales fijados por la Directiva 2003/88 y ejercer los derechos que ampara la misma sin obstáculos era imprescindible un sistema de cómputo del tiempo de trabajo, puesto que dejó bastante claro, dicho sistema podría esclarecer de forma objetiva y certera el número de horas efectivamente realizadas, diferenciando entre las ordinarias y las extraordinarias. Ya que en sentido contrario, y como se ha puesto de manifiesto en párrafos anteriores, las autoridades encargadas del control y vigilancia de la salud del trabajador verían coartadas sus funciones públicas. De igual manera, para la persona trabajadora suponía un perjuicio ya que se le adjudicaba una carga probatoria más gravosa a la hora de probar un incumplimiento del empresario de los preceptos de la Directiva.

En segundo lugar y, en contra de lo que argumentó el TS, el empresario debe velar por las obligaciones que le encomienda la Directiva 2003/88 en orden de controlar el

¹²⁸³ Las conclusiones se encuentran publicadas en el portal de jurisprudencia del TJUE: Recuperado de <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=210334&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3558822>

¹²⁸⁴ “El Abogado General Pitruzzella propone al Tribunal de Justicia que declare que las empresas tienen la obligación de implantar un sistema de cómputo de la jornada laboral efectiva”, publicado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Comunicado de Prensa n.º 8/19, Luxemburgo, 31 de enero de 2019. Recuperado de <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-01/cp190008es.pdf>

tiempo de trabajo diario, entre los que se encuentran los conceptos de duración de jornada diaria, descanso diario, límites de la semana laboral, descanso semanal y respecto al tratamiento de las horas extraordinarias. Estas labores no sólo encuentran una relación estrecha con el derecho tanto de las personas trabajadoras como de sus representantes a controlar el horario laboral sino que también por la incidencia que genera en la salud y seguridad en el lugar de trabajo.

Y, por último, el Abogado General declaró que los Estados miembros cuentan con libertad para seleccionar la forma y el modo en la que pueden aplicar la Directiva 2003/88. De hecho, en todo caso “están vinculados por una obligación de resultado precisa e incondicionada en cuanto a la aplicación de normas que recoge esta”. La aplicación de la normativa nacional, por tanto, debe perseguir la protección de la seguridad y salud del trabajador que puede verse comprometida por la propia flexibilidad laboral, puesto que el efecto contrario provocaría una limitación del disfrute de los derechos que emana la directiva por la superación de los límites de tiempo de trabajo. Y, en suma, ante la inexistencia de registro alguno se privaría a la persona trabajadora de un indicio probatorio que calificó de esencial y que podría significar un auténtico remedio ante este tipo de comportamientos infractores¹²⁸⁵. En conclusión, se repercutió en la AN la obligación de apreciar si podía llevar a cabo una interpretación del derecho interno de en sintonía con el derecho europeo, ya que de lo contrario, de interpretar la norma nacional en este caso en cuestión en un sentido contrario al que marca la Directiva 2003/88 y el art. 31.2 CDFUE, debía inaplicar la norma nacional.

Tomando como referencia los argumentos razonados por el Abogado General, el TJUE entró en el fondo del asunto haciendo suyas varias consideraciones examinadas por este¹²⁸⁶. En primer lugar, comenzando por las cuestiones planteadas por la AN, el TJUE

¹²⁸⁵ En este sentido manifiesta el Sr. Giovanni en sus conclusiones que “Si bien es cierto que el trabajador puede utilizar otros medios para demostrar en juicio el incumplimiento del empresario de las obligaciones impuestas por la normativa sobre el tiempo de trabajo, como por ejemplo declaraciones de testigos u otro tipo de pruebas como correos electrónicos o mensajes de texto recibidos o enviados, no es menos cierto que la falta de datos objetivos sobre la duración exacta de la jornada laboral lo priva de un primer indicio probatorio esencial. Por otra parte, la eficacia de la prueba testifical se ve mermada por la debilidad del trabajador en la relación laboral, que conlleva la posible reticencia de los compañeros a testificar contra el empresario por temor a sufrir represalias.” Lo que se contrapone al criterio seguido por el TS en la sentencia 246/2017 considerando que el trabajador no ve mermadas sus armas probatorias procesales a fin de justificar los incumplimientos del empresario.

¹²⁸⁶ *Vid.*, por el interés que despierta el asunto el razonamiento llevado a cabo por ROJO TORRECILLA, E. (14 de mayo de 2019) “Registro obligatorio de la jornada diaria de trabajo a tiempo completo. 12, 13 y 14 de mayo de 2019: Tres días que cambiarán la vida laboral de muchas empresas en España. Atención

realizó el derecho fundamental de toda persona trabajadora a la limitación de la duración máxima del tiempo de trabajo y a periodos de descanso diario y semanal, reconocido tanto en el art. 2 de la Carta Social Europea como en el art. 31.2 CDFUE, de ahí su calificación¹²⁸⁷. Señala además que si se quieren garantizar los derechos que emanan *ex* arts.3, 5 y 6 de la Directiva 2003/88 no puede realizarse una interpretación restrictiva del contenido de la norma.

Valorando conjuntamente las cuestiones prejudiciales segunda y tercera¹²⁸⁸, el tribunal manifestó que la tarea de la armonización de normas en la Unión Europea en materia de ordenación del tiempo de trabajo tiene como fin colateral garantizar la seguridad y salud de las personas trabajadoras, y que estas condiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores se encuentran en la Directiva 2003/88. Por tales motivos, es por lo que los Estados miembros deben garantizar, tal como se recoge en los arts. 3, 5 y 6 de la Directiva, el respeto de la duración máxima de la jornada de trabajo con el consiguiente derecho de descanso de las personas trabajadoras. Para ello, deberán adoptar las medidas necesarias para que, recuerda insistentemente, la persona trabajadora quien ostenta la parte más débil de la relación laboral no se vea compelido a sufrir restricciones en sus derechos¹²⁸⁹.

En cuanto a la necesidad de adoptar un sistema de cómputo de la jornada laboral diaria que permita recoger información de forma individualizada por cada persona trabajadora, compartió una vez más el criterio del Abogado General. A este respecto, la idoneidad del tal sistema es innegable ya que constituye una herramienta que puede determinar

especial a la sentencia del TJUE de 14 de mayo (asunto C-55/18)”, recuperado de <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/05/registro-obligatorio-de-la-jornada.html>

¹²⁸⁷ *Vid.*, entre otras STJUE de 5 de octubre de 2004, C-397/01, Asunto Pfeiffer.

¹²⁸⁸ Dispone el tribunal a este respecto, que procede comenzar puntualizando que las cuestiones prejudiciales segunda y tercera se refieren, entre otros artículos, al artículo 22 de la Directiva 2003/88, cuyo apartado 1 establece que, cuando los Estados miembros recurran a la facultad de no aplicar el artículo 6 de esta Directiva, relativo a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar, entre otras cosas, que el empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores afectados y que esos registros se pongan a disposición de las autoridades competentes. No obstante, como se puso de manifiesto en los debates mantenidos durante la vista celebrada ante el Tribunal de Justicia, el Reino de España no ha hecho uso de esta facultad. Por lo tanto, el artículo 22 de la Directiva 2003/88 no es aplicable en el litigio principal y, por consiguiente, no procede interpretarlo en el presente asunto.

¹²⁸⁹ Apunta el tribunal que, efectivamente, ante esta posición de debilidad podría generar en el trabajador un sentimiento de inutilidad de reclamar sus derechos frente al empresario. En concreto, cuando tal reivindicación pueda ocasionar la asunción de medidas que redundan en un efecto desfavorable de sus condiciones de trabajo.

objetivamente y de manera fiable el número de horas trabajadas. Y por supuesto, incluyendo en tales periodos de tiempo, la distribución de este, los periodos de descanso efectuados y, en su caso, la superación de la jornada ordinaria generando el concepto de horas extraordinarias. De hecho, implantar este tipo de sistemas permite acceder de manera sencilla a datos objetivos y fiables facilitando por una parte¹²⁹⁰; que las personas trabajadoras prueben ante las autoridades y tribunales que se han vulnerado los derechos que les confieren los arts. 3, 5 y 6 d) de la Directiva 2003/88, y por otro; la inexistencia de obstáculos para los órganos inspectores (Inspección de Trabajo) en cuanto al acceso de tales datos en sus labores de vigilancia y sanción que la legislación nacional les confiere.

Para alcanzar este fin, el TJUE se mostró contundente al aseverar que tanto los estados miembros como los empresarios deben observar la obligación general impuesta en los arts. 4.1 y 6.1 de la Directiva 89/391, a fin de constituir una organización y determinar los medios necesarios para proteger la seguridad y salud de los trabajadores. No se desvirtúa, a opinión del TJUE, el hecho de que determinadas disposiciones específicas del Derecho de la Unión establezcan la obligación de registrar el tiempo de trabajo de las personas trabajadoras afectadas por la norma, sino que, la necesidad particular de protección de determinados sectores corrobora la tesis de ampliar a la generalidad la obligación de implantar un sistema objetivo, fiable y accesible¹²⁹¹. Y, en cierto modo, permitiría que los preceptos de la Directiva 2003/88 contasen de plena eficacia por la importancia que conlleva el derecho fundamental reflejado en el art. 31. 2 CDFUE puesto que, a tal efecto, los Estados miembros disfrutan de un margen de apreciación en cuanto a los criterios de aplicación de este sistema.

¹²⁹⁰ También se pronunció sobre el acceso inmediato a los datos del registro de jornada de trabajo diaria el TJUE en el Caso Worten. Concretamente, resuelve la segunda cuestión prejudicial disponiendo el TJUE que “los artículos 6, apartado 1, letras b) y c), y 7, letras c) y e), de la Directiva 95/46 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que impone al empleador la obligación de poner a disposición de la autoridad nacional competente para la supervisión de las condiciones de trabajo el registro del tiempo de trabajo, de forma que se permita su consulta inmediata, siempre que esta obligación sea necesaria para el ejercicio por esta autoridad de la misión de supervisión que le incumbe en relación con la normativa sobre condiciones de trabajo y, especialmente, de la relativa al tiempo de trabajo.”

¹²⁹¹ Muestra su preocupación MIREIA SABATÉ al manifestar que en la práctica puede plantear problemas el hecho de no contar con un modelo de registro aceptable. Cuestión que se entiende superada ya hoy en día por la diversidad de métodos y software por el que puede registrarse la jornada diaria de trabajo. El desarrollo tecnológico implementado en el contexto laboral ha permitido superar este obstáculo en cuando a elegir el método más fiable y objetivo de almacenaje de datos. SABATÉ, M. (2016). “Es obligatorio registrar la jornada de los trabajadores”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 920, p. 1.

Así mismo, concluyó, que tal y como indicó el Abogado General en sus conclusiones¹²⁹², los Estados miembros pueden establecer a su discreción: a) sistemas diferenciados en función de la complejidad de la organización y de las características de las empresas, b) respecto a la determinación de los sistemas de control, podrían apoyarse en las tecnologías actuales que permiten gran diversidad de sistemas de registro (papel, aplicaciones, tarjetas electrónicas, sistemas biométricos). Y, por último, fue contundente el tribunal al señalar que el coste que alegaron tanto Deutsche Bank como el Gobierno Español que pueda generar este proceso de innovación¹²⁹³ en las empresas no debe ir detrimento de la seguridad y salud de los trabajadores¹²⁹⁴, habida cuenta que el considerando cuarto de la Directiva 2003/88, respecto a la mejora de la seguridad, higiene y salud de los trabajadores en el centro de trabajo no puede subordinarse a razones estrictamente económicas.

Como se ha podido comprobar, el TJUE zanjó esta controversia otorgando mayor seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico español ante los continuos vaivenes jurisprudenciales del TS y AN sobre este aspecto. De este modo, se puso fin a una cuestión que como señaló ROJO TORRECILLA, “ha sido regulada legalmente de forma insatisfactoria, (...) y que pese a estar estrechamente conectada con la protección de la salud y seguridad en el trabajo, ha sido desplazada por la necesidad de ofrecer medios probatorios objetivos”¹²⁹⁵. Esta fórmula indirecta de resolución sobre la interpretación legislativa interna, permitió surtir con plenos efectos los derechos reconocidos en las Directivas 89/391 y 2003/88. Lo que derivó en sí mismo, en un estrecho cumplimiento

¹²⁹² Conclusiones del Abogado General 85 a 88.

¹²⁹³ Se comparte con BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ que el proceso de innovación al que parece resistirse la empresa por motivos estrictamente económicos no debe ir en detrimento de los derechos del trabajador. Puesto que lejos de adoptar una postura reactiva y defensiva de los pormenores de la medida debe resaltarse la oportunidad de la medida. Así, dispone que “debe reivindicarse que el registro de la jornada mejorará el descanso y la salud de los trabajadores, garantizará el equilibrio de las prestaciones contractuales, puede generar empleo e incrementar la recaudación pública”. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. (15 de mayo de 2019). “El TJUE exige la obligatoriedad del registro de jornada (y confirma la oportunidad de la reforma del RD-Ley 8/2019)”, disponible en <https://ignasibeltran.com/2019/05/15/el-tjue-exige-la-obligatoriedad-del-registro-de-jornada-y-confirma-la-oportunidad-de-la-reforma-del-rdley-8-2019/>

¹²⁹⁴ *Vid.*, en STJUE de 26 de junio de 2001, C-173/99, Asunto BECTU.

¹²⁹⁵ ROJO TORRECILLA, E. GUTIÉRREZ COLOMINAS, D. (2019). La obligación de registro diario de la jornada: la necesaria intervención del TJUE en el debate judicial entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo STJUE (Gran Sala) de 14 de mayo de 2019 (asunto C-55/18), *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 3.

del derecho fundamental al descanso reconocido en el art. 31.2 CDFUE¹²⁹⁶, una cuestión bastante controvertida puesto que, como se analizará en el siguiente apartado, el sentido del fallo del tribunal podría haber tenido una magnitud muchísimo mayor por la inadecuación de la normativa española con los objetivos que plasma el derecho europeo en la Directiva 2003/88/CE.

3. El Real Decreto – Ley 8/2019, de 8 de marzo: el alcance de la reforma al art. 34 del ET.

Actualmente estamos siendo partícipes de un incipiente cambio y transformación de los modelos de producción y organización empresarial. La revolución 4.0 incardina el uso de las TIC en las relaciones de trabajo, relaciones que por el propio uso de nuevas tecnologías han permitido la flexibilización en dicho entorno¹²⁹⁷. En este sentido, las prestaciones de servicios de las personas trabajadoras ya no requieren su estricto desarrollo en un espacio físico concreto, sino que es posible realizarlas desde cualquier lugar y prácticamente en cualquier momento. Es por ello por lo que, como ya se ha abordado con amplitud, los términos de la frontera entre trabajo y descanso se ven difuminados yendo en detrimento de una variedad no extensa de derechos fundamentales laborales¹²⁹⁸.

Como se ha expresado en el tratamiento jurisprudencial anterior, el enfoque de la regulación del tiempo de trabajo requiere de “amplios márgenes de flexibilidad en el

¹²⁹⁶ De manera semejante se pronuncia NOGUEIRA GUASTAVINO al puntualizar que el TJUE “deja claro que las normas de duración máxima de la jornada de trabajo contenidas en la Directiva 2003/88 y, más concretamente, los artículos relativos al descanso diario, semanal y duración máxima y media (arts. 3, 5 y 6 de la misma) constituyen normas que precisan el derecho fundamental contenido en el art. 31.2 CE y que para garantizar el derecho fundamental, dichas disposiciones no pueden ser objeto de una interpretación restrictiva”, en NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (2019). “La STJUE de 14 de mayo de 2019, CCOO/Deutsche Bank (C-55/18), relativa a la obligación de llevar un registro de la jornada diaria de trabajo y la aplicación horizontal de obligaciones instrumentales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 64, p. 959.

¹²⁹⁷ *Vid.*, al respecto AHLERS, E. (2016). “El trabajo flexible y a distancia en el contexto de la digitalización y de la salud en el trabajo”, *Boletín Internacional de Investigación Sindical: riesgos psicosociales, estrés y violencia en el mundo del trabajo*, Vol. 8, nº 1-2, Ginebra, ed. OIT.

¹²⁹⁸ MOLINA NAVARRETE, C. (2017). Derecho y trabajo en la era digital: ¿Revolución industrial 4.0 o economía sumergida 3.0?, en VV.AA: *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita, de 28 de marzo de 2017, Palacio de Zurbano*, Madrid: Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019), Vol. 2, p. 122-139.

diseño del marco jurídico”¹²⁹⁹. Y en este sentido, un exceso de la flexibilidad y la distribución irregular de la jornada podría conllevar el riesgo de pecar de permisividad sobrepasando los límites legales como convencionales respecto al tiempo de trabajo. Y esta situación parece que será la tónica habitual en el futuro por la trascendencia actual que cobra el trabajo a distancia y las nuevas plataformas digitales¹³⁰⁰. La autonomía de las personas trabajadoras respecto al desarrollo profesional aumenta y con ello exponencialmente los riesgos asociados a esta situación (sobrepasar los límites de duración de la jornada ordinaria, imposibilidad de conciliación familiar y personal, desconexión digital, riesgos para la salud, entre otros)¹³⁰¹. La consecuencia ha sido como se ha podido observar, en un vaivén jurisprudencial por la disparidad interpretativa del TS y AN que precisó la intervención del TJUE para atajar esta cuestión.

A este respecto, como solución al conflicto sobre la obligatoriedad de documentar la jornada de trabajo diario y que integra a un conjunto conglomerado de interesados - empresarios, trabajadores, agentes sociales- se aprobó el Real Decreto – Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (en adelante RD-L 8/2019)¹³⁰². El legislador alegó razones de extraordinaria y urgente necesidad¹³⁰³ que justificaba su inmediata entrada en vigor¹³⁰⁴.

¹²⁹⁹ GÓMEZ MILLÁN, M. J. Registro de jornada y control horario, en GONZÁLEZ ORTEGA, S. (2020). *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de relaciones Laborales – Junta de Andalucía, p. 218.

¹³⁰⁰ En profundidad sobre la trascendencia del teletrabajo PÉREZ SÁNCHEZ, C (2010). “El teletrabajo ¿más libertad o una nueva forma de esclavitud para los trabajadores?”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 11. GARCÍA QUIÑONES, J.D. (2015). La organización del tiempo de trabajo y descanso y la conciliación en el teletrabajo, AAVV. *Trabajo a distancia y teletrabajo: estudios sobre su régimen jurídico en el Derecho español y comparado*, Pamplona, Editorial Aranzadi. MIRÓ MORROS, B. (2016). “El control de la jornada y el teletrabajo”, *Revista de Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 929. SIERRA BENÍTEZ, M. (2017). “Teletrabajo y condiciones de trabajo en España”, *Revista IusLabor*, nº 2.

¹³⁰¹ QUÍLEZ MORENO, J. M (2018). “Conciliación laboral en el mundo de las TIC. Desconectando digitalmente”, *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, nº 51, p. 308.

¹³⁰² BOE núm. 61, de 12 de marzo de 2019.

¹³⁰³ Hay quienes se mostraron contrarios al carácter urgente de la norma que defiende el gobierno ya que no cumple los requisitos que fija el art. 86.1. Aunque no se discute la importancia de la materia que se regula sí que se pone en duda la adopción de este mecanismo. MONREAL, E. (2019) “Registro de la jornada: ¿Era urgente y necesario implantarlo legalmente?”, *Revista La Ley Digital*, nº 4993, p. 9. Por el contrario de quienes se muestran conformes con la extraordinaria urgencia MARÍN ALONSO, I., “El registro de la jornada laboral ordinaria ante el Derecho de la Unión Europea y el Derecho interno”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, nº 53, 2019, p. 9.

¹³⁰⁴ Pese al periodo de *vacatio legis* articulado en la Disposición final sexta. Entrada en vigor: 4. El registro de jornada establecido en el apartado 9 del artículo 34 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los

Así se manifiesta en la exposición de motivos del RD-L 8/2019, a “efectos de garantizar el cumplimiento de los límites en materia de jornada, de crear un marco de seguridad jurídica tanto para las personas trabajadoras como para las empresas y de posibilitar el control por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.”

Una de las razones que justificó la adopción de esta nueva medida fue, tal como refleja su exposición de motivos, la precariedad laboral¹³⁰⁵ existente en la contratación temporal¹³⁰⁶; en las que por lo general, se contrata por un número de horas estipuladas por el tipo de contrato pero que tienden a superarse. El perjuicio principal para las personas trabajadoras era que realizaban un número importante de bolsas horarias que no se veían reflejadas en su nómina y la empresa no cotiza por ella debidamente a la Seguridad Social. De este modo, según los datos de la EPA, en el primer trimestre de 2019 se registró un total de 16 millones de asalariados en España. Y, respecto al número de horas extraordinarias, 4.330,3 (25%) de personas trabajadoras no registraba la presencia ni las horas trabajadas en su empleo. Por el contrario, respecto a quienes solo reflejaban su presencia 4.696,7 (28%) y, curiosamente 6.326,1 (37,96%) registraba las horas y su presencia. Los datos reflejan un titular importante: “uno de cada cuatro asalariados no utilizó ningún método para registrar su presencia o las horas trabajadas en su empleo”¹³⁰⁷. Ya que por entonces, y siguiendo la doctrina del TS al respecto, no existía obligación de llevanza de registro horario con las salvedades expuestas.

Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, según la redacción dada al mismo por el artículo 10 de este real decreto-ley, se aplicará a los dos meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

¹³⁰⁵ CC.OO llega a esta conclusión en su Informe de Coyuntura Laboral emitido en enero de 2020 al declarar que “la reducción del paro se produce a costa de elevar los niveles de precariedad del empleo creado”, disponible en <https://www.ccoo.es/6c3004e5eb417a645935e96f112562c1000001.pdf>

¹³⁰⁶ En la práctica los datos reflejan que durante el periodo de 2011-2018 (y probablemente a consecuencia de la reforma laboral de 2012), si bien es cierto que aumenta la ocupación en 355.000 personas, se destruye empleo indefinido (280.000) por la creación de empleo temporal (202.000). JORRÍN, J. G. (26 de enero de 2017) “La 'cara b' del empleo con Rajoy: menos indefinidos a tiempo completo y más temporales”, *El Español*, disponible en https://www.elspanol.com/invertia/economia/macroeconomia/20170126/188981314_0.html

¹³⁰⁷ Nota de Prensa del Instituto Nacional de Estadística sobre la Encuesta de Población Activa – Módulo sobre organización y duración de la jornada laboral en el año 2019. Recuperado de https://www.ine.es/prensa/epa_2019_m.pdf

En los mismos términos, el Parlamento Europeo trasladó su preocupación en su informe sobre condiciones laborales y empleo precario¹³⁰⁸. Entre las consideraciones de este documento se mostraron las siguientes evidencias vinculadas a la precarización del empleo: en primer lugar, que durante los últimos 15 años han surgido nuevas formas atípicas de empleo que han incrementado el trabajo temporal y, por ende, el contrato a tiempo parcial; en segundo lugar, que estas nuevas formas de empleo, como consecuencia de los procesos de digitalización e implantación de nuevas tecnologías, están “desdibujando” los límites entre empleo por cuenta propia y por cuenta ajena; por último, las nuevas formas de empleo cambian las relaciones tradicionales entre trabajadores y empleadores y consiguientemente también las formas de organización y gestión del trabajo. Aunque, reflejó su firme convicción sobre los beneficios de la flexibilidad laboral también se mostró bastante crítico respecto a que la flexibilidad no debía ser moneda de cambio en beneficio de la productividad y competitividad por detrimento de los derechos del trabajador.

Pero, esta problemática no afecta solo a una de las partes del contrato sino que también de forma colateral a la parte “dominante” del contrato de trabajo, el empresario. ¿En qué medida puede beneficiar el registro horario al empresario si se situaba como defensor a ultranza de su criterio basado en los altos costes que la implantación le supondría en su economía empresarial? Pues, sin ir más lejos, en verificar que las personas trabajadoras cumplen con su puntualidad al iniciar la prestación de servicios en la hora pactada a fin de contrastar los posibles retrasos o incomparecencias no justificadas¹³⁰⁹. A fin de cuentas, el empresario es acreedor de las personas trabajadoras respecto a la prestación de servicios de la que este es deudor, permitiéndole, en definitiva, contabilizar su deuda horaria a fin de verse reflejada en paridad en el salario del

¹³⁰⁸ Informe del Parlamento Europeo sobre las condiciones laborales y empleo precario. Comisión de Empleo y Asuntos Sociales. Ponente: Neoklis Sylikiotis. Recuperado de https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0224_ES.pdf

¹³⁰⁹ La OIT en 1991 definió el concepto de absentismo laboral como "una situación en la que el trabajador no se presenta en su lugar de trabajo, o acude menos horas de lo estipulado, cuando desde la organización se esperaba que acudiera, o permaneciera todo el tiempo en dicho lugar". Entre las razones justificadas se encontraría situaciones como: vacaciones, bajas médicas, enfermedades, los permisos retribuidos, entre otros. Y respecto a las situaciones en las que está ante un absentismo no justificado ocurre cuando el trabajador se ausenta o no avisa previamente al empresario de su absentismo. Véase por el interés de la materia un estudio que analiza la incidencia de este factor en términos económicos en el Folleto elaborado por CCOO de Cataluña en el marco de la acción "Asistencia y Promoción para la mejora de la prevención de riesgos laborales". Recuperado de https://www.ccoo.cat/salutlaboral/documents/folleto_absentismo_laboral.pdf

trabajador. Entre las consecuencias que puede ocasionarle al empresario el incumplimiento de las jornadas de trabajo, puede citarse la alteración de los sistemas de producción y organización ante la falta de implicación horaria de las personas trabajadoras, lo que conllevaría un desfase de previsiones al no alcanzar los objetivos individuales de la plantilla, repercutiendo en conjunto al grupo empresarial¹³¹⁰.

De cualquier forma, tal como afirma CALVO MORALES¹³¹¹, “lo que cabe esperar de un cuerpo legislativo como el ET, es precisamente una regulación lo suficientemente clara y coherente que responda de manera suficiente a las principales necesidades que en materia de reglamentación de horarios se precisa”. Prosigue al considerar que “la redacción de algunos apartados debería ser más clara y específica, estableciendo límites más estrictos sobre los apartados de mayor sensibilidad y que generan mayor desequilibrio entre las partes. Al mismo tiempo, el enfoque que hace el ET, sobre el tiempo de trabajo la consideramos desactualizada, pues deriva de un enfoque demasiado ligado a la época fabril, y descontextualizada con la tecnología y la productividad que se requiere hoy en día para la competitividad económica actual”.

Y a decir verdad, el RD-L 8/2019 se corresponde con la reivindicación mayoritaria de la doctrina iuslaboralista¹³¹². Por ello, en el Capítulo III de este RD-L bajo el título “Medidas de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo”, concretamente en su art. 10 se prevén tres modificaciones que pasan a ser objeto de estudio a continuación.

¹³¹⁰ Vid., un estudio en profundidad en SALA FRANCO, TOMÁS. (2019). “Acerca del absentismo laboral”, *Revista Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 49, pp. 16-25. JIMÉNEZ VARGAS, P.J. (2020). “La eficacia de la nueva ley de registro de la jornada laboral en contra de la precariedad y el absentismo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 55, p. 181 y ss.

¹³¹¹ Vid., en CALVO MORALES, DAVID (2018). “La regulación del tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores crítica a un modelo ineficiente”. *Revista Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº, pp. 53-72.

¹³¹² GOERLICH PESET, J.M. (2017). “La obligatoriedad del registro de la jornada diaria a la espera del criterio del Tribunal Supremo (SSAN 207/2015, de 4 de diciembre, 25/2016, de 19 de febrero, y 77/2016, de 6 de mayo)”, *Revista la Ley Digital*, nº 1763, p. 8. RODRÍGUEZ PASTOR, G. E. (2018). “El registro diario de la jornada de trabajo a debate”, *Revista de derecho social*, nº 81, p. 66. TRILLO PÁRRAGA, F. (2016). “Registro de jornada diaria efectiva. Un paso adelante en el control del tiempo de trabajo (Sentencia Audiencia Nacional 207/2015, de 4 de diciembre. Rec. 301/2015)”, *Diario La Ley*, nº 8875, p. 5.

3.1. El registro de jornada como garantía del respeto del tiempo de trabajo y descanso de las personas trabajadoras.

a) En primer lugar, se modificó el apartado 7 del art. 34 del ET quedando redactado de la siguiente manera:

“7. El Gobierno, a propuesta de la persona titular del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, podrá establecer ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos, así como especialidades en las obligaciones de registro de jornada, para aquellos sectores, trabajos y categorías profesionales que por sus peculiaridades así lo requieran.”

De esta manera, se puede comprobar que se zanjó legislativamente dentro de la ubicación sistemática de la jornada de trabajo del ET la posibilidad de articular la protección de la jornada máxima de trabajo. Ello en un gesto de evitar la disponibilidad continuada de las personas trabajadoras que merma en sus posibilidades de conciliar así como la protección del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE en relación con la carga probatoria de dicha extensión horaria¹³¹³. También, desde otra perspectiva, en la incidencia que ocasionaba en las arcas del estado la falta de cotización en la Seguridad Social de las horas de trabajo realizadas y que no constan en el recibo de salarios. La flexibilidad horaria que permite nuestro ordenamiento jurídico no debe suponer un riesgo que afecte a derechos fundamentales laborales¹³¹⁴.

Aunque sin lugar a duda, se concluyó por fin con el debate suscitado en la jurisprudencia en torno a la interpretación del art. 35.5 ET que incardinaba la obligación de registrar de forma general la jornada de trabajo ordinaria (doctrina de la AN) y, para otros, la exclusiva anotación de las horas extraordinarias en el caso de que se hubiesen realizado (doctrina del TS). Efectivamente, tanto el sentir del AN y el TS influenciaron la redacción de este RD-L. De hecho, se recuerda que fue el propio TS quien en su

¹³¹³ GÓMEZ MILLÁN, M. J. Registro de jornada y control horario, en GONZÁLEZ ORTEGA, S. (2020). *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, ob. cit.*, p. 258.

¹³¹⁴ CASAS BAAMONDE se posiciona respecto a la conciliación familiar considerando que el ET permite al trabajador adaptar tanto la duración como la distribución de la jornada de trabajo para garantizar su efectividad. De este modo, deben adoptarse medidas que guarden el justo equilibrio de los derechos del trabajador con los intereses productivos del empresario. CASAS BAAMONDE, M. E. (2017). “Distribución irregular de la jornada, flexibilidad del tiempo de trabajo y tiempo de vida personal y familiar”, *Revista Jurídica de la Universidad de León*, nº 4, p. 18.

argumentación dio “tirón de orejas” al legislador en un claro llamamiento de *lege ferenda* a la concreción y rigurosidad sobre este tema.

En la misma línea, también ha suscitado el interés por el incuestionable protagonismo que se le otorga a la sentencia del TJUE sobre el C-55/18, para ello se tiene que tomar como referencia el criterio temporal de este asunto, la sentencia data de 14 de mayo de 2019 y el RD-L es de fecha 12 de marzo de 2019. Es decir, el gobierno acertadamente aprobó con anterioridad a la sentencia europea esta disposición normativa por la que se intenta paliar el problema respecto a la limitación de la jornada ordinaria de trabajo.

Se recuerda que el Abogado General en sus conclusiones hizo alusión al posible cuestionamiento de la adecuación de la normativa española de trabajo con la directiva 2003/88/CE. Y que el TJUE hizo suyos los razonamientos de este en su sentencia (apartados 68-70) al disponer contundentemente que es una obligación de los Estados miembros alcanzar los resultados previstos por una Directiva y es su deber *ex art. 4.3 TUE* de adoptar las medidas apropiadas para asegurar dicho cumplimiento¹³¹⁵. Esta obligación incumbe a todas las autoridades nacionales, incluido claro está, los órganos jurisdiccionales. Por lo tanto, los órganos jurisdiccionales en su labor de interpretación del derecho nacional están obligados a tomar en consideración la finalidad de la directiva de que se trate. Dicho lo anterior, esta obligación podría suponer la modificación de la jurisprudencia nacional ya consolidada si se basa en una interpretación incompatible con los objetivos de una directiva, en este caso, la Directiva 2003/88/CE¹³¹⁶.

Llegados a este punto se ha de considerar la magnitud que podría haber ocasionado este pronunciamiento judicial puesto que podría haber generado un auténtico terremoto mediático por el más que evidente azote jurídico a la normativa nacional por la inadecuación a los principios de una norma europea. Pero, como se ha comentado, el efecto ha sido totalmente el puesto, ya que el legislador ha salido indemne de este debate puesto que, quizás pudo haber presagiado este hecho, adelantando por extraordinaria y urgente necesidad, la adecuación de la normativa nacional con los principios de la norma europea.

¹³¹⁵ *Vid.*, entre otras STJUE de 19 de abril de 2016, C-441/14, Asunto Dansk Industri. STJUE de 13 de diciembre de 2018, C-385/17, Asunto Hein.

¹³¹⁶ *Vid.*, entre otras STJUE de 17 de abril de 2018, C-414-16, Asunto Egenberger. STJUE de 11 de septiembre de 2018, C-68-17, Asunto IR y JQ.

Definitivamente el registro de la jornada diaria de trabajo trasciende a la generalidad abandonando la “limitación sectorial o tipológico-contractual”¹³¹⁷ imperantes hasta este momento en nuestro ordenamiento jurídico como europeo¹³¹⁸. La aprobación del RD-L pese a destacar su necesidad para resolver la problemática en cuestión, no destacó por su claridad en cuanto a los efectos a desplegar sobre determinados aspectos. A tal efecto se aprobó por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social una “Guía sobre el Registro Horario”¹³¹⁹. La finalidad era otorgar facilidades en la aplicación práctica de la nueva normativa de registro de jornada como obligación impuesta al empresario. Entre las materias a tratar, vino a arrojar algo de luz para esclarecer la duda sobre la aplicación del RD-L 8/2019 sobre ciertos sectores, trabajos y categorías profesionales en las que pudiera crear confusión¹³²⁰ como concienzudamente ha previsto en el art. 34.7 ET¹³²¹.

¹³¹⁷ DE LA MORENA CORRALES, P. (2019). “El Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (en especial, la obligación de registro de jornada”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 54, p. 5.

¹³¹⁸ Cláusula 8 de la Directiva 63/1999, del Consejo, de 21 de junio de 1999, relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar suscrito por la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea (FST). Artículo 9.2 de la Directiva 15/2002/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera. Cláusula 8 de la Directiva 47/2005 del el Consejo, de 18 de julio de 2005, relativa al acuerdo entre la Comunidad de Ferrocarriles Europeos (CER) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (EFT) sobre determinados aspectos de las condiciones de trabajo de los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el sector ferroviario. Artículo 6.2 de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional). Artículo 10.5 bis, 18 y disposición adicional séptima del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo. Art. 12.4. c) ET a efectos de la obligación de registro de los trabajadores con contrato a tiempo parcial.

¹³¹⁹ Recuperado de <https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/GuiaRegistroJornada.pdf>.

¹³²⁰ Uno de los sectores en los que ha suscitado un revuelo mediático por la colisión del registro horario con una profesión liberal es en la Abogacía. A este respecto véase en FERNÁNDEZ, C. (2019) La polémica aplicación del control horario en la abogacía, *Diario La Ley Legal Management*, nº 28.

¹³²¹ Entre las peculiaridades o excepciones se encuentran: a) las relaciones laborales de carácter especial en cuyo caso habrá que estarse a lo dispuesto en su normativa específica. Se excluye por completo la aplicación de la norma al personal de alta dirección que está contemplado en el art. 2.1 a) ET. Esta cuestión que suscita un serio interés es el caso de personas trabajadoras que tienen pactado un régimen de libre disponibilidad del tiempo de trabajo. Para este tipo de casos sí que es obligatorio el registro de jornada sin perjuicio de que exista la acreditación a efectos probatorios del pacto de disponibilidad horaria por el que se justifica la compensación económica en proporción a la exigencia temporal. Y tampoco será de aplicación para aquellas relaciones o prestaciones de trabajo excluidos del ámbito de aplicación del ET como socios trabajadores de cooperativas o trabajadores autónomos entre otros.

Entre ellas, necesariamente debía constar el trabajo a distancia o teletrabajo por el papel de protagonismo que se le otorgado en las circunstancias actuales¹³²². Esta modalidad de trabajo que estaba operativa bajo la anterior regulación en el art. 13 ET antes de la aprobación del RD-L 8/2019, constituye de forma reiterada, una realidad que externaliza el carácter de la normativa sobre flexibilidad del tiempo de trabajo y distribución irregular de la jornada. Sobre este aspecto incidió la guía puesto que pretendió aparcar el hecho de que esta modalidad pudiera suponer un obstáculo en la operatividad y cumplimiento de los fines del RD-L 8/2019. Así, el RD-L 28/2020 previó esta nueva regulación del art. 34.9 ET en su art. 14 determinando que “de conformidad con lo establecido en la negociación colectiva, deberá reflejar fielmente el tiempo que la persona trabajadora que realiza trabajo a distancia dedica a la actividad laboral, sin perjuicio de la flexibilidad horaria, y deberá incluir, entre otros, el momento de inicio y finalización de la jornada.”

Como se puede comprobar, el legislador ha trasladado a la negociación colectiva, en defecto de acuerdo de empresa, el testigo en cuanto a articular los métodos que aseguren en la práctica el fichaje diario de los teletrabajadores. Y esta labor, como asegura la guía, puede ser llevado a cabo por diferentes instrumentos de gestión del tiempo que pueden dar cumplimiento a la obligación legal y se intentará comprobar en los convenios colectivos. Todo parece confirmar tras su lectura que será una vez más la negociación colectiva la que actúe de intermediario en la determinación de los criterios sobre registro de jornada en esta modalidad y que pasamos a examinar a continuación.

3.2. El registro de jornada obligatorio para la totalidad de las personas trabajadoras.

- b) En segundo lugar, incluye un nuevo apartado 9 en el art. 34 que queda redactado como se muestra a continuación:

“9. La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo.

¹³²² Sobre la compatibilidad del teletrabajo con el registro horario, en DE LAS HERAS GARCÍA, A. (2017). “Control de la Jornada, horas extraordinarias y trabajo a distancia, Estudios financieros”, *Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, nº 412, p. 67.

Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada.

La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.”

Esta redacción que daría luz al apartado 9 del art. 34 ET prevé, y siguiendo la doctrina de la AN al respecto, la interpretación extensiva del art. 35.5 ET. Por tanto, ha culminado, en la obligación general de llevar un registro diario de la jornada ordinaria de trabajo abandonando la teoría que limitaba su aplicabilidad a sectores o a una tipología contractual específica¹³²³. Aunque las dudas vuelven a surgir respecto a su aplicación práctica ya que la redacción del precepto es inconclusa en cuanto a que no precisa más allá de la obligación de registrar el inicio y fin de la jornada de trabajo. Ante esta circunstancia se pronunció la ITSS al dictar el “Criterio Técnico 101/2019”¹³²⁴ como complementación a esta norma de mínimos. Al respecto, consideró que el objeto del registro es “la jornada de trabajo realizada diariamente” la cual debe interpretarse “de manera conjunta y sistemática con el propio art. 34 ET”. Es decir, lo que viene a la decir la ITSS en este sentido es que efectivamente se lleva a cabo el registro de la jornada de trabajo diaria pero, tomando en consideración, como prosigue el artículo la propia flexibilidad que determina el art. 34.2 y 3 ET. Este criterio se corresponde por el adelantado por la guía del ministerio al determinar que “sea objeto de llevanza todo aquello que forme parte de esta, en especial lo relativo a pausas diarias obligatorias legal o convencionalmente previstas, o voluntarias”.

Una de las posibilidades que insta a la calificación del registro con periodicidad diaria e individualizado a cada persona trabajadora es que permitiría constatar si se ha sobrepasado el límite máximo (diario, semanal, mensual o anual tal) en una visión conjunta atendiendo a las características de su jornada (completa, parcial, intensiva, a

¹³²³ DE LA MORENA CORRALES, P. (2019). “El Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (en especial, la obligación de registro de jornada”, *ob. cit*, p. 5.

¹³²⁴ Criterio Técnico 101/2019 sobre actuación de la inspección sobre trabajo y seguridad social en materia de registro de jornada. Recuperado de https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Criterios_tecnicos/CT_101_2019.pdf, *Vid.*, su análisis en ALONSO ARANA, M. (2019). “La ITSS publica un criterio técnico sobre sus actuaciones en materia de registro de jornada., *Revista Aranzadi Digital*”, nº 1, pp. 1-3. (BIB 2019\5696)

distancia o combinada)¹³²⁵. Por tanto, poco valor tendrían los tradicionales cuadrantes de horarios cuya finalidad es una previsión y orden de la plantilla¹³²⁶. Tiene su explicación y es que a efectos probatorios del cumplimiento del mandato que se analiza solo acreditarían la distribución de los horarios de trabajo, es decir, formulados “*ex ante* y las horas efectivamente trabajadas en el mismo se conocerá *ex post*”¹³²⁷.

Este razonamiento tiene su justificación y se encuentra en “eludir la presunción de que todo el tiempo que media entre el inicio y finalización de jornada registrada constituye tiempo de trabajo efectivo”. Dicho de otra manera y puesto que no se exige expresamente en el art. 39.4, no será necesario registrar las interrupciones o pausas que tengan lugar durante el inicio y el fin de la jornada diario. Aquí entra en juego el intenso debate sobre qué es calificado como tiempo de trabajo y tiempo de descanso, que se ha estudiado en el Capítulo Tercero de la Parte Segunda y al cual se remite su estudio. Por lo cual, y tal como expresa la ITSS “sería conveniente que el registro utilizado en la empresa ofrezca una visión adecuada y completa del tiempo de trabajo efectivo”. En los mismos términos se expresó el TJUE al determinar que el fin del registro debe ser implantar un sistema que permita computar la jornada laboral diaria, y como es posible en la práctica, durante el desarrollo de esta pueden surgir situaciones o interrupciones que inciden en este concepto¹³²⁸.

¹³²⁵ GÓMEZ MILLÁN, M. J. Registro de jornada y control horario, en GONZÁLEZ ORTEGA, S. (2020). *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, ob. cit.*, p. 233.

¹³²⁶ *Vid.*, en este sentido la STSJ de 9 de julio de 2020 que fundamenta la invalidez de los cuadrantes horarios como medio de registro horario “como sucede con el calendario laboral, no consta que la demandada haya cumplido debidamente con esa obligación de registro horario que se le impone legal y convencionalmente pues, aunque en el juicio aportó unos cuadrantes en los que figuran trabajadores y lo que parecen turnos de prestación de servicios, por un lado, no consta que, en efecto, se trate de un registro horario pues ni aparecen las horas de inicio y terminación del servicio, ni que se haya prestado el mismo, ni que hayan sido puestos en conocimiento de los trabajadores semanalmente y, por otro, lo que, desde luego no consta es que, como exige el art. 34.9 ET, se haya implantado mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada”. N.º recurso 1/2020, Id Cendoj: 10037340012020100272. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cafba5e337fd0b3a/20200908>

¹³²⁷ En estos términos se expresa la Inspección de Trabajo en su nuevo criterio técnico de actuación.

¹³²⁸ *Vid.*, por el interés que refiere el art. 11 de la Resolución de 28 de febrero de 2019, de la Secretaría de Estado de la Función Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, BOE núm. 52 de 3 de marzo de 2019. En este artículo se concreta el “modus operandi” que debe observar el trabajador para registrar su jornada de trabajo.

El gran objetivo que pretende alcanzar la norma es poder ofrecer un conocimiento real de la jornada diaria de las personas trabajadoras, dotando al registro como instrumento que evite la superación del límite horario pactado. Tomando una especial consideración este control horario en la modalidad del trabajo a distancia para lograr que se mantenga intacta la igualdad de derechos entre trabajadores presenciales y deslocalizados¹³²⁹. Siendo así, de superarse se estaría presenciado la jornada extraordinaria permitiendo ante su registro la compensación en salario o descanso y su correspondiente cotización. De ahí la importancia de evaluar estas variables (pausas voluntarias o legales, interrupciones, desplazamientos) en un ejercicio de ética y coherencia con la norma laboral¹³³⁰, ya que como se ha apuntado, el tenor literal del art. 34.9 solo obliga a indicar la hora de inicio y hora final de la jornada, cuestión que se le atribuye desarrollar a la negociación colectiva.

En estos momentos y tras un periodo de vigencia de la norma interesa resaltar si en la práctica el registro obligatorio está surtiendo todos sus efectos garantizando la efectividad de dicha disposición. Según los criterios seleccionados en el portal del INE, el número de horas extraordinarias no pagadas a lo largo del 2019 denota un crecimiento continuado. La excepción se encuentra en los datos del segundo trimestre en el que alcanzó el pico (2.912,6 horas). Ante todo, se debe dejar constancia de que el número de horas extras también tiene una incidencia creciente, pasando en el tercer trimestre de 3.171,6 horas para cerrar el cuarto trimestre en 3.484,9 horas. De lo anterior, se denota

¹³²⁹ DOMÍNGUEZ MORALES, A. (2020). “Otros derechos de las personas que trabajan a distancia”, *Revista derecho de las relaciones laborales*, nº 11, p. 17.

¹³³⁰ Resolución de 28 de febrero de 2019. Art. 11.1 Los empleados o empleadas públicos deberán registrar en el sistema de control horario de su centro de trabajo todas las entradas y salidas correspondientes a su modalidad de jornada. 11.2 Igualmente, las ausencias, las faltas de puntualidad y de permanencia del personal en su puesto de trabajo, cualquiera que sea su causa, deberán ser registradas por los empleados o empleadas públicos que incurran en ellas en el sistema de control horario que debe existir en cada centro. Estas ausencias requerirán el aviso inmediato a la persona responsable de la unidad correspondiente y su ulterior justificación acreditativa. Dicha justificación se trasladará, de forma inmediata, al órgano competente en materia de recursos humanos. 11.3 En los supuestos de ausencia parcial al puesto de trabajo como consecuencia de la asistencia a consulta, prueba o tratamiento médicos, dicho periodo de tiempo se considerará como de trabajo efectivo siempre que la ausencia se limite al tiempo necesario y se justifique documentalmente su asistencia y la hora de la cita. 11.4 En los casos de ausencia durante la totalidad de la jornada diaria por causa de enfermedad o accidente sin que se haya expedido parte médico de baja, deberá darse aviso de esta circunstancia al superior jerárquico de manera inmediata y comportará, en su caso, la reducción de retribuciones prevista en la regulación aplicable a las ausencias al trabajo por causa de enfermedad o accidente que no dé lugar a una situación de incapacidad temporal.

un importante cambio en la tendencia y que pudiera reflejar el impacto más que probablemente de la nueva normativa del registro horario¹³³¹.

Continuando el estudio en el año 2020¹³³², interesa por supuesto comprobar si la pandemia y concretamente la declaración del estado de alarma el 14 de marzo tuvo algún tipo de consecuencia que refleje el estudio. Y efectivamente, tras la declaración del estado de alarma que conllevó como medida de extraordinaria la implantación prioritaria del teletrabajo se observa una tendencia al alza. De hecho, si en el primer trimestre de 2020 el número de horas extraordinarias alcanza la cifra de 3.130,1, en el segundo periodo (casualmente coincide con los periodos estrictos de confinamiento, los meses de abril, mayo, junio) se obtiene el punto más álgido, las 3.422 horas. En pocas palabras, el número de horas extraordinarias no pagadas realizadas durante este periodo superaron en más de la mitad del total de horas extraordinarias (6.509,9).

En definitiva, se podría concluir que el estado de alarma tuvo efectos negativos sobre la duración máxima de la jornada y por ende en sus derechos fundamentales¹³³³. Entre otras razones se justifica podría justificarse por las siguientes causas: la deslocalización de la prestación de servicios¹³³⁴, el poco margen de maniobra de

¹³³¹ La prensa se hizo eco de los resultados del primer trimestre completo tras la entrada en vigor de la medida, *vid.*, en OLÍAS, L. SÁNCHEZ, R. (24 de agosto de 2019). El dato de horas extra no pagadas se desploma un 24% hasta mínimos de 2010 tras el registro de jornada, *El Diario*, disponible en https://www.eldiario.es/economia/pagadas-desploma-minimos-registro-jornada_1_1292622.html

¹³³² Los datos obtenidos en este estudio merecen una precisión ya que afectan a los resultados. Detalla el INE al respecto que en el primer trimestre de 2020, como consecuencia de la declaración del estado de alarma (Reales Decretos 463/2020 y 487/2020) motivado por la pandemia del COVID-19, el tamaño muestral de las primeras entrevistas de EPA en las semanas 11 a 13 ha sido inferior al de otros trimestres, por lo que los coeficientes de variación de las estimaciones más desagregadas pueden ser superiores a lo habitual.

¹³³³ BARCENILLA, L. M. (3 de agosto de 2020). Horas extras: nunca trabajamos más de más, *El Salto Diario*, disponible en <https://www.elsaltodiario.com/laboral/record-horas-extra-encuesta-poblacion-activa-nunca-trabajamos-mas-de-mas>

¹³³⁴ Particularmente sobre la necesidad de fijar acuerdos entre las pautas sobre los tiempos de trabajo, se pronuncia la sentencia del TSJ de Castilla y León de 3 febrero en sentido positivo a las personas trabajadoras. En este caso, a sensu contrario repara en que “si la empresa ha establecido pautas claras sobre tiempo de trabajo, respetuosas con la regulación legal y convencional sobre jornada y descansos y si, además, establece de acuerdo con el trabajador instrumentos de declaración y control del tiempo de trabajo a distancia o en el domicilio, sería posible admitir que una conducta del trabajador en el interior de su domicilio en vulneración de dichas pautas y omitiendo los instrumentos de control empresarial pudiera dar lugar a exceptuar el pago de las correspondientes horas y su cómputo de tiempo de trabajo. Pero, en ausencia de esas pautas y criterios y de unos mínimos instrumentos de control, no puede admitirse tal excepción, que sería equivalente a crear un espacio de total impunidad y alegalidad en el trabajo a distancia y en el domicilio”. *Vid.*, sobre la compatibilidad del teletrabajo con el registro horario, en DE LAS HERAS GARCÍA, A. (2017). Control de la Jornada, horas extraordinarias y trabajo a distancia, *ob. cit.*, p. 66.

adaptación de las empresas para continuar manteniendo los ritmos de productividad y competitividad, las competencias digitales de los trabajadores o las dificultades de conciliar personal y laboralmente en este periodo.

3.3. El papel de la negociación colectiva en la implantación del registro horario.

Continuando el estudio de este nuevo precepto, el segundo párrafo está enfocado a la participación de la negociación colectiva y los representantes de los trabajadores (a los que deberá consultar el empresario previamente) en cuanto a la determinación del modo en el que se configura el registro. En primer lugar, es preciso señalar que la organización y documentación del registro horario está encomendada a la negociación colectiva antes de tomar una decisión unilateral por el empresario. Por lo que, con carácter preferente y prioritario será la negociación colectiva la que asume la tarea de concretar la forma y el modo en el que se llevará a cabo el registro¹³³⁵. Ya que, solo en defecto de acuerdo¹³³⁶, el empresario podrá adoptar tales medidas con la preceptiva comunicación a los representantes de los trabajadores¹³³⁷.

Una vez más el legislador atiende a la labor de adaptación normativa de los agentes sociales a las peculiaridades del sector o la empresa en cuestión con el fin de

¹³³⁵ Sobre los medios de registro horario y su capacidad de recabar las diferentes modalidades laborales se encuentra el VI Convenio colectivo general del sector de la construcción. En su art. 8. La empresa garantizará el registro diario de jornada de sus personas trabajadoras que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo. A tal fin, la empresa organizará el registro diario de jornada de sus personas trabajadoras a través de medios, tales como anotaciones en papel con firma del trabajador, aplicaciones informáticas, tarjetas de identificación electrónica o cualquier otro medio o soporte que acredite la conformidad de la persona trabajadora con el registro efectuado. Dichos medios deberán identificar de manera suficiente los registros obligatorios que correspondan a la presencia de las personas trabajadoras en el centro de trabajo en cada día laborable, festivo o no laborable, teniendo en consideración las distintas modalidades posibles que tienen las empresas en relación al establecimiento de las distintas fórmulas de prestación del trabajo, entre otras, horario fijo, jornada flexible, teletrabajo, jornada parcial, jornada reducida, jornada partida, jornada continuada, jornada intensiva, etc. BOE núm. 266, de 5 de mayo de 2019.

¹³³⁶ La norma utiliza el término “en defecto de” cuando otorga la prioridad a la negociación colectiva en la determinación del registro horario. La STSJ de Castilla y León (Burgos) 17 de julio de 2013, aclaró la utilización de esta locución argumentando que “en defecto de pacto, y resaltamos tal locución por su relevancia, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo. De conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua "en defecto de" constituye locución preposicional, y su significado se define como "a falta de algo, especialmente de algún requisito". Sentencia núm. 347/2013 de 17 de julio. (Aranzadi JUR\AS 2013\2646).

¹³³⁷ Así se plasma en el art. 13 del VI Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos. “El sistema empleado para el control de la jornada será establecido por la empresa libremente, previa consulta con la representación legal de los trabajadores, debiendo cumplir la normativa vigente en materia de protección de datos e informar de ella a la persona trabajadora”. BOE núm. 181, de 30 de julio de 2019.

garantizar la eficacia de la norma¹³³⁸. La elección del modo de registro horario supone una decisión trascendental¹³³⁹ ya que su elección debe amoldarse a la cultura de la empresa¹³⁴⁰ y las características de los puestos desempeñados¹³⁴¹ ya que será determinante a la hora de seleccionar el medio más efectivo¹³⁴².

Este razonamiento también ha sido acogido en la jurisprudencia, concretamente, en la sentencia de la AN de 9 de diciembre de 2020¹³⁴³. En un conflicto suscitado a raíz de la demanda sindical cuyo objetivo era conseguir la impugnación del convenio colectivo de cajas y entidades financieras de ahorro, concretamente, respecto al apartado del acuerdo sobre el registro de jornada. Los sindicatos, bajo su criterio, manifestaron que el acuerdo en cuestión no se ajustaba a los parámetros del nuevo art. 34.9 que debían

¹³³⁸ Esta posibilidad ya fue examinada por SEMPERE NAVARRO en el voto particular emitido en la STS 246/2017 relatando que “el carácter flexible en le modo de llevar a cabo ese control sobre el tiempo de trabajo casa bien con la heterogénea realidad empresarial. Poco tiene que ver la empresa minúscula donde su titular (persona física) está al frente con la gran corporación multicéntrica; distinta es la actividad agrícola y la industrial, la muy tecnificada y la arcaica; etc. De igual modo, nada tiene que ver el centro de trabajo donde existe un horario rígido y uniforme a lo largo de cinco días con la empresa que permite el horario libre y la realización de jornadas según demanda; etc.”.

¹³³⁹ El Convenio colectivo de la Federación Estatal de Servicios de CC.OO pone especial énfasis en negociar un registro que cumpla con el objetivo a alcanzar en el RD-L 8/2019 En su art. 11 indica que “la regulación y mantenimiento del sistema de control y verificación horaria de la jornada es competencia de la empresa, y se fundamenta en su capacidad de organización del trabajo y en el derecho a la comprobación de la realización efectiva de la contraprestación de la jornada de trabajo en el marco de lo establecido en el presente convenio colectivo. 2.En la actualidad se está llevando a cabo un sistema de registro de jornada, no obstante, se establece la necesidad de negociar y fijar un nuevo sistema de registro de jornada tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2019, para lo que se establecerá un acuerdo sobre el particular entre la empresa y la Comisión Ejecutiva de la Sección Sindical.

¹³⁴⁰ El convenio de cajas y ahorros, por ejemplo, prioriza la utilización de un dispositivo de control tecnológico aunque y de forma excepcional permite su cumplimentación en papel y se analiza su contenido en el cuerpo del presente trabajo.

¹³⁴¹ GOERLICH PESET, J.M. (2017). “La obligatoriedad del registro de la jornada diaria a la espera del criterio del Tribunal Supremo (SSAN 207/2015, de 4 de diciembre, 25/2016, de 19 de febrero, y 77/2016, de 6 de mayo)”, *ob. cit.*, p. 9.

¹³⁴² Este es el caso de telefónica que prevé varias alternativas a razón del elegido por cada persona trabajadora. A tal respecto opta, con carácter general, por el fichaje de seguridad por el cual las personas trabajadoras realizan cuando acceden al centro de trabajo por medio de su Tarjeta de Identificación Personal (TIP) como sistema de registro diario de la jornada, a los efectos de acreditar la hora de inicio y la hora de fin de dicha jornada diaria. En relación con los supuestos especiales en los que las personas trabajadoras no prestan sus servicios físicamente en el centro de trabajo (por ejemplo, teletrabajo, trabajo en cliente, viajes profesionales, etc.) u otros supuestos en los que, por cuestiones técnicas, no se pueda utilizar la Tarjeta de Identificación Personal, TELEFÓNICA se compromete a la implementación de un sistema de registro telemático, el cual no implicará, necesariamente, geolocalización, mediante el cual la persona trabajadora procedería al registro diario de su jornada. Recuperado de <https://fsc.ccoo.es/f641f1722e902612f67102ed24562c50000050.pdf>

¹³⁴³ Nº recurso 218/2020, Id Cendoj: 28079240012020100124. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a708b2fe32409ec5/20210112>

interpretarse conforme a la doctrina del TJUE; el sistema implantado no cumplía los parámetros de fiabilidad y objetividad.

En el acuerdo figuraban dos métodos de registro de jornada por las personas trabajadoras. En primer lugar, el tecnológico para el caso de que se utilizasen dispositivos propiedad de la empresa se determinó la obligación de descarga de un aplicativo que registrase la jornada. En segundo lugar y de forma excepcional, en el caso de no disponer de herramientas tecnológicas propiedad de la empresa y puestas a disposición de las personas trabajadoras, se optaba por el registro en papel. La AN solventó esta problemática de forma bastante sencilla; otorgó plena validez a los tipos de registro recogidos en el convenio en cuestión. De hecho, hizo referencia al párrafo segundo del acuerdo sobre registro de jornada en el que se determinaba que para garantizar los criterios de fiabilidad, trazabilidad y accesibilidad del registro que exige el TJUE, se facilitaría al trabajador una guía de uso de la aplicación y, a tal fin, se concretarían los modos de actuación en la acción de registro y qué es lo que debe registrarse. La AN puntualizó que esta medida adoptada no va en contra de la doctrina europea siempre y cuando las guías no impidieran o dificultasen el registro de tiempo efectivamente trabajado. Así, desestimó la demanda interpuesta por las organizaciones sindicales otorgando validez al sistema prioritario de registro (aplicativo tecnológico) y fortaleciendo el acuerdo pactado.

De este modo, la libertad de negociación y autorregulación atribuida a los agentes sociales constituye una oportunidad para hilar todos los aspectos que inciden sobre el registro horario¹³⁴⁴. Otro de los estos aspectos cruciales y que toman precisamente un

¹³⁴⁴ Como ejemplo de este poder y papel destacado que asumen los agentes sociales, se encuentra la STS 299/2022 de 5 de abril. En ella se suscitó un debate acerca de la posibilidad de que un Acuerdo (celebrado entre la sección sindical mayoritaria y la empresa) disminuyera el tiempo asignado por el CCOO a descanso para comida. Así mismo, mostraron su disconformidad con la introducción en el Acuerdo de un factor corrector de la jornada, “se acuerda entre las partes la aplicación de un factor corrector genérico, de 2 horas/día en jornada partida y 30 minutos/día en jornada continuada. Este factor corrector pretende contemplar a título ilustrativo y no exclusivo ni excluyente, descansos, pausa para la comida y/o desayuno, permisos no retribuidos, cualquier clase de pausa o descanso, etc.” Debe tenerse en cuenta que el CCOO se encontraba vigente al momento de entrar en vigor el RD-L 8/2019 y que este Acuerdo se llevó a cabo para materializar la obligación del art. 34.9 ET, es decir, en concretar un sistema de registro de la jornada de trabajo. En conflicto se suscitó por la presentación de la demanda de conflicto colectivo por una agrupación sindical que consideró que la introducción en este Acuerdo de la reducción de tiempo de comida a una hora (el convenio fijaba una 1 hora y media) alteraba el régimen de horarios y pausas fijado en el CCOO de aplicación. El Ministerio Fiscal por su parte determinó que la única consecuencia práctica del acuerdo en cuestión es que “los trabajadores podrán destinar una hora y media a la comida o utilizar tan sólo una hora, previo acuerdo con su superior, y eso no supone una alteración ni de su jornada ni de su horario porque si el trabajador sólo utiliza una hora para comer, saldrá media hora antes o entrará media hora después, y todo ello en consonancia con el art. 39.1.b) del Convenio de aplicación”. Y, en suma, el TS interpretó que la redacción del Acuerdo no significa ninguna modificación en régimen de horarios y descansos para comida y que, de hecho, nada impide la posibilidad de reducir el tiempo de comida a una hora puesto que

especial interés es la protección de datos, objeto de tratamiento en el siguiente epígrafe. Hecha esta salvedad, en defecto de acuerdo colectivo, el empresario debe consultar a los representantes de los trabajadores (y al igual que no existieran si no se alcance acuerdo)¹³⁴⁵ un sistema propio de registro. Lo que en gran medida, se identifica con un reconocimiento importante a derechos que son atribuidos al empresario, tales como la libertad de empresa *ex art. 38 CE*¹³⁴⁶ y las formas de control y vigilancia laboral previsto el art. 20.3 ET¹³⁴⁷.

En este punto, se comparte con MONTOYA MELGAR que “el poder de dirección del empresario tiene una doble dimensión: general (como poder de organizar laboralmente la empresa) y (como poder de ordenar las concretas prestaciones de los trabajadores individuales)”¹³⁴⁸. Consecuentemente, la implantación de un registro de control de la jornada de trabajo diaria se encuentra bajo el paraguas de actuación de

únicamente se ha hecho efectivo el mandado contenido en el art. 34.9 ET. N° recurso de casación 7/2020, Id Cendoj: 28079140012022100266. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8ebe73a062a1c987/20220422>

¹³⁴⁵ En términos de consulta con carácter general se remite al procedimiento previsto en el art. 64.6 ET y que establece lo siguiente: “La información se deberá facilitar por el empresario al comité de empresa, sin perjuicio de lo establecido específicamente en cada caso, en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permitan a los representantes de los trabajadores proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe. La consulta deberá realizarse, salvo que expresamente esté establecida otra cosa, en un momento y con un contenido apropiados, en el nivel de dirección y representación correspondiente de la empresa, y de tal manera que permita a los representantes de los trabajadores, sobre la base de la información recibida, reunirse con el empresario, obtener una respuesta justificada a su eventual informe y poder contrastar sus puntos de vista u opiniones con objeto, en su caso, de poder llegar a un acuerdo sobre las cuestiones indicadas en el apartado 5, y ello sin perjuicio de las facultades que se reconocen al empresario al respecto en relación con cada una de dichas cuestiones. En todo caso, la consulta deberá permitir que el criterio del comité pueda ser conocido por el empresario a la hora de adoptar o de ejecutar las decisiones. Los informes que deba emitir el comité de empresa tendrán que elaborarse en el plazo máximo de quince días desde que hayan sido solicitados y remitidas las informaciones correspondientes.”

¹³⁴⁶ Pese a ello hay autores que se muestran contrarios a esta consideración y por el contrario mantienen que su imposición vulnera la libertad de empresa, en MOLL NOGUERA, R. (2016). “Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2015, núm. 207/2015, ponente D. Ricardo Bodas Martín, sobre la obligatoriedad del registro de jornada del art. 35.5 ET”, *ob. cit*, pp. 112-114.

¹³⁴⁷ Opina TOLOSA TRIBIÑO que se torna el interés respecto de la tradicional obligación del empresario en el control laboral a las personas trabajadoras. Ahora el reclamo interesa a los representantes de los trabajadores sobre la regulación del registro de la jornada como medio de supervisión de los incumplimientos del empresario. La finalidad no es otra utilizar el registro como instrumento de respeto en lo que respecta a la flexibilidad de jornada y su distribución irregular y con un efecto disuasorio respecto de la superación de los límites horarios del tiempo de trabajo. TOLOSA TRIBIÑO, C. (2017). “La reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre registro de jornada y sus efectos sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo”, *Revista la Ley Digital*, n° 7621, p. 2 y ss.

¹³⁴⁸ MONTOYA MELGAR, A. (2000). “El poder de dirección del empresario”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 100, pp. 576-578.

control del empresario, que lejos de suponer una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, se “incardina dentro del *ius variandi* empresarial”¹³⁴⁹.

3.4. El principio de accesibilidad a los datos del registro horario como ejercicio de transparencia.

Finalmente, el tercer párrafo de este apartado se pronuncia respecto al principio de accesibilidad al que se remite el TJUE en su sentencia de 14 de mayo de 2019. El acceso al registro de control horario interpreta acertadamente la inspección de trabajo tiene un doble sentido: a) conforme al principio de accesibilidad debe permitirse su acceso en cualquier momento tanto por las personas trabajadoras, sus representantes como la propia autoridad pública encargada de la vigilancia de la normativa laboral, y además b) para garantizar el cumplimiento de dicho principio deben “estar y permanecer físicamente en el centro de trabajo o ser accesibles desde el mismo de manera inmediata”. Dentro de las razones, encontramos la explicación rigurosamente detallada en la Guía del Ministerio, y es que se evita “la posibilidad de la creación posterior, manipulación o alteración de los registros”. Parece defendible, que ante esta evidente posibilidad que se ha intentado solventar se priorice el uso de dispositivos informáticos como medios de preservación con altos porcentajes de fiabilidad e invariabilidad de su contenido¹³⁵⁰. Destacable también el hecho de que se acabó con la imposibilidad de comprobar por la ITSS (autoridad a la que se remite insistentemente el TJUE) las posibles irregularidades en sus labores de vigilancia y control sobre los límites de la jornada de trabajo, ya que con anterioridad a la entrada en vigor del RD-8/2019, no disponían de un medio eficaz que permitiese probar objetivamente tales infracciones.

Una cuestión acerca de la redacción de este último párrafo y que despierta interés es la decisión del legislador de optar por la obligación de facilitar el acceso a los registros frente al tradicional derecho a copia de la información almacenada en el registro, lo que podría generar nuevamente el debate sobre la posible indefensión y conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva de la persona trabajadora como parte más débil del

¹³⁴⁹ Planteamiento que sostiene el TS en el que ante la implementación de una herramienta informática para adoptar un nuevo sistema de gestión y control de tiempos. N° recurso de casación 162/2015, Id Cendoj: 28079140012016100637. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a5c357e11f8df518/20160916>

¹³⁵⁰ Cuestión que será defendida en el epígrafe siguiente motivo por el que no es necesario extenderse en estos momentos.

contrato¹³⁵¹. Este derecho a recibir copia por parte del trabajador le permite revisar con el detenimiento necesario la exactitud de los datos que se han almacenado en el registro. Ni el TJUE ni la Directiva 2003/88¹³⁵² tienen respuesta a esta cuestión, ya que el debate únicamente se centraba respecto a la configuración de un registro obligatorio al que se someten todas las jornadas de trabajo con independencia de la modalidad contractual. Este hecho se contrapone con la previsión efectuada para los contratos a tiempo parcial art. 12.4 ET¹³⁵³ y en los arts. 10bis en su apartado quinto¹³⁵⁴, 18bis apartado segundo¹³⁵⁵ y en la disposición adicional tercera¹³⁵⁶ del Real Decreto 1561/1995. Pero ello no significa que pueda ser objeto de estudio por la negociación colectiva como complemento a esta previsión mínima sobre la copia del registro horario.

¹³⁵¹ ALFONSO MELLADO, C. (2007). “Las horas extraordinarias”, en APARICIO TOVAR, J. LÓPEZ GANDÍA, J. *Tiempo de Trabajo*, Albacete, Editorial Bomarzo, p. 87.

¹³⁵² Solo se encuentra referencia a la creación del registro y su puesta a disposición de las partes interesadas, pero ninguna referencia a posible entrega de una copia de los datos almacenados. En su art. 22.1 dispone sobre ello que “c) el empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores que efectúen un trabajo de este tipo; d) los registros mencionados se pongan a disposición de las autoridades competentes, que podrán prohibir o restringir, por razones de seguridad y/o de salud de los trabajadores, la posibilidad de sobrepasar la duración máxima del tiempo de trabajo semanal; e) el empresario facilite a las autoridades competentes, a petición de éstas, información sobre el consentimiento dado por los trabajadores para efectuar un trabajo que exceda de 48 horas en el transcurso de un período de siete días, calculado como promedio del período de referencia que se menciona en la letra b) del artículo 16.”

¹³⁵³ A estos efectos, la jornada de los trabajadores a tiempo parcial se registrará día a día y se totalizará mensualmente, entregando copia al trabajador, junto con el recibo de salarios, del resumen de todas las horas realizadas en cada mes, tanto las ordinarias como las complementarias a que se refiere el apartado 5.

¹³⁵⁴ 5. El empresario será responsable de llevar un registro del tiempo de trabajo de los trabajadores móviles. Este registro se conservará, al menos, durante tres años después de que finalice el período considerado. El empresario estará obligado a facilitar a los trabajadores móviles que así lo soliciten una copia del registro de las horas trabajadas.

¹³⁵⁵ 2. Deberán llevarse a bordo registros individuales para cada trabajador de las horas diarias de trabajo o de las horas diarias de descanso, en los que figuren los datos contenidos en el modelo que se incluye en el anexo II del presente Real Decreto, redactados en el idioma común de trabajo a bordo y en inglés. Los modelos de registros le serán facilitados al trabajador por el capitán o por una persona autorizada por éste. Los registros serán cumplimentados diariamente por el trabajador y firmados semanalmente por el capitán, o por una persona autorizada por éste, y por el propio trabajador, a quien se entregará mensualmente una copia de su registro.

¹³⁵⁶ Sin perjuicio de las competencias reconocidas a los representantes de los trabajadores en materia de jornada en el Estatuto de los Trabajadores y en el presente Real Decreto, éstos tendrán derecho a: a) Ser consultados por el empresario y emitir informe con carácter previo a la elaboración del calendario laboral a que se refiere el apartado 6 del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores. b) Ser informados mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, cualquiera que sea su forma de compensación, recibiendo a tal efecto copia de los resúmenes a que se refiere el apartado 5 del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores.

No haber habilitado el deber del empresario de remitir una copia de los datos del registro al trabajador o a la RLT genera curiosamente otra obligación implícita por la puesta a disposición de estos. Por consiguiente, corroborada la calificación de los datos del registro de jornada laboral como dato personal, el empresario deberá observar los preceptos relativos a los derechos que pueden ejercitar las personas trabajadoras los derechos reconocidos en el Capítulo II (arts. 12-18) de la LOPD¹³⁵⁷. Resumidamente, permitir a las personas trabajadoras el acceso a tales datos para comprobar su exactitud y, en su caso, a solicitar la rectificación en caso de incongruencia manifiesta con la realidad. Sería recomendable, cuanto menos, que si se opta por el registro en papel¹³⁵⁸, se utilice una hora por cada persona trabajadora desechando en cualquier caso la opción del cuadrante conjunto en una misma hora, ya que de lo contrario, en el momento en el que la persona trabajadora solicite el acceso a sus datos en el registro solo debería obtener su ficha individual¹³⁵⁹. Es decir, sin necesidad de borrar o tachar los datos pertenecientes al resto de sus compañeros ya que iría en contra de los principios de accesibilidad y fiabilidad estudiados. Una vez más como consecuencia de la intromisión tecnológica en

¹³⁵⁷ En este sentido, de acuerdo con la SAN 57/2022, de 19 de abril, y como excepción al respeto de los principios del tratamiento de datos personales, la puesta a disposición mensualmente por la empresa de los datos de los registros de jornada de cada trabajador a la RLT encuentra su justificación en que “tanto el art. 64 ET, como el 10.3.1 LOLS confieren derechos de información y documentación a los representantes unitarios y sindicales, la obtención de la misma por la comunicación de la empresa se hallará amparada por esa excepción cuando, efectivamente, se trate de datos que tengan directa conexión con el ejercicio de aquellas competencias”. Y, de acuerdo con esta doctrina, la RLT en ejercicio de las laborales de vigilancia respecto a la verificación del cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral así como de vigilancia y control de las condiciones de seguridad y salud en desarrollo de la prestación laboral en la empresa *ex art. 64.7 ET*, apartados primero y segundo, estas funciones se verían mermadas si el empresario no comunicara la identidad de la persona trabajadora (nombre y apellidos, provincia y población) respecto a los datos del registro de jornada que se remite a la RLT. N° recurso 39/2022, Id Cendoj: 28079240012022100056. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c0ec6ada76c41ea0/20220503>

¹³⁵⁸ No obstante, la SAN 477/2022, de 15 de febrero, abordó esta cuestión, es decir, determinar si el registro de jornada diaria en papel constituye un sistema objetivo y fiable que permita medir el tiempo real de la jornada de cada persona trabajadora. A este respecto, la AN determinó que si bien la norma, el RD-L 8/2019, no se decantó por un tipo de registro en concreto (papel o sistema informático), lo cierto es que dado los tiempos que corren se antoja prioritaria la modalidad informática ya que permite la puesta a disposición de estos datos tanto a las personas trabajadoras como a sus RLT así como a la ITSS. Por tales motivos, cuestionó que el registro en papel por el que el empleado registraba el inicio y el fin del servicio fuera un sistema que proporcionase un control real del tiempo de trabajo efectivo. En suma, se declaró probado que estos datos no eran objeto de conservación por la empresa a efectos de la puesta a disposición de las partes interesadas. En consecuencia, el fallo de la sentencia instó a la empresa a adoptar un sistema de registro fiable y objetivo, que permita medir realmente el tiempo efectivo de trabajo de cada persona trabajadora. N° recurso 356/2021, Id Cendoj: 28079240012022100020. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/af83e0d385f33ea4/20220302>

¹³⁵⁹ MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. (2019). “El registro de la jornada de trabajo”, *Revista Trabajo y Derecho*, n° 59, p. 14.

las relaciones laborales, el empresario asume una obligación de bastante peso por la complejidad práctica que conlleva: cumplir los preceptos de protección de datos con incidencia en ámbito del trabajo.

3.5. El papel de supervisión y vigilancia de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social respecto al registro horario.

Y, por último, obviamente lleva aparejada una inevitable modificación del apartado 5 del artículo 7 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, que queda redactado en los siguientes términos:

“5. La transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos, registro de jornada y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores.”

Una modificación de este calado permite, por un lado, la obligatoria existencia de un registro como medida de comprobación de posibles irregularidades en el límite máximo de la jornada de trabajo y, por otro lado, de forma inmediata se refuerza el cumplimiento normativo previendo sanciones; calificada como grave en este caso, como medida disuasoria para aquella posible transgresión de los preceptos que emana¹³⁶⁰. Antes de la nueva reforma, se daba la circunstancia que tras el giro jurisprudencial del TS sobre la doctrina de la AN, la inspección de trabajo exclusivamente podía sancionar la inexistencia del registro de horas extraordinarias. Esta circunstancia imposibilitaba que, en buena medida, se pudiera comprobar el cumplimiento de los límites pactados de la jornada ordinaria para la cual no existía registro diario.

No obstante, la Instrucción 3/2016 siguiendo la doctrina de la AN ya previó la actuación sancionadora bajo este precepto que ahora incorpora el nuevo RD-L. Ello es así porque calificó la falta de llevanza del registro como “una transgresión de normas en materia de jornada de trabajo”; puesto que tiene “un carácter esencial en la regulación del tiempo de trabajo”.

¹³⁶⁰ Para algunos autores es insuficiente el fin disuasorio que cumple la sanción en este tipo de incumplimientos por el bajo coste económico que supone, MONEREO PÉREZ, J.L. GUINDO MORALES, S. (2019). “Sobre la obligación de establecer un sistema de registro que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador”, *Revista la Ley Digital*, nº 8835, p. 15.

Por el contrario, la Instrucción 1/2017 que traslada de inmediato a la práctica supervisora el fallo del TS, descartó totalmente la calificación de infracción grave puesto que no podía interpretarse extensivamente el art. 35.4 ET; lo cual significaba que el empresario no estaba obligado a registrar la jornada con carácter general salvo para los supuestos de sectores específicos. Siendo así, el criterio técnico de actuación de la ITSS a raíz de la publicación del RD-L es bastante laxo en este nuevo contexto. A saber por el propio texto, en caso de llevar a cabo una actuación de comprobación en la que se constate que no existe registro de jornada diaria pero sí certeza de que no se realizan horas extraordinarias “tras la valoración del inspector actuante en cada caso, podría sustituirse el inicio del procedimiento sancionador por la formulación de un requerimiento para que se dé cumplimiento a la obligación legal de garantizar el registro diario de la jornada”.

Parece ser que la ITSS ha entendido que este cambio legislativo que obliga a una reformulación en la organización empresarial ha generado un cierto nerviosismo corporativo. Pese a que el propio RD-L en su disposición final sexta previó un periodo de *vacatio legis* de dos meses para favorecer las necesidades inmediatas de adaptación y examinar las dificultades que podría generar en ciertas entidades su implementación¹³⁶¹. Por lo que, abandonando la inflexibilidad y la campaña fiscalizadora (palpables en las instrucciones de 2016 -de forma más amplia- y 2017 – con un menor alcance-) que se le presume como autoridad inspectora encargada de la vigilancia y control de la normativa laboral. Por ende y superando la tesis del TS que validó el recurso a disposición del trabajador previsto en el art. 217.6 LEC, la extensión del registro obligatorio a la jornada ordinaria le otorga de una prueba objetiva y fiable, difícilmente manipulable que le posibilita demostrar en sí los excesos de jornada a efectos de cómputo.

¹³⁶¹ ARIAS DOMÍNGUEZ cuestiona las dificultades planteadas por los empresarios para implementar el registro de jornada, puesto que lo concibe, en línea con la argumentación de la AN, como un instrumento de “modernización de las relaciones laborales”. Concluyendo que es curioso cuanto menos que “la empresa sí se modernice para el control de la presencia de los trabajadores y el control de su ausencia, pero niega virtualidad operativa a este instrumento para cuantificar el volumen de jornadas realizadas”, en ARIAS DOMÍNGUEZ, A. (2016). “Registro diario e individual de la jornada de trabajo: ¿instrumento sólo para las horas extras, o también para la distribución irregular de jornada? Comentario a la SAN 207/2015, de 4 de diciembre”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 44, p. 262.

4. Reflexiones sobre la oportunidad y necesidad del registro horario obligatorio al hilo de sus consecuencias prácticas.

Llegados a este punto, se puede sostener que el registro de jornada diaria que hace extensiva su obligación a la generalidad de las personas trabajadoras a excepción de ciertas salvedades arroja aciertos como genera dudas. Es cierto que las posibilidades que muestra nuestro ET en cuanto a la flexibilidad horaria pueden mantener el equilibrio de las relaciones laborales. Tal como prevé el art. 34.8 ET, la manifestación de la flexibilidad laboral será posible siempre y cuando la adaptación como la distribución de la jornada sea proporcional a las propias necesidades de las personas trabajadoras y las organizativas o productivas de la empresa¹³⁶².

Pero, sin embargo, pueden darse situaciones de abuso por el empresario respecto, por ejemplo, a la distribución irregular de la jornada de las personas trabajadoras que sitúan en entredicho el *status quo* señalado¹³⁶³. Por esta razón se justifica más aún si cabe la existencia de un registro que actúe como medio disuasorio a este tipo de comportamientos que conllevan la transgresión de los límites de jornada de trabajo¹³⁶⁴. Pese a ello, se comparte con IGARTUA MIRÓ, ahondando en estas dificultades prácticas, que el registro carecerá de eficacia plena si previamente “no se resuelven determinados

¹³⁶² Se comparte el criterio de ARIAS DOMÍNGUEZ sobre la compatibilidad con la flexibilidad laboral ya que no tiene por qué ser incompatible con su propia organización y control. Ya que en sentido opuesto, una regulación incompleta de esta depararía en la “flexi-inseguridad”, en ARIAS DOMÍNGUEZ, A. (2017). “Registro de Jornada y Supresión de las horas extraordinarias que se compensan con descanso, la estrategia y el objetivo”, *Revista IusLabor*, nº 2, p. 19.

¹³⁶³ El art. 34.2 del ET permite la distribución irregular de la jornada por decisión del empresario en un 10% a lo largo del año. Será posible siempre y cuando no exista pacto al respecto. Esta posibilidad de distribución irregular por el empresario justifica la implementación obligatoria del registro; cuando haga uso de esta facultad se distorsionan las barreras de jornadas, horarios y descanso posibilitando la superación d de los límites pactados.

¹³⁶⁴ En el mismo sentido, TRILLO PÁRRAGA hace hincapié en el peso de la inseguridad jurídica que rodeaba a las personas trabajadoras generada a raíz de la reforma laboral de 2012. TRILLO PÁRRAGA, F. (2016). “Registro de jornada diaria efectiva. Un paso adelante en el control del tiempo de trabajo (Sentencia Audiencia Nacional 207/2015, de 4 de diciembre. Rec. 301/2015)”, *ob. cit.*, p. 4. En este punto también es considerable señalar que la STSJ de Cataluña de 14 de abril de 2022, plantea un aspecto bastante interesante y a favor de las personas trabajadoras. Concretamente, el TSJ señala que “el hecho de no cumplir por el empresario su obligación de registro horario supone, conforme a las reglas de la carga de la prueba (art. 217.7 LEC), la existencia de una presunción a favor de la persona trabajadora, considerándose suficiente que se aporte un indicio de prueba de la realización de las horas extraordinarias”. Por el contrario, a fin de desvirtuar lo anterior, el empresario deberá “acreditar que no se hicieron en todo o en parte las horas extras reclamadas o que han sido debidamente compensadas con descansos”. Por tanto, las personas trabajadoras podrán aportar como indicio de prueba, por ejemplo, “algún testigo u otro medio de probatorio que constituyera indicio mínimo de realización de las horas extraordinarias en los términos que reclama”. Nº recurso de suplicación 6963/2021, Id Cendoj: 08019340012022101909. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fe5ce64f3b073bd4/20220606>

escollos derivados de la existencia de vías no perfectamente coonestadas de ordenación flexible del tiempo de trabajo, en especial distribución irregular, horas extras compensadas con descanso y bolsas o cuentas de horas que, en la práctica, funcionan como institutos separados, solapándose y otorgando unos poderes casi exorbitantes al empresario”¹³⁶⁵.

Consiguientemente, el RD-8/2019 ha situado al registro de jornada diaria como instrumento de salvoconducto al deseado estado de bienestar de las personas trabajadoras y, reiterado en exceso a lo largo de este estudio, las TIC han evidenciado un auténtico germen para el trabajador, a fin de cuentas, se han desenmascarado respecto de los innegables beneficios que aporta a diario en el desarrollo de la prestación laboral.

Reconocida al registro la función delimitadora de la barrera entre la jornada ordinaria y la extraordinaria, ahora el debate se traslada a las TIC ya que el crecimiento exponencial del uso de las nuevas tecnologías en el trabajo ha ocasionado como consecuencia directa la hiperconectividad laboral de las personas trabajadoras.

La interconexión necesaria para atender a sus tareas laborales puede derivar en una imposibilidad de desconectar digitalmente. Máxime, en un contexto de teletrabajo en el se magnifican estas consecuencias negativas por la autoorganización laboral como la falta de supervisión empresarial. Y, además, cuando se vinculan herramientas profesionales a dispositivos personales; piénsese, en la vinculación de la cuenta de correo profesional a la aplicación de mail en el teléfono personal, el grupo de WhatsApp con fines laborales en el dispositivo personal, entre otros. Consecuentemente, si no se observan con cautela ciertas recomendaciones de buenas prácticas, un uso excesivo de tales medios ocasionaría la superación de los límites que transgredirían derechos fundamentales de las personas trabajadoras; derecho a la intimidad personal, derecho a la conciliación familiar y personal y, el derecho a la salud.

Es por lo que, a la vista de estas consideraciones, el registro de la jornada ante las nuevas características del mercado de trabajo y las relaciones sociales podría asumir una labor garantista y proteccionista en cuanto a la posible transgresión de derechos fundamentales. De hecho, al estimar obligatorio el registro diario de la jornada se delimitaría las fronteras entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso.

¹³⁶⁵ IGARTUA MIRÓ, M. T. (2019). “La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019”, *Revista Temas Laborales*, nº 147, p. 137.

Por tanto, delimitando estos espacios de tiempo que pueden difuminarse en función de tipo de jornada y por el uso de las TIC, se permitiría a las personas trabajadoras cumplir efectivamente con su derecho al descanso. Es decir, dando un enfoque positivo al uso de las TIC¹³⁶⁶, permitiendo su uso para controlar la jornada diaria a través de herramientas digitales; por su simplicidad de conexión, acceso inmediato y verificación de los datos almacenados tal y como manifestó el TJUE.

En este sentido, el acceso eficaz a este descanso conlleva justamente que pueda disfrutar plenamente de su derecho a la desconexión digital del trabajo *ex art. 88*, sin ahondar en su necesario desarrollo convencional. Por consiguiente, esta barrera legal que posibilita a las personas trabajadoras el acceso a su derecho y respeto al descanso acentúa aun más las posibilidades de conciliación familiar y personal. Y por si fuera poco, cumpliría una labor imprescindible para los tiempos actuales en cuanto al ejercicio del teletrabajo así como a la prevención de los riesgos emergentes asociados a una exposición prologada de las TIC¹³⁶⁷.

Como se ha intentado exponer, el registro de jornada potenciaría en cadena el respeto de tales derechos a la persona trabajadora. Eso sí, aclarando que el desarrollo de este tipo de medidas ha sido asignado; al empresario como obligación o como derecho *ex art. 20.3 ET* o a la negociación colectiva como instrumento de puente entre la norma y la realidad empresarial de cada sector. Después de todo, el legislador parece avanzar en el llamamiento a voces de adaptar el derecho a los tiempos que corren; labor bastante ardua si se atiende la consideración de que las tecnologías evolucionan a diario poniendo en jaque a la normativa en vigor por entonces.

En definitiva, y a consecuencia con lo examinado, se llega a la conclusión de que la configuración del nuevo art. 34.9 a raíz de la entrada en vigor del RD-L 8/2019 premia a ambas partes, personas trabajadoras y empresarios. Por una parte, porque al trabajador se le atribuye un refuerzo en la protección de sus derechos fundamentales laborales y se pone fin a años de lucha contra la precarización en el empleo por el abuso de las horas

¹³⁶⁶ DE MIGUEL DÍEZ, J. A. (2019) “El registro de la jornada y la desconexión digital: avances en el control del tiempo de trabajo en la era digital”, *VIII-Premio Forelab Jóvenes Laboralistas*, p. 28, disponible en https://forelab.com/wp-content/uploads/registro-jornada-y-desconexion-digital_Alejandro-de-Miguel.pdf

¹³⁶⁷ VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M. (2017). “Problemas del (no) registro de la jornada ordinaria: reflexiones a propósito del polémico criterio jurisprudencial”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, nº 410, p. 118.

extraordinarias sin cotizar y cobrar¹³⁶⁸. En estos términos se pronuncia la SAN de 10 de diciembre de 2019¹³⁶⁹ exponiendo que “el registro de jornada se configura como una obligación de carácter documental, sirviendo como instrumento útil para garantizar el cumplimiento de elementos fundamentales del contrato de trabajo:

a.- el cumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de salario (art. 4 f) E.T) y cotización (arts.141 del TRLGSS)

b.- el cumplimiento por parte del empresario de las obligaciones establecidas en materia de prevención de riesgos laborales relativas a la ordenación del tiempo de trabajo, en garantía de la seguridad y salud de los trabajadores (art. 4 d) E.T)

c.- y finalmente, el cumplimiento por parte de las personas trabajadoras de su prestación laboral, (art. 5 E.T), máxime en el supuesto habitual en que el salario base se fije por unidad de tiempo con arreglo al art. 26.3 del ET¹³⁷⁰”.

Precisamente, respecto a esta última opción, el registro horario permitiría al empresario, en ejercicio de su derecho de vigilancia y control *ex art. 20.3 ET* poder comprobar que las personas trabajadoras están cumpliendo tanto con los periodos de tiempo acordes a su jornada laboral como los periodos de tiempo dedicados al descanso¹³⁷¹. A propósito por el interés que despierta el valor probatorio de los datos

¹³⁶⁸ *Vid.*, el Plan Director por un trabajo digno 2018-2019-2020 del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Recuperado de https://www.mites.gob.es/itss/web/Quienes_somos/OE_ITSS_Web/Doc_Organismo/Plan_Resumen_ejec_result.pdf

¹³⁶⁹ N° recurso 232/2019, Id Cendoj: 28079240012019100141. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fa2138b4ec60ac05/20200203>

¹³⁷⁰ Este hecho se comprueba en la STSJ de Aragón 395/2022. A este respecto, el TSJ acreditó que era la persona trabajadora quien confeccionaba su registro diario de jornada y que esta no reflejaba la realidad, pues había flexibilidad en la hora de salida de lunes a viernes que era entre las 12:30 y las 13:00 horas, y además, la jornada que realizaba la persona trabajadora era también los sábados de 6 a 7,15 horas, consistiendo esencialmente su trabajo en el control y entrega de los albaranes de los clientes a los diferentes repartidores-conductores. En este sentido, el TSJ concluyó que “independientemente del posible incumplimiento de la empresa en relación con el registro de jornada y su posible responsabilidad, a efectos de despido quedan acreditados los incumplimientos imputados al trabajador”. En definitiva, el TSJ vino a declarar que pese al incumplimiento manifiesto de la empresa en relación con el registro de jornada y, concretamente, de las horas extra, la persona trabajadora no puede salir beneficiada a fin de eludir su responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales básicas tal como la asistencia al trabajo. N° recurso de suplicación 126/2022, Id Cendoj: 50297340012022100189. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f493e390d007952a/20220517>

¹³⁷¹ Transcurrido un breve periodo de tiempo desde que se aprobó el RD 8/2018 sobre registro de jornada, ya ha sido tratado por la jurisprudencia las consecuencias de su existencia para el trabajador. Puesto que no es el objeto de esta tesis ahondar en su estudio, véase en profundidad VELASCO PORTERO, M.T. (2020). “Impacto sobre el trabajador de la obligación de registro horario a la luz de las primeras resoluciones judiciales”, *Revista Temas Laborales*, nº 151, pp. 343-373.

almacenados en el sistema de control horario con fines de supervisión laboral, se requiere necesario traer a análisis la sentencia de la AN de 20 de junio de 2019¹³⁷².

El conflicto se suscitó a raíz de la demanda de la Confederación General del Trabajo (en adelante sindicato) por la utilización de una empresa multinacional de servicios de *contact center* de los datos del registro horario como medio de justificación de los descuentos en nómina de los retrasos injustificados en el fichaje de sus trabajadores. La máquina en sí registraba las entradas y salidas del centro de trabajo incorporando los datos a una aplicación informática. La empresa cuantificó que la persona trabajadora tardaba entre 1 minuto y medio y tres minutos en fichar y conectarse en su puesto de trabajo. En consecuencia, se le descontó en la nómina mensual de forma proporcional al periodo en el que la persona trabajadora estuvo ausentada de su puesto de trabajo. El tribunal estimó que “por cuanto que la detracción de salarios obedece al lógico desarrollo dinámico de un contrato de naturaleza bilateral y sinalagmática como es el de trabajo como arriba se ha expuesto sin que implique el ejercicio de potestad disciplinaria alguna”.

Dicho sea de paso, las personas trabajadoras deben al empresario una prestación de servicios que *stricto sensu* requiere aportar su tiempo y, como contraprestación a sus servicios y gratificando el tiempo sacrificado, el empresario dota al trabajador de un salario tal como recoge el art. 30 ET. Eminentemente, concreta el tribunal que a *contrario sensu*, si no hay prestación de servicios imputable a la persona trabajadora, se dispensaría al empresario a abonar los salarios. No en vano, esta justificación es conforme a lo previsto en el art. 26.1 que prevé la posibilidad de fijar el salario por unidad de tiempo de servicios laborales. Por lo tanto, desestimó las pretensiones del sindicato que centraba su estrategia en declarar contraria a derecho la práctica empresarial examinada. Este pronunciamiento podría hacer cambiar de idea a los detractores de la implantación de esta medida de control ya que ha intentado poner de manifiesto que actúa en beneficio de ambas partes del contrato.

Habrá que estar atentos al devenir de la norma conforme avance su desarrollo y cumplimiento en las entidades empresariales para poder comprobar que efectivamente se han alcanzado los objetivos propuestos por el legislador a razón de la extraordinaria urgencia de la materia. A este respecto, y con la intención de plasmar las ventajas que

¹³⁷² Nº recurso 215/2019, Id Cendoj: 28079240012019100081. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e08dd75df0a6f0c2/20190704>

ofrece el registro de jornada laboral por medio de dispositivos electrónicos se inicia su estudio en el siguiente epígrafe.

5. La compatibilidad entre los sistemas de registro horario laboral y el derecho a la protección de datos del trabajador.

Se ha puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones en estas líneas que las relaciones laborales no son ajenas al progreso técnico de las nuevas tecnologías. Y de hecho, al incorporarse al mundo del trabajo han permitido a las empresas reestructurar sus procesos e implementar medidas de digitalización. Básicamente, para alcanzar la tan ansiada competitividad que le permita posicionarse en el mercado.

Asimismo, superada la tesis de la utilización de las nuevas tecnologías como medio de control y supervisión de la prestación laboral por el empresario *ex art. 20.3 ET*, se pretende poner de manifiesto otro tipo de finalidad de esta. Efectivamente, si en un primer momento en el que el control de la jornada laboral estaba limitado exclusivamente a unas figuras contractuales, en estos momentos no sucede lo mismo. Tras la entrada en vigor del RD-L 8/2019 se le impone al empresario una obligación universal con independencia de la figura contractual que disfruten sus empleados. Es decir, se establece la obligación a la empresa de garantizar el registro diario de la jornada de trabajo, concretamente horario de inicio y finalización.

Llegados a este punto y en contraposición con la tesis de la utilización de la tecnología como medio de control laboral, se superpone por la utilización de la tecnología como medida de verificación de una obligación legal impuesta al empresario. En este sentido, es sabido por todos que el progreso técnico ha permitido el desarrollo de numerosos instrumentos que permiten un desarrollo automatizado acelerado en tiempo y forma de determinadas acciones. A este respecto y ligando esta conexión con la obligación de registro horario, surgen como respuesta nuevos métodos de control digital de jornada. Dadas las características actuales del mercado de trabajo y las circunstancias de pandemia suscitadas por el COVID-19¹³⁷³, en una misma empresa pueden darse situaciones totalmente diferentes.

¹³⁷³ Los datos biométricos también han sido objeto de regulación entre las medidas de higiene y prevención frente al Covid-19 en el ámbito de las relaciones laborales. Concretamente, en el art. 4 de la Orden SND/414/2020, de 16 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 2 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad. La medida consiste en la sustitución de los sistemas de fichaje con huella dactilar por otros sistemas que garanticen las medidas higiénicas adecuadas para la seguridad y salud de

De acuerdo con lo anterior, pueden constatar personas trabajadoras que desarrollan trabajo presencial, otros que exclusivamente desarrollan su prestación laboral en remoto o a distancia incluso aquellos que apuestan por un modelo híbrido entre ambas figuras. Sin dejar a un lado la adopción de medidas de flexibilidad laboral para mejorar la conciliación laboral y familiar, el disfrute de vacaciones, permisos o ausencias justificadas. Es por lo que, ante esta situación compleja realidad laboral, la tecnología ha desarrollado diferentes tipos de software, programas, métodos o sistemas que permiten aglutinar todo este tipo de supuestos. Y al mismo tiempo facilita al empresario cumplir con una obligación legal organizando, documentando y conservando todos estos datos que deberán estar a disposición de las personas trabajadoras y de la Inspección de Trabajo y seguridad Social.

Pues bien, los datos biométricos ya tuvieron ocasión de ser definidos previamente a la entrada en vigor al RGPD por el GT29 en su Dictamen 4/2007. Los definió como aquellas “propiedades biológicas, características fisiológicas, rasgos de la personalidad o tics, que son, al mismo tiempo, atribuibles a una sola persona y mensurables, incluso si los modelos utilizados en la práctica para medirlos técnicamente implican un cierto grado de probabilidad¹³⁷⁴”. De acuerdo con lo anterior, los datos biométricos permiten, en este caso a los empresarios identificar, verificar y/o autenticar¹³⁷⁵ conforme a una categoría específica de datos personales a las personas trabajadoras¹³⁷⁶. Concretamente, y en el peor

los trabajadores. Salvo, que el sistema sea desinfectado antes y después de cada uso por las personas trabajadoras.

¹³⁷⁴ GT29, Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales, WP136, 20 de junio de 2007, p. 9. Recuperado de https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_es.pdf

¹³⁷⁵ En este caso debe tenerse en cuenta que en este Dictamen del GT29 se distingue entre identificación, “identificación de un individuo por un sistema biométrico es normalmente el proceso de comparar sus datos biométricos (adquiridos en el momento de la identificación) con una serie de plantillas biométricas almacenadas en una base de datos (es decir, un proceso de búsqueda de correspondencias uno-a-varios)”, de la verificación/autenticación como aquel proceso de “verificación de un individuo por un sistema biométrico es normalmente el proceso de comparación entre sus datos biométricos (adquiridos en el momento de la verificación) con una única plantilla biométrica almacenada en un dispositivo (es decir, un proceso de búsqueda de correspondencias uno-a-uno)”. Dictamen 3/2012 sobre la evolución de las tecnologías biométricas, WP193, de 27 de abril de 2012, p. 6. Recuperado de https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/wp193_es.pdf

¹³⁷⁶ WENDEHORST, C. DULLER, Y. (2021). Biometric Recognition and Behavioural Detection. Assessing the ethical aspects of biometric recognition and behavioural detection techniques with a focus on their current and future use in public spaces, *Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs-European Parliament*, p. 20-21, disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/696968/IPOL_STU\(2021\)696968_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/696968/IPOL_STU(2021)696968_EN.pdf)

de los casos para los intereses de los derechos fundamentales salvaguardados a través de su identificación física; piénsese, en la huella dactilar, el iris o la retina o incluso la voz. Tales aspectos son determinantes en la identificación o confirmación de la identidad de las personas trabajadoras a través de la comparación en plantillas uno a uno y/ o uno a varios que responden a un fin concreto y que, en este supuesto, es el registro de jornada.

Los datos biométricos también han gozado de un espacio de regulación en el art. 4.14 RPDG calificados como “datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos”. De lo anterior se puede comprobar que su redacción es bastante similar a la que adelantó el GT29, pero es mucho más concisa por varios motivos. En primer lugar, porque incide principalmente en su calificación de dato personal de manera que las operaciones de tratamiento de datos biométricos tendrán el respaldo del presente RGPD. En segundo lugar, porque limita en su concepto aquellas operaciones de tratamiento de datos biométricos que conlleven como resultado la identificación o autenticación de una persona física¹³⁷⁷. Por consiguiente, la calificación de datos biométricos como datos personales de carácter especial como puede ser el caso de la utilización de la huella dactilar o el reconocimiento facial será únicamente cuando aquellas operaciones o sistemas de tratamiento de datos personales de carácter personal tuvieran como finalidad la identificación personal de un individuo.

Pero sin embargo, esta cuestión no está totalmente resuelta ya que de forma acertada por el RGPD refuerza el carácter de los datos biométricos incluyéndolos bajo la nomenclatura de “categorías especiales de datos personales”. En consecuencia y a tenor del art. 9 RGPD, queda totalmente prohibido el tratamiento de datos personales que, entre otros, estén dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física. Aunque, se prevé una salvedad en el art. 9.2 b) para que el empresario en ejercicio de sus facultades de control y supervisión *ex art. 20.3 ET* pueda tratar datos biométricos. Así, en el ámbito del Derecho Laboral es posible a tenor de lo dispuesto en el art. 9.2 b) RGPD el tratamiento de datos biométricos siempre que sea necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos por el responsable del tratamiento. Y

¹³⁷⁷ *Vid.*, sobre la distinción del proceso de verificación y autenticación biométrica en RIBAS, X. (2020). “La huella dactilar y el reconocimiento facial utilizados para el control de acceso no son una categoría especial de datos”, *Aranzadi digital*, nº 1.

es precisamente una de las obligaciones que se le impone al empresario por el RD-L 8/2019 el control de la jornada laboral de la totalidad de las personas trabajadoras. De donde se infiere que, el empresario, como responsable del tratamiento de datos personales de las personas trabajadoras cuenta con la legitimidad necesaria para recabar datos biométricos de estos. Por tanto, como consecuencia directa de una obligación legal que le ha sido impuesta por el legislador *ex art.* 34.9 ET y que inicialmente le habilita para adoptar este tipo de sistemas de forma lícita y acorde con el respeto de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras¹³⁷⁸.

Entra en juego a tal respecto el control biométrico entendido como medio de análisis técnico que permite diferenciar las singularidades físicas de las personas trabajadoras facilitando su identificación por este tipo de sistema digital¹³⁷⁹. Este tipo de datos serán almacenados en un registro de datos biométricos en el que se encontrarán clasificados de conformidad a su atribución personalizada a cada persona trabajadora. De esta forma, este sistema permite la creación de un perfil biométrico específico a través de una plantilla biométrica concretada en el momento del registro inicial conforme al tipo de dato recabado. Y que al momento de requerir la identificación o autenticación de la persona trabajadora, se lleva a cabo una tarea de disociación comparativa entre las características biométricas registradas con la que se encuentra almacenada en la base de datos en cuestión¹³⁸⁰.

Con respecto a las plantillas biométricas, una de las autoridades nacionales de protección de datos que han incidido en el estudio de la biometría es la Commission Nationale de l'informatique et des Libertés (en adelante CNIL). De hecho, en su resolución n° 2019-001¹³⁸¹ distingue hasta 3 tipos diferentes de plantillas:

¹³⁷⁸ DELGADO MARTÍN, J. (2021). “Notas sobre datos biométricos en las relaciones laborales: sistema de control horario mediante huella dactilar”, *Diario La Ley Ciberderecho*, n° 50, p. 2.

¹³⁷⁹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. MERCADER UGUINA, J. (2017). “El control biométrico de los trabajadores”, *Revista de Información Laboral*, n° 3, p. 1.

¹³⁸⁰ *Vid.* sobre las diferentes fases del tratamiento de los datos biométricos en GT29, Dictamen 3/2012 sobre la evolución de las tecnologías biométricas, WP193, 27 de abril de 2012, p. 5-6. Recuperado de https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/wp193_es.pdf

¹³⁸¹ *Vid.* Article 7 Choix des modalités de détention du gabarit. Délibération n° 2019-001 du 10 janvier 2019 portant règlement type relatif à la mise en œuvre de dispositifs ayant pour finalité le contrôle d'accès par authentification biométrique aux locaux, aux appareils et aux applications informatiques sur les lieux de travail. Recuperado de <https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/deliberation-2019-001-10-01-2019-reglement-type-controle-dacces-biometrique.pdf>

- Tipo 1: plantillas que son objeto de control por las personas interesadas. El medio de almacenamiento está en propiedad de la persona, por ejemplo, una credencial o tarjeta inteligente personal identificativa.
- Tipo 2: plantillas cuyo dominio se encuentra bajo el control del empleador mediante el almacenamiento en bases de datos. Este tipo de plantillas se caracterizan porque se mantienen inutilizables mientras que la persona trabajadora no revele el “secreto” de acceso.
- Tipo 3: este tipo de plantillas son las más “agresivas” para la privacidad de los trabajadores. En este caso, los datos biométricos se encuentran bajo el dominio exclusivo del empleador en un soporte y al que la persona trabajadora accede mediante un registro de comparación para su autenticación. Es el caso del uso de la huella dactilar o reconocimiento facial.

Conforme a este análisis, detalla concisamente la CNIL que se establece la prioridad de la implantación de plantillas tipo 1. De tal modo que se decanta por un sistema jerárquico en función de la agresividad o riesgos que entrañe el tipo de plantillas biométricas para los derechos y libertades de las personas. Por tanto, sólo podrá utilizarse plantillas tipo 2 cuando pueda demostrarse fehacientemente que dadas las características del sistema tipo 1 no es aplicable a un contexto concreto de la empresa en cuestión. Igualmente, para implantar plantillas tipo 3 debe justificarse a través de un análisis y evaluación de riesgos para los derechos y libertades de los interesados que es el sistema más acorde al contexto de la empresa. Y, en suma, que se han adoptado todas las medidas de seguridad necesarias acorde a los resultados del análisis de riesgos.

Este control puede llevarse a cabo a través de fórmulas diversas que pueden distinguirse, de acuerdo con el análisis anterior, entre más y menos agresivas para la privacidad de las personas trabajadoras. Así es posible distinguir entre los más intrusivos por requerir el tratamiento de datos personales biométricos:

- a) Huella dactilar: sistema de registro laboral que consiste en la autenticación e identificación de la persona trabajadora mediante un ejercicio de comparación algorítmica en una base de datos del empleador. De esta manera es necesario que previamente se haya llevado a cabo un registro personal “muestras o

minucias¹³⁸² de los trabajadores para introducirla en la base de datos. Así, una vez cumplimentada esta tarea es necesaria una interacción entre un sistema físico y la persona. Normalmente se trata de un lector digital en el que la persona trabajadora a través de un contacto de su huella digital con este dispositivo es identificada a través de la autenticación de su huella.

- b) Reconocimiento facial: este tipo de registro de jornada laboral a diferencia de la huella dactilar no requiere contacto físico de la persona trabajadora y máquina. Sino que, una vez que el trabajador se disponga a iniciar o finalizar su jornada laboral solo debe dirigirse a la cámara del dispositivo. Una vez delante de este, a través de un sistema de predicción biométrica de comparación, el software automatizado apoyándose en un algoritmo podrá identificar y autenticar a la persona a través de los datos registrados previamente en la base de datos¹³⁸³. Por tanto, en este caso, la validación de la persona trabajadora se efectuará tras la revisión de sus caracteres físicos: contorno y rasgos faciales. Bien sea de forma geométrica (de forma angular respecto a los rasgos faciales, nariz, boca, ojos) o bien de forma fotométrica (siendo una actuación más genérica sobre el rostro de la cara)¹³⁸⁴.
- c) Retina o iris: en consonancia con el resto de los sistemas analizados en este apartado, este tipo de sistemas constituye uno de los medios con mayor injerencia en la privacidad de las personas trabajadoras. El procedimiento se lleva a cabo a través del escaneo a través de una cámara de infrarrojos de los

¹³⁸² MERCADER UGINA, J. (2021). “Datos biométricos en los centros de trabajo”, en BAZ RODRÍGUEZ, J. *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España*, 1ª Ed., Madrid, Wolters Kluwer, p. 189.

¹³⁸³ Mientras que la identificación responde a la comparación de caracteres de uno frente al grupo, el término autenticación responde a la verificación de que la persona que introduce unos datos se corresponde con los que previamente se han registrado. En este sentido, en términos de protección de datos es más seguro la utilización de parámetros de autenticación que de identificación ya que se permitiría evitar tanto el almacenamiento de una gran cantidad de datos sensibles en un servidor como conculcar el principio de seudonimización personal. CASTRILLO DE LA FUENTE, M. (2021). “La doble cara del reconocimiento facial: entre las ventajas de su uso y el impacto en nuestra privacidad”, *Aranzadi digital*, nº 1, pp. 1-2.

¹³⁸⁴ ARAGÜEZ VALENZUELA, L. (2019). Los sistemas biométricos de registro de jornada y la (des) protección jurídica de la persona del trabajador, en *XXXVIII jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales-El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo*, Sevilla, p. 12, disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/c/document_library/get_file?uuid=77ad7ac7-da0f-47e2-976d-60e78c0a46db&groupId=10128

vasos sanguíneos de la retina así como los patrones del iris¹³⁸⁵. Dicho esto, quizás este tipo de sistemas esté más orientado al control de accesos a zonas restringidas de seguridad que al control de jornada laboral. Puesto que, en cierto modo, el empresario al momento de llevar a cabo la evaluación de impacto para valorar los riesgos para los derechos y libertades fundamentales deberá especificar concienzudamente la idoneidad como la proporcionalidad de este tipo de medida de control laboral.

- d) La voz: constituye al igual que los anteriores un dato personal pero se distingue de los anteriores por el alto grado de fiabilidad y autenticidad. Se trata de un dato personal biométrico presenta mayores dificultades de suplantación de identidad, que son prácticamente inequívocas. Es por ello por lo que la asignación de la voz como medio de identificación y autenticación personal presenta de forma inherente un nivel de robustez superior.

Y entre los menos intrusivos para los derechos fundamentales de los trabajadores, se pueden mencionar los siguientes:

- a) App móvil: con este tipo de sistemas el trabajador a través de una aplicación en su Smartphone registra su jornada laboral. Existen incluso algunos sistemas que permiten el fichaje con geolocalización, lo que en cierto modo muestra una compatibilidad absoluta con: el formato de trabajo a distancia, repartidores, comerciales, entre otros.
- b) Registro web: el registro de la jornada laboral a través de la web se caracteriza por varias razones. Una de las posibilidades es que la persona trabajadora ficha desde un mismo dispositivo, normalmente el ordenador o dispositivo de trabajo habitual, que tiene instalado un *plug-in* de verificación. Otra alternativa es simplemente dirigirse al acceso o enlace web propio de la empresa y fichar desde la intranet sin necesidad de instalar ningún tipo de acceso.
- c) Llamada telefónica: se trata de una de las posibilidades más “arcaicas” dado el carácter prolongado que requiere la acción de registrar la entrada y salida. La persona trabajadora deberá realizar una llamada telefónica a una centralita

¹³⁸⁵ “Guía sobre las tecnologías biométricas aplicadas a la ciberseguridad. Una guía de aproximación para el empresario”, Instituto Nacional de Ciberseguridad, pp. 7-9. Recuperado de https://www.incibe.es/sites/default/files/contenidos/guias/doc/guia_tecnologias_biometricas_aplicadas_ciberseguridad_metad.pdf

identificándose con un código de identificación personal, posteriormente registrar su pin personal y finalmente tras las indicaciones de la locución telefónica indicar si se trata de registrar la entrada o salida del trabajo.

- d) Tarjeta magnética: es uno de los sistemas más tradicionales que normalmente ha tenido una doble utilidad: como sistema de registro y control de accesos a zonas restringidas y, también, como sistema de registro y control de jornada. A través de este tipo de tarjetas magnéticas la persona trabajadora puede identificarse y contrastar su autenticación mediante la introducción de un código pin.

Por todo esto, se puede evidenciar que el proceso de digitalización que vive no solo la sociedad en general sino también las relaciones laborales, es exponencialmente imparables. Ello es una consecuencia de una de las características innatas de las nuevas tecnologías, su constante progreso e ingeniosa mejora desarrollando continuas actualizaciones. Si bien es cierto que para el empresario pudiera generarle una serie de ventajas dadas las características técnicas de estos instrumentos como pueden ser “la seguridad, fiabilidad, celeridad o comodidad¹³⁸⁶”, también genera desventajas. Como ha sido manifestado, el uso extenuado y desorbitado por el empresario de datos personales en las relaciones laborales le sitúa en una situación bastante compleja, por lo que, deberá asumir mayores riesgos ante el manejo de una gran cantidad de datos personales dando pie a posibles vulneraciones del espacio de privacidad de los trabajadores¹³⁸⁷. Y, por consiguiente, hacer frente a una serie de infracciones que llevan aparejadas sanciones que van evidentemente en detrimento de sus intereses corporativos. Por lo tanto, el empresario asume un papel distinguido en la gestión de la política de protección de datos personales de sus empleados y, por ello, deberá observar los parámetros marcados por la legislación. Deberá ser bastante minucioso y acreditar paso por paso de que ha cumplido con el itinerario legal marcado tanto por el RGPD y la LOPD para implementar este tipo de sistemas de control laboral.

Con la finalidad de plasmar qué requisitos deben acatar los empresarios para salvaguardar el derecho a la protección de datos de sus empleados se muestra a continuación la evolución de los criterios determinantes para los sistemas de control

¹³⁸⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (2019). “Las facultades de control de datos biométricos del trabajador”, *Temas Laborales*, nº 150, p. 97.

¹³⁸⁷ MOLINA NAVARRETE, C. (2021). *Datos y derechos digitales de las personas trabajadoras en tiempos de (pos)covid19: entre eficiencia de gestión y garantías*, Albacete, Bomarzo, p. 258.

biométricos. De tal modo que se comenzará con un recorrido jurisprudencial previo a la aprobación tanto del RGPD como de la LOPD para proseguir después con el análisis posterior a la entrada en vigor de ambas legislaciones. Y que ante la escasa referencia jurisprudencial en este periodo de vigencia legislativa se ha optado por traer a colación el papel que ha asumido la AEPD en esta materia de biometría laboral. Es así como se pondrá de manifiesto qué criterios ha marcado la AEPD para verificar una correcta actuación en la implantación de sistemas de control biométricos por las empresas.

5.1. Evolución de los criterios operantes para implantar un sistema biométrico de control de la jornada laboral.

Comenzando con este análisis que marque concienzudamente las diferencias entre el marco legal previo y a posteriori del RGPD y la LOPD, este recorrido debe tener lugar inicialmente con el Auto nº 57/2007 de 26 de febrero del TC¹³⁸⁸. En este procedimiento, el TC debía determinar la admisión a trámite del recurso de amparo nº 4243/2003 contra la sentencia de 23 de enero de 2003 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Cantabria.

El demandante, quien formaba parte del personal de la Administración de la CCAA de Cantabria, presentó demanda por posible vulneración de derechos fundamentales en la implantación de un sistema de control de personal mediante un perfil biométrico de su mano. Concretamente, sostuvo que podían verse vulnerados el derecho a la integridad física y moral *ex art. 15 CE*, así como al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen *ex art. 18 CE*.

Por su parte, el Gobierno de Cantabria argumentó que el sistema de control biométrico cumple todos los parámetros legales de tal forma que no vulnera ninguno de los derechos fundamentales en cuestión, ya que el único objetivo propuesto y así se ha empeñado esta administración en alcanzar, era lograr un nivel óptimo de eficacia respecto al cumplimiento de sus obligaciones con sus empleados públicos. Y, precisamente, este sistema fue el que presentaba mayor idoneidad para alcanzar la finalidad señalada de forma legítima por la administración actuante. Así mismo, sostuvo a su favor que cumple estrictamente los parámetros de la LOPRODA. De hecho, para la recogida de tales datos personales y dado el contexto jurídico laboral o administrativa no era precisa la obtención

¹³⁸⁸ Recurso de amparo núm. 4243/2003 (Aranzadi JUR\ RTC 2007\57 AUTO).

del consentimiento del afectado *ex art.* 6.2 de la ley. Mucho menos, que el control biométrico a través del escáner de la palma de la mano constituyera un atentado para la intimidad corporal, violentando el pudor o recato de las personas trabajadoras¹³⁸⁹.

En el fundamento jurídico primero, el TC se encargó de aclarar las características del sistema biométrico en cuestión. Este sistema se caracteriza por llevar a cabo una tarea de comparación de forma automática de determinados valores biométricos de la mano de cada trabajador: longitud, anchura, grosor y superficie. La ficha biométrica personal no incorporaba a la base de datos la imagen o representación gráfica ni siquiera la huella dactilar. En conclusión, la ficha biométrica de la mano de cada persona trabajadora se encontraba integrada por una representación matemática de las dimensiones de esta, careciendo de utilidad individualmente.

Ahora sí, respecto a la resolución del proceso, el TC se pronunció separadamente en dos términos. En primer lugar, en cuanto a la posible vulneración del derecho a la integridad física y tras revisar su propia doctrina desestimó esta posibilidad. Precisamente porque el demandante alegó juntamente al art. 15 CE el derecho a la protección de la salud *ex art.* 43 CE, principio rector de la política social y económica pero no sujeto a tutela extraordinaria a través del amparo constitucional *ex art.* 53.2 CE. Si bien es cierto que ambos derechos se encuentran conectados, no puede aceptarse que “todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental a la integridad física”¹³⁹⁰.

De acuerdo con lo anterior, el TC vuelve a recordar que para alegar la injerencia de los poderes públicos en la salud de una persona y que a su vez menoscaba su derecho fundamental a la integridad física deben observarse una serie de criterio. Por un lado, es necesario que aquella actuación pública ocasione “un peligro grave e inmediato en la salud¹³⁹¹” o bien “un riesgo relevante que genere un peligro grave y cierto para la salud del afectado¹³⁹²”. En suma, el TC recalcó que el demandante se limitó a presentar el nuevo

¹³⁸⁹ A este respecto se ha pronunciado el TC en varias ocasiones. *Vid.* Recurso de amparo núm. 235/1987 (Aranzadi JUR\ RTC 1989\37), fundamento jurídico séptimo, párrafo sexto. Recurso de amparo núm. 4226/1999 (Aranzadi JUR\ RTC 2002\218), fundamento jurídico cuarto, párrafo segundo.

¹³⁹⁰ Fundamento jurídico tercero.

¹³⁹¹ Recurso de amparo núm. 4214/1998 (Aranzadi JUR\ RTC 2001\119), fundamento jurídico sexto, párrafo segundo.

¹³⁹² Recurso de amparo núm. 1221/2002 (Aranzadi JUR\ RTC 2005\220), fundamento jurídico cuarto, párrafo cuarto.

sistema biométrico como un riesgo para la salud, es decir, a través de meras conjeturas o hipótesis¹³⁹³. Por tanto, su argumento careció de un pilar fundamental, el apoyo probatorio que acreditase la vulneración alegada, decayendo por su propio peso su pretensión.

En segundo lugar, el TC al momento de analizar la posible injerencia del sistema biométrico en el derecho a la intimidad corporal como ramificación del derecho fundamental a la intimidad personal las interpretó por separado. Si bien es cierto que esta última, también ha sido examinada en profundidad en este trabajo, el TC reiteró su campo de actuación; “un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás donde el individuo pueda mantener un mínimo de calidad humana¹³⁹⁴”. Por otro lado, que la intimidad corporal protege frente a “toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona¹³⁹⁵”. Aunque, y por el interés que suscita para este procedimiento, la intimidad corporal es una entidad cultural que no física, ello quiere decir que como ha manifestado con anterioridad el TC, existen determinadas actuaciones que no suponen una intromisión en determinadas partes del cuerpo humano ya que no constituyen una “violación del pudor o recato de la persona¹³⁹⁶”. Dicho lo anterior, el TC aseveró que la exposición de la mano como instrumento identificativo no conlleva una vulneración de la intimidad corporal. Máxime, cuando tanto cultural como socialmente se encuentra arraigado el uso de esta parte física del cuerpo como medio de identificación personal.

Por lo tanto, y pese a las manifestaciones del demandante contrario a la identificación a través de sus características físicas, existían por aquél entonces en nuestro país otro tipo de instrumentos similares. Téngase en cuenta, a modo de ejemplo, la utilización de la fotografía y de la huella dactilar incorporados al procedimiento del documento oficial de identidad, de tal manera que, el sistema de biometría con fines de control laboral podía ser calificado de respetuoso con el derecho a la intimidad corporal y no conculcaría tampoco el derecho a la intimidad personal si no se obtuviese información distinta a la finalidad perseguida. Cuestión que, sin embargo, no se manifestó

¹³⁹³ Fundamento jurídico tercero.

¹³⁹⁴ Fundamento jurídico cuarto.

¹³⁹⁵ *Ibidem*.

¹³⁹⁶ Recurso de amparo núm. 1221/2002 (Aranzadi JUR\ RTC 2005\220), fundamento jurídico quinto, párrafo cuarto.

por el demandante a este proceso sino que de nuevo trascendió a modo de meras conjeturas o hipótesis sobre los posibles problemas que pudiera causar la biometría en la privacidad de las personas trabajadoras.

En síntesis, el TC manifestó que la implantación de un sistema biométrico de control laboral a través del registro biométrico de la mano no conculcó el derecho a la intimidad corporal, dado que como se argumentó en el fundamento jurídico sexto “no existe una noción socialmente arraigada de recato en lo que respecta a esa parte del cuerpo” y, porque en su noción extensiva del derecho a la intimidad personal “no desvela un ámbito reservado del recurrente”. Ello no obsta a que, al implantar un sistema biométrico basado en la lectura de la huella dactilar como dato personal *ex art. 3 LOPRODA*, la AAPP de Cantabria cumpliera con los preceptos de protección de datos y que hasta el momento de los hechos se había efectuado correctamente¹³⁹⁷. Y que juntamente con esta previsión, cumpliera con un propósito legítimo como es hacer frente a las obligaciones jurídico-laborales o administrativas de control de la jornada de las personas trabajadoras¹³⁹⁸. Por tales motivos, desestimó nuevamente esta segunda pretensión del demandante dando validez, por consiguiente, a la implantación del registro biométrico por la AAPP de Cantabria¹³⁹⁹.

Este criterio examinado y utilizado por el TC se plasma en los mismos términos en pronunciamientos de diferentes TSJ que conviene señalar:

¹³⁹⁷ Fundamento jurídico sexto.

¹³⁹⁸ *Ibidem*.

¹³⁹⁹ Posteriormente y una vez implantando se volvió a suscitar la misma cuestión. En este caso, se planteó por la Confederación general del Trabajo de Cantabria y el Sindicato de Trabajadores de la Enseñanza de Cantabria recurso de casación frente a una resolución previa del TSJ de Cantabria ante el TS. En resumidas cuentas, el recurso se orientaba a anular tanto la Resolución de la Consejería de la Presidencia sobre la implantación del nuevo sistema de control horario como la Orden de la misma Consejería de Presidencia de fecha 5 de junio de 2002, sobre la puesta en funcionamiento del sistema de control horario. En consecuencia, el TS en su sentencia de 2 de julio de 2007, mantiene el mismo criterio jurídico que el TC. En primer lugar, que el registro biométrico de la imagen de la palma de la mano no vulneraba los siguientes derechos: la integridad física *ex art. 15*, la protección de datos *ex art. 18.4 CE* así como el derecho a la salud *ex art. 43 CE*. En segundo lugar, que la medida perseguía una finalidad legítima de la AAPP actuante como era la obligación de controlar el cumplimiento de la jornada laboral de los empleados públicos. Y por último como complementación de lo anterior, la utilización de este tipo de sistemas de control o identificación personal estaba suficientemente arraigada social y culturalmente. Aunque si bien es cierto que al tratarse de un tratamiento de datos personales ello no obstaba a inobservar los parámetros marcados por la LOPRODA a este respecto. Recurso de casación núm. 5017/2003 (Aranzadi JUR\ RJ 2007\6598).

- La STSJ de Andalucía Sala de lo Contencioso-Administrativo nº 874/2007 de 3 de diciembre de 2007¹⁴⁰⁰. En este pronunciamiento se examinó una cuestión sobre el llamamiento personal de los empleados públicos del Ayuntamiento Granada para tomar sus datos biométricos a fin de establecer un correcto control del horario. El TSJ de Andalucía determinó que efectivamente la recogida de datos biométricos (en concreto la huella digital inserta en una tarjeta) en sistemas informáticos no conllevaba una vulneración de derechos fundamentales por dos razones. La primera porque a diferencia de otros sistemas de lectura por escáner de infrarrojos, esta medida cumple las garantías y controles necesarios minimizando los riesgos para los derechos a la intimidad personal y familiar como la privacidad de las personas trabajadoras¹⁴⁰¹. La segunda es que la inclusión de la huella dactilar en la tarjeta se encuentra encriptada y precisamente lo que garantiza es que no se conserve una imagen real de la huella de las personas trabajadoras, imposibilitando en este sentido, la posibilidad de descifrar e identificarlas a partir de la estructura de la huella.
- La STSJ de Murcia Sala de lo Social nº 47/2010 de 25 de enero de 2010¹⁴⁰². En este caso, ante las deficiencias manifestadas por el antiguo sistema de registro y de control de accesos se llevó a cabo un cambio de este. Dadas las deficiencias del antiguo sistema de control por tarjeta que había quedado obsoleto se decidió implantar el sistema de control a través de la huella digital personalizada. Al momento de llevar a cabo esta medida se le entregó un protocolo al personal con información completa sobre este nuevo mecanismo. El sindicato demandante reiteró que esta actuación de la empresa ocasionaba una vulneración del derecho a la intimidad informática. Por el contrario la Sala de lo Social estimó que la captación de dato biométrico como es la huella digital de las personas trabajadoras como medio de identificación no vulnera la esfera de su intimidad. Entre las razones, argumentó que en la LOPRODA no existía prohibición absoluta respecto de su recogida y posterior tratamiento. De hecho, a tenor de lo dispuesto en el art.

¹⁴⁰⁰ Sentencia núm. 874/2007 de 3 de diciembre (Aranzadi JUR\ 2008\324813).

¹⁴⁰¹ Fundamento jurídico primero.

¹⁴⁰² Sentencia núm. 47/2010 de 25 de enero (Aranzadi JUR\ AS\2010\165). *Vid.*, un análisis más exhaustivo de la sentencia en SELMA PENALVA, A. (2010) “El control de accesos por medio de huella digital y sus repercusiones prácticas sobre el derecho a la intimidad de los trabajadores. Comentario a la STSJ de Murcia, de 25 de enero de 2010”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 9.

4 no podía constatarse que dicho tratamiento atendiera finalidades distintas. Es así que, como medida de seguridad, los datos biométricos se encontraban almacenados en sistemas informáticos de la empresa de tal forma que no era posible acceder a la imagen real de la huella para ser captada por terceras personas. Sintetizando pues, la medida adoptada por la empresa contaba con la legitimidad necesaria para alcanzar la finalidad prevista (el control de la jornada laboral) al ser adecuada, pertinente y no excesiva¹⁴⁰³.

- La STSJ de Canarias Sala de lo Social nº 914/2012 de 29 de mayo de 2012¹⁴⁰⁴. Por el contrario, en este caso el TSJ de Canarias examinó un caso en el que se suscitó un debate en el personal de la empresa ante un cambio en el método de fichaje. Mientras que en un primer momento el sistema de fichaje era a través de una tarjeta identificativa personal de cada persona trabajadora y ante las irregularidades de este sistema planteadas el personal, la empresa sustituyó este modelo e implantó el sistema de control biométrico por huella dactilar. Ante tales hechos se planteó ante esta Sala de lo Social la posible vulneración del derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18 CE. Este planteamiento se desestimó por la Sala ya que vino a rechazar que este tipo de sistemas de control conllevaran la vulneración de ningún derecho fundamental. La Sala basó su argumentación en la doctrina asentada en el caso del Gobierno de Cantabria, por lo que no se antoja necesario reiterarse en la misma.

Por lo tanto y como resumen a lo anterior, la razón principal de la permisividad a la hora de implantar un sistema de control biométrico era debido en cierto modo a la propia flexibilidad de la LOPRODA. En estos momentos los datos biométricos se encontraban integrados en una regulación general a tenor de la calificación como dato personal al revelar una información personal concerniente a la persona trabajadora y, por consiguiente, esta operación automatizada de lectura biométrica de la palma de la mano constituye un tratamiento de datos personales que viene a dar respuesta a una finalidad legítima, el control de la jornada laboral.

¹⁴⁰³ Fundamento jurídico tercero, párrafo sexto.

¹⁴⁰⁴ Sentencia núm. 914/2012 de 29 de mayo (Aranzadi JUR\ AS\2012\1915).

En este sentido, esta medida implantada por el empresario será legítima siempre que dicho tratamiento encuentre respaldo en los términos previstos en los preceptos de la LOPRODA. Y así ha sido manifestado de forma tajante por el TC y los TSJ, ya que hasta el momento ninguna norma privaba tal posibilidad e incluso existía una “permisividad social y cultural” a la identificación a través de las características personales tales como la fotografía o incluso la huella dactilar, que, en suma, se constataba que no conllevaban ningún atentado para los derechos fundamentales a la integridad física o la intimidad personal así como su ramificación en la intimidad corporal. De esta manera, se despejaba la incertidumbre generada sobre la hipotética injerencia en la salud o en el espacio reservado e íntimo de la persona.

Conviene en este momento, y con la finalidad de reforzar gratamente esta investigación, traer a colación el papel que ha asumido la AEPD respecto a la biometría en el ámbito del trabajo. Es por ello por lo que se pretende poner de manifiesto que la situación ha dado un vuelco total tras la entrada en vigor tanto del RGPD como de la LOPD. En cierto modo, porque básicamente se prevén de forma específica y concisa otro tipo de requisitos que debe cumplir el empresario para la implantación de un sistema biométrico, superando ahora sí, la flexibilidad legislativa instaurada hasta entonces y que generó una permisividad prácticamente total para implementar este tipo de medidas de control tecnológico.

La cuestión en la actualidad es la misma, el planteamiento que se suscita es la adecuación del sistema de registro horario a través de la recogida de la huella dactilar de las personas trabajadoras como medida de control de la jornada laboral a la normativa de protección de datos. Efectivamente y como se ha tenido ocasión de plasmar anteriormente de forma jurisprudencial, mientras la LOPRODA estuvo en vigor la utilización de los datos biométricos como medida para garantizar el cumplimiento del control laboral atendía a una finalidad legítima. No es objeto de discusión que la huella o la radiografía biométrica de la palma de la mano constituyan un dato personal a tenor de lo dispuesto en el art. 3 a) LOPRODA, sino que se encontraba en entredicho que la medida laboral implantada encontrase amparo legislativo *ex* art. 4 LOPRODA al ser calificada de adecuada, pertinente y no excesiva en torno al contexto y a la finalidad que pretende.

Sin embargo, tras la entrada en vigor del RGPD y la LOPD la base jurídica del tratamiento de los datos biométricos cambia y no es posible admitir directamente sin reparos la admisibilidad de este sistema de control laboral. Así que, en estos momentos, los datos biométricos pasan a estar integrados en el gremio de “categorías especiales de

datos personales” quedando prohibido su tratamiento en virtud de lo dispuesto en el art. 9 RGPD, siempre y cuando, como dispone este precepto, la operación de tratamiento se lleve a cabo con la finalidad de “identificar de manera unívoca a una persona física”. Aunque, el art. 9.2 b) RGPD prevé como excepción a esta prohibición la observancia de las siguientes condiciones:

- El tratamiento debe ser necesario para el cumplimiento de obligaciones o el ejercicio de derechos específicos del empleador o de la persona interesada en el ámbito del derecho laboral o de la seguridad y protección social.
- El tratamiento debe ser autorizado por el derecho de la Unión o de los Estados miembros o un convenio colectivo, que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y los intereses de las personas afectadas.

De manera que, retomando nuevamente la teoría sobre la legitimidad del tratamiento de datos personales en las relaciones laborales, será precisamente el contrato de trabajo el que constituya la piedra angular en este caso *ex* art. 6.1 b) RGPD. Precisamente la AEPD ha recogido perfectamente en sus procedimientos E/07273/2020¹⁴⁰⁵ y E/03925/2020¹⁴⁰⁶ los términos que el empresario debe acatar al momento de adoptar este tipo de sistemas tecnológicos¹⁴⁰⁷ y que pasan a ser expuestos:

1.- De forma preceptiva y dadas las características del sistema a adoptar que implican un alto riesgo para los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, el empresario debe llevar a cabo una evaluación de impacto. Esta obligación conlleva realizarla tal y como contempla el art. 35 RGPD puesto que se va a tratar a gran escala una categoría especial de datos personales como son los datos biométricos. La finalidad de esta es que de los resultados obtenidos se pueda poner de manifiesto la estricta necesidad como proporcionalidad de este sistema. Así como la adopción de las oportunas medidas de seguridad previstas para solventar los riesgos generados para los derechos fundamentales.

¹⁴⁰⁵ Recuperado de <https://www.aepd.es/es/documento/e-07273-2020.pdf>

¹⁴⁰⁶ Recuperado de <https://www.aepd.es/es/documento/e-03925-2020.pdf>

¹⁴⁰⁷ Del mismo modo también se ha manifestado la Agencia Catalana de Protección de Datos en su Dictamen 63/2018. *Vid.*, en profundidad en GRACIA GARCÍA, D. (2019). “El impacto de la privacidad en los sistemas biométricos de control de acceso y horario laboral tras el Dictamen 63/2018 de la Autoridad Catalana de Protección de Datos”, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, nº 8, pp. 56-65.

2.- Al momento de implantar el sistema de control biométrico debe cumplirse estrictamente, por un lado con el deber de información a las personas trabajadoras *ex art. 13 RGPD*, y por otro lado, con el principio de limitación de la finalidad de la medida (el control de la jornada laboral). Pero no solo la finalidad, también la necesidad de adoptar la medida que en este caso viene a ser respuesta de una obligación legal impuesta al empresario por el RD-L 8/2019, de 8 de marzo. Refuerza, por consiguiente, la licitud del tratamiento de datos personales por el empresario *ex art. 6. 1 c)* como cumplimiento de una obligación legal impuesta al responsable del tratamiento, es decir, el empresario. Pero ello sin dejar a un lado el cumplimiento del juicio de proporcionalidad de la medida a implantar. Esta cuestión deberá ser objeto de examen en la evaluación de impacto, de forma que, deberá dilucidarse juntamente con el principio de minimización, es decir, se recabar única y exclusivamente los datos de carácter personal estrictamente necesarios. Por tanto, se deberá dejar constancia de que el objetivo propuesto no es desproporcionado ni excesivo al poder alcanzarse a través de otro tipo de procedimientos¹⁴⁰⁸.

3.- La creación de la base de datos biométrica debe revertirse en una plantilla biométrica específica puesto que con la especificidad de la plantilla biométrica se pretende la exclusividad del tratamiento en cuestión. Es decir, que la persona pueda ser identificada únicamente por el responsable del tratamiento que cuenta con una base jurídica para llevar a cabo esta operación. Una explicación más práctica y realista se corresponde cuando en un mismo edificio existe un control de registro de jornada y un control de acceso bien a zonas de uso común o a zonas privadas o exclusivas por razones de seguridad. En estos supuestos puede darse la circunstancia que la base jurídica del tratamiento será más amplia al converger varios responsables y varias finalidades del tratamiento de datos personales, por lo que es evidente que el objetivo es evitar la reutilización de los datos biométricos para finalidades distintas.

4.- Por supuesto, una de las principales medidas de seguridad a adoptar por la empresa debe ser garantizar el cifrado de los datos biométricos, concretamente, evitando así “la lectura, copia, modificación o supresión”, de tal manera se procederá a la revocación de la identidad del usuario-persona trabajadora, como la supresión preferiblemente

¹⁴⁰⁸ En este punto resulta interesante el Expediente nº PS/00218/2021 de la AEPD que dispone al respecto que “Los responsables del tratamiento deben garantizar que la evaluación de la necesidad y la proporcionalidad considere una evaluación exhaustiva de las opciones alternativas menos intrusivas disponibles. Por consiguiente, se ha de documentar la viabilidad de otras opciones alternativas disponibles que no requieran el uso de datos especiales, comparar todas las opciones y documentar las conclusiones”. Recuperado de <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00218-2021.pdf>

automatizada de los datos biométricos cuando decaiga la finalidad por la que fueron recabados. En resumidas cuentas, lo que se pretende es evitar el trasvase incontrolado de los datos biométricos de las personas trabajadoras para atender o no a finalidades distintas para las que fueron recabadas incumpliendo totalmente los preceptos del RGPD como de la LOPD. Asimismo, también evitar la utilización por terceros de datos biométricos de ahí que se prioriza la supresión automatizada de tales datos por el sistema o programa biométrico. Por lo que al momento de seleccionarlo deba tenerse en cuenta el estado de la técnica, el coste de la aplicación, naturaleza, ámbito, contexto y fines del tratamiento como la probabilidad de entrañar un riesgo para los derechos fundamentales. En definitiva, acatar el principio de protección de datos desde el diseño y por defecto en los términos en los que se prevé en el art. 25 RGPD.

CONCLUSIONES

I.- La privacidad y la intimidad son conceptos que están estrechamente ligados de tal forma que, en la práctica, son confundidos. Para superar este escollo conceptual, ambos conceptos han sido analizados por la doctrina desde diferentes puntos de vista (histórico, sociológico y jurídico) llegando a conclusiones diferentes en cuanto al origen del ámbito de actuación de cada uno de ellos. La percepción del concepto de intimidad varía en función de la apreciación de cada persona y, en definitiva, de cada sociedad influenciada por aspectos tales como la edad, la cultura o las tradiciones. Pese a ello puede estarse de acuerdo en que ambos conceptos convergen al reconocer a la ciudadanía un espacio o un reducto en donde pueden desenvolverse personal y familiarmente sin interferencias ajenas. Se está de acuerdo en que el concepto de intimidad es multimodal y que transmuta adaptando su campo de actuación y, por ende, de protección a los ciudadanos en función del contexto histórico, social y jurídico.

II.- El estudio etimológico de ambos conceptos permite diferenciar una esfera íntima y una esfera privada, de este modo, es posible discernir el campo de actuación y protección en cada caso. En este punto, las principales aportaciones fueron realizadas por la doctrina alemana a través de la teoría de las esferas o círculos concéntricos y, por la doctrina española, a través de la teoría del mosaico. Así, la esfera íntima cuenta con una proyección *ad intra* que está asociada al ámbito estrictamente personal, es decir, como reducto de reserva de sus sentimientos, opiniones, emociones y/o pensamientos. Y, la esfera privada, con proyección *ad extra*, pese a que toma como raíz la esfera íntima su campo de protección se amplía y se extiende al ámbito de participación de los individuos en la sociedad, reconociendo así mismo un espacio el que se garantiza el respeto a la vida privada y familiar de las posibles injerencias externas. Esta participación del individuo en sociedad es precisamente la que posibilita la exposición a posibles injerencias externas en su vida privada.

III.- La privacidad ha sido objeto de una intensa discusión doctrinal que se ha centrado fundamentalmente en Norteamérica. WARREN y BRANDEIS, tras la publicación de su obra maestra, han sido considerados como los primeros que consiguieron dar voz y una trascendencia doctrinal a la privacidad sin precedentes. Eso sí, influenciados por la teoría del Juez COOLEY que años antes a la publicación de ambos autores ya manifestó su preocupación por la incapacidad de “estar solo”, es decir, aislado de la sociedad. La finalidad de la aportación de WARREN y BRANDEIS no fue otra que fijar el punto de mira sobre el desarrollo tecnológico y su uso desproporcionado por la prensa en un contexto histórico determinado.

IV.- Los herederos de WARREN y BRANDEIS continuaron el debate doctrinal alentados por ambos abogados. La preocupación por el desarrollo de tecnologías en el tratamiento de datos personales fue en crecimiento, especialmente, por la falta de control de los flujos de datos personales. Surgió así, un nuevo concepto que actuaría de apéndice a la privacidad al que denominaron el derecho a “la autodeterminación informativa”. Este nuevo término surgió a consecuencia del crecimiento exponencial de las tecnologías en la época de la sociedad de la información, momentos en los que las computadoras comenzaron a recabar, tratar, almacenar y transmitir mucha información como acceder a esta en cualquier momento. Y que, en suma, con la aparición de Internet este flujo y trasvase de datos acrecentó aún más el problema.

V.- En el plano legislativo, el derecho a la protección de datos personales comenzó a desarrollarse legislativamente con carácter internacional, comunitario y, propiamente en el ámbito nacional, a lo largo del siglo XX. En primer lugar, desde el ámbito internacional, con aprobación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en 1948 fue el primer instrumento jurídico que previó un espacio de protección al ámbito de la vida privada y familiar respecto a los ataques externos de la sociedad. En segundo lugar, tras dar por finalizada la 2ª Guerra Mundial por la que se pretendió dejar atrás un proceso histórico marcado por el menosprecio a los derechos fundamentales, se aprobaron la DUDH y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

VI.- En el ámbito europeo, la preocupación por otorgar un espacio de reconocimiento y protección jurídica a los derechos fundamentales se plasmó en la aprobación del CEDH, que surgió inspirado en la DUDH, instaurando un marco jurídico común de respeto que asegura en el ámbito de la colectividad de los pueblos europeos el cumplimiento efectivo de los derechos que enuncia. Y, por otro lado, la CDFUE de 7 de diciembre de 2000 por la que se fraguó la idea de configurar una constitución europea que recogiera un conjunto de derechos fundamentales reconocidos a todos los ciudadanos de los Estados miembros. Sin embargo, este hecho no tuvo lugar hasta su incorporación en el art. 6.1 del Tratado de Lisboa por la que se le otorgaría de plena validez y reconocimiento jurídico a los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta, entre ellos, el derecho a la protección de datos personales.

VII.- El Convenio nº 108 de 1981, se encuentra entre las normas que específicamente han abordado un desarrollo más pormenorizado del derecho a la protección de datos personales. De hecho, constituye el resultado de varios trabajos

previos de organismos supranacionales que reclamaban la configuración de una regulación jurídica propia en el espacio europeo. Por lo tanto, constituyó la primera prueba legislativa en esta materia en el marco europeo por la que se manifestó una preocupación manifiesta por garantizar a las personas la protección de su vida privada en vistas a que el tratamiento automatizado de datos de carácter personal comenzaba a constituir una seria amenaza al respecto. Entre los aspectos más significativos, puede realizarse que instauró el principio de legitimidad, diversificó los datos personales entre categorías especiales, determinó las medidas de seguridad y el reconocimiento de los derechos específicos reconocidos a los interesados, entre otros.

VIII.- La Directiva 95/46/CE, fue aprobada en el afán europeo por otorgar un fortalecimiento de los derechos fundamentales, concretamente, a la protección de datos personales en un marco jurídico común. No obstante, este objetivo se truncó puesto que al ser una norma que al carecer de aplicabilidad plena y directa requería la trasposición por los Estados miembros a su derecho interno, provocando así el resultado inverso, la diversificación normativa en este aspecto. Pese a ello, la Directiva intentó superar los objetivos propuestos por el Convenio nº 108 respecto a los principios de protección de los derechos y libertades de las personas como y, en particular, de la intimidad en lo que respecta al tratamiento automatizado de datos personales. Y, además, previó la creación del GT29 como grupo consultivo e independiente al que se le atribuyó un papel importante en la interpretación de la norma hasta la actualidad.

IX.- El RGPD se aprobó, por un lado, para acabar con un periodo de vigencia jurídicamente prolongado de la Directiva 95/46/CE y, por otro lado, otorgar mayor seguridad jurídica conforme al contexto tecnológico actual que sobrepasaba el ámbito de protección que otorgaba su antecesora. Del mismo modo, se superó el escollo principal al que se enfrentó la Directiva 95/46/CE, el carácter vinculante y directamente aplicable en los Estados miembros de la UE sin la necesidad de llevar a cabo una transposición de la normativa comunitaria al derecho interno *ex art. 288 TFUE*. En este sentido, se ha adoptado una norma que es acorde con la realidad tecnológica actual y que articula los mecanismos suficientes para hacer frente a las posibles injerencias causadas en la seguridad y control de los datos de carácter personal.

X.- En el plano jurisprudencial, la sentencia del TCFA ahondó en el estudio de un nuevo concepto, el derecho a la autodeterminación informativa, derecho que ancla su virtualidad jurídica como apéndice o ramificación del derecho a la personalidad y a la dignidad de la persona *ex arts. 1 y 2 de la Ley Fundamental Alemana*. No deja de ser

patente que este derecho tuvo origen fruto de una evolución del derecho a la intimidad influenciada por el desarrollo tecnológico, y que dadas las posibilidades de este, se antojó necesario articular nuevos procedimientos que prevengan posibles injerencias en este derecho fundamental. Este derecho a la autodeterminación informativa reconoce un derecho fundamental atribuido de forma constitucional a las personas, no obstante, conviene precisar que sería erróneo calificarlo de absoluto e intangible. De hecho, podía ser objeto de limitaciones o restricciones por la autoridad pública en cumplimiento de una ley a tenor de lo dispuesto en el art. art. 9.2 de la Ley Fundamental. A tal fin, el TCFA señaló que el legislador debía de forma insoslayable observar el juicio de proporcionalidad, como principio congénito a los derechos fundamentales. De tal manera que debía reflexionar previamente sobre la medida que pretendía adoptar con la finalidad de evaluar la menos invasiva y ecuánime, en equilibrio con los derechos fundamentales en cuestión.

XI.- La doctrina del TEDH, en cuanto a la interpretación del art. 8 CEDH, ha permitido constatar que el derecho a la protección de la vida privada y familiar carece de carácter absoluto y que puede ser sometido a restricciones legítimas. Una de ellas puede tener origen en base a una previsión en una ley, y que como se abordó por el TEDH en el caso *Rotaru*, esta debe estar dotada de una prescripción precisa, detallada y concreta, ya que de no ser así la propia ley puede llevar a un equívoco por su parquedad aclaratoria, y en consecuencia, no existirían razones suficientes para superar la tesis de la necesidad de la injerencia causada por la autoridad pública al derecho del demandante. En segundo lugar, otra posible injerencia legítima en el derecho a la vida privada y familiar consiste en invocar un fin legítimo por una autoridad pública que restrinja el derecho en cuestión, concretamente en el acceso a datos personales, debe solventarse con carácter previo la primacía de intereses. Y, en tercer lugar, para invocar una injerencia en la vida privada familiar se requiere justificar que la medida es proporcionada con el fin a alcanzar.

XII.- En la interpretación por TJUE del derecho a la vida privada y familiar pueden diferenciarse hasta tres etapas diferentes. La primera de ellas se caracterizó porque existió una auténtica desprotección de los derechos fundamentales porque al momento de su constitución, los derechos fundamentales no estaban plasmados en los Tratados constitutivos de la CECA, CEE y CEEA. En la segunda etapa, el TJUE valoró positivamente que los derechos fundamentales formaban parte de los principios generales del derecho, de tal forma que a través de esta interpretación pudo asumir y reconocer las reclamaciones de los Estados miembros que aclamaban la salvaguardia de los derechos

fundamentales. Por otro lado, una tercera etapa por la que se valió de los principios constitucionales de los Estados miembros para reconocer este espacio de protección a los derechos fundamentales reclamados. Una cuarta etapa caracterizada por la inclusión en el art. 6 del Tratado de Maastricht la instrumentalización del CEDH como herramienta jurídica para garantizar la protección y el respeto de los derechos fundamentales en el espacio comunitario. Y, por último, la quinta, protagonizada por la definitiva positivación y validez jurídica plena reconocida al CDFUE y, por ende, al conglomerado de derechos fundamentales que reconoce en su cuerpo legislativo para todos los ciudadanos de la UE.

XIII.- Los ordenamientos jurídicos europeos como Alemania, Suecia, Dinamarca, Francia, Reino Unido, Italia, Portugal y España comenzaron a adoptar una respuesta legislativa de forma gradual y sistemática para garantizar un ámbito de protección a los derechos fundamentales ante el avance imparable y disruptivo de las nuevas tecnologías. Ello dio lugar al origen de las primeras leyes de protección de datos personales, que fueron surgiendo cronológicamente entre los años 70 y 90, marcando una época que se caracterizó por la adopción por los Estados de una política concienzuda por los riesgos que la tecnología podía causar en los derechos fundamentales.

XIV.- Las primeras leyes de protección de datos personales de Alemania y Suecia constituyeron el espejo legislativo en el que se fijaron el resto de los estados europeos para adoptar una respuesta normativa en sus ordenamientos jurídicos. De hecho, todo este conjunto de normativas sobre protección de datos personales en el marco europeo se caracterizó porque, por un lado, se constata una similitud en la estructura del cuerpo legislativo en cuestión utilizada en cada caso y, por otro lado, porque regularon aspectos trascendentales en el tratamiento de datos personales que terminarían por trasladarse a los marcos normativos actuales. Se está haciendo referencia a aspectos como: el tratamiento automatizado de datos personales, el principio de aplicación a personas físicas y/o jurídicas, el principio de seguridad en el tratamiento de datos personales, los derechos de los interesados respecto a las operaciones de tratamiento de datos personales, el deber de información previa, la configuración de una institución de control y fiscalización del cumplimiento de la normativa de protección de datos personales o la configuración de un régimen infractor y sancionador.

XV.- En el caso de España, este proceso de discusión sobre la necesidad de adoptar una norma específica que regulase el tratamiento de datos personales para hacer frente a los problemas planteados por la irrupción tecnológica no tuvo lugar hasta el proceso constituyente. Por tanto, no fue sino hasta la entrada en vigor de la CE en la que

se previó en el art. 18.4 que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”, cuando se fijó una encomienda al legislador para elaborar una ley en este sentido. De hecho, el legislador no cumplió con el mandato constitucional que le había sido atribuido hasta el año 1992, momento en el que aprobó la LORTAD, la primera ley que reguló específicamente el tratamiento de datos personales y que con su aprobación, además se dio cumplimiento al compromiso adquirido por España al haber firmado el Convenio 108, que precisamente instaba a la incorporación en el derecho interno nacional de una disposición garantista al respecto.

XVI.- En el ámbito de la protección de datos personales, la AEPD ha desempeñado una labor fundamental en cuanto que se constituye como un órgano de control y vigilancia que pretende garantizar el cumplimiento de las disposiciones normativas vigentes sobre la materia. Así, ha contribuido durante los años de vigencia de la institución, a promocionar de forma activa el cumplimiento de la normativa de protección de datos a través de la publicación de diferentes, guías, folletos, circulares, informes, recomendaciones, etc. En este sentido ha desarrollado una labor pedagógicamente singular y bastante positiva en el ámbito jurídico de la materia. Y, por otro lado, en ejercicio de su poder correctivo y sancionador externalizado en sus resoluciones, ha cumplido con una ardua tarea como es la interpretación de un marco jurídico bastante técnico como es la protección de datos personales, en el que se conjugan diversos intereses en relación con la salvaguardia de este derecho fundamental. De esta forma, ha arrojado luz y transparencia a los parámetros establecidos tanto por el RGPD como por la LOPD para operar de forma jurídicamente responsable y comprometida con el derecho fundamental a la protección de datos personales.

XVII.- La LOPD, aprobada el 5 de diciembre de 2018, es consecuencia directa de la aprobación del RGPD, que pese a que otorgó un periodo de *vacatio legis* de dos años, España no cumplió con los plazos para adaptar la normativa interna a los nuevos parámetros establecidos por el RGPD. Se caracteriza por ser una norma moderna, comprometida y consciente de los riesgos que la cuarta revolución industrial puede provocar en los derechos fundamentales de la ciudadanía y, concretamente, por la estrepitosa digitalización en la que se encuentra inmersa la sociedad.

XVIII.- El Título X de la LOPD bajo la rúbrica de “garantía de los derechos digitales” incorpora un conglomerado de artículos asociados a esta nueva era tecnológica. Este hecho no ha pasado desapercibido por la LOPD y, por tales razones, recoge un

conjunto de derechos digitales que están asociados específicamente al ámbito laboral, a saber: el art. 87 sobre el derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral, el art. 88 sobre el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, el art. 89 sobre el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo, el art. 90 sobre el derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral y el art. 91 sobre los derechos digitales en la negociación colectiva.

XIX.- El derecho a la protección de datos personales es un derecho personal, autónomo, de tercera generación, constituye un elemento esencial para garantizar la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad y está ubicado constitucionalmente en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I al que se denominó como “De los derechos y deberes fundamentales”. Es un derecho que se caracteriza por una perspectiva positiva, en cuanto herramienta de protección frente al riesgo generado por la informática y, una perspectiva negativa, en cuanto a dotar de un espacio de protección al individuo frente a las injerencias externas en su ámbito privado. Este derecho ha sido configurado, perfilado, moldeado y, en definitiva, creado jurisprudencialmente por el TC a raíz de la interpretación del art. 18.4 y contribuyó a dotar de seguridad jurídica a su campo de actuación, contenido y, en definitiva, a la configuración de un *status* jurídico más preciso y transparente que había sido reclamado en reiteradas ocasiones por la doctrina constitucionalista.

XX.- El disfrute de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras en el ámbito de las relaciones laborales ha dado lugar a la configuración de la doctrina de la teoría de los derechos fundamentales constitucionales y los derechos fundamentales específicamente laborales. En este sentido, mientras que los primeros son atribuidos a toda persona por el mero hecho de serlo y son ejercitados como personas trabajadoras en la relación laboral que les une con la empresa porque son derechos cuyo ejercicio y disfrute se extrapola igualmente al ámbito de las relaciones laborales.

XXI.- Los derechos fundamentales carecen de carácter absoluto pudiendo ser objeto de limitaciones en su relación con otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente legítimos. Precisamente, en el ámbito de las relaciones laborales, los derechos fundamentales de las personas trabajadoras pueden entrar en conflicto con la libertad de empresa *ex* art. 38 CE reconocida al empresario. Y, de hecho, se han generado no pocos conflictos en relación con la primacía entre los derechos fundamentales de las personas trabajadoras y el ejercicio del empresario de su poder de dirección y

organización *ex art. 20.3 ET* como manifestación de la libertad de empresa manifestada cuando utiliza diferentes métodos, sistemas o herramientas tecnológicos para verificar que las personas trabajadoras cumplen con sus obligaciones laborales.

XXII.- Para garantizar el equilibrio de intereses entre ambas partes, personas trabajadoras y empresarios, el TC ha ido configurando una doctrina por la que el empresario debe observar al momento de adoptar una medida restrictiva de derechos fundamentales, el denominado test de proporcionalidad (necesidad, idoneidad y proporcionalidad). Por lo tanto, de aplicarse correctamente este criterio sería posible disipar cualquier tipo de conflicto en relación con la supremacía o prioridad de unos intereses o derechos frente a otros.

XXIII.- El empresario, por otro lado, en este contexto tecnológico asume una figura primordial tanto por el protagonismo atribuido en la gestión de los datos personales de su plantilla como en la responsabilidad de dar cumplimiento a los parámetros fijados en el RGPD y en la LOPD para garantizar la salvaguardia de los derechos a la intimidad personal y familiar como a la protección de datos personales en el ámbito de la empresa. Por tales razones, no debe perderse de vista que en el ámbito laboral también existe un trasvase continuo y constante de información, *ad extra* y *ad intra*, es decir, no solo en referencia a los compromisos externos adquiridos con la empresa sino también con las relaciones jurídicas adquiridas con las personas trabajadoras. Esta labor, podrá desempeñarla de forma autónoma asumiendo el papel de responsable del tratamiento de datos personales o, de forma conjunta con otro tipo de entidades (asesorías, gestorías) que asumen un rol de encargados del tratamiento de datos personales, asumiendo cada uno, un régimen de obligaciones concreto.

XXIV.- Con anterioridad a la entrada en vigor marco jurídico actual de protección de la intimidad frente al uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral *ex art. 87 LOPD*, no existía una regulación concreta sobre esta materia, sino que, se adoptó a través de la jurisprudencia de los tribunales españoles y europeos los elementos que configurarían la resolución de conflictos en torno a los conflictos suscitados por el uso de dispositivos tecnológicos por las personas trabajadoras así como la interferencia que pudiera causar el ejercicio del poder de dirección y control del empresario *ex art. 20.3 ET* con el respeto de los derechos fundamentales.

XXV.- En cuanto a los criterios de utilización de los dispositivos digitales, la doctrina del TC y del TS coincide al respecto, de hecho, han señalado de forma reiterada que es necesario diferenciar entre aquellas situaciones en las que el empresario ha

comunicado a las personas trabajadoras los criterios de utilización de los medios o dispositivos electrónicos puestos a su disposición para desarrollar la prestación laboral, de cuando no se ha llevado a cabo este tipo de comunicación en cuanto a los criterios que constituye una actitud corporativa interna fehaciente y transparente al respecto. Y, por otro lado, TEDH a tenor de la doctrina desarrollada en la sentencia *Bărbulescu I* y, corregida posteriormente en la sentencia *Bărbulescu II*, instauró los criterios de proporcionalidad que debe respetar el empresario al momento de efectuar procesos de inspección y supervisión de las herramientas digitales en una sociedad laboral informatizada, permitiendo desterrar o ahuyentar posibles connotaciones de arbitrariedad.

XXVI.- El legislador podría haber sido más conciso y clarividente al momento de redactar el contenido de este artículo 87 LOPD e incorporar los criterios abordados por el TEDH, aunque ello no obsta a que deba observarlos igualmente. Pero, también es digno reconocer que ha incorporado *ex art. 87.3 LOPD* una reclamación a voces, la estricta obligatoriedad de comunicación a las personas trabajadoras de los criterios de utilización de los dispositivos electrónicos como manifestación directa del principio de buena fe. De este modo, a través de la fijación los criterios de utilización se estarán concretando fehacientemente qué puede y que no hacer, así como si se prevé la permisividad de un uso personal y/o exclusivamente profesional por las personas trabajadoras de los dispositivos electrónicos que se han puesto a su disposición por el empresario.

XXVII.- La negociación colectiva, de acuerdo con el art. 91 LOPD puede llevar a cabo un papel bastante singular en la determinación de los criterios de utilización por las personas trabajadoras de los dispositivos digitales que son propiedad de la empresa. Por un lado, a través del convenio colectivo se podría articular un acuerdo común entre las partes, empresario y RLT, a efectos de elaborar la política de uso de dispositivos electrónicos. Y, además, se podrían fijar pautas de negociación por las que se prevea, por un lado, la posibilidad de utilización con fines personales por las personas trabajadoras de los medios tecnológicos de la empresa. Por otro lado, que se efectúe una comunicación a las personas trabajadoras por escrito de la existencia de la política corporativa sobre uso de dispositivos digitales, de las buenas prácticas de uso así como de las posibles consecuencias y/o repercusiones disciplinarias que pudieran adoptarse al respecto. Y, por último, la comunicación con carácter previo a la RLT por el empresario del tipo, modo, duración y persona que efectuará la monitorización así como la acreditación de las sospechas previas de un posible y manifiesto mal uso de tales herramientas por las

personas trabajadoras, por ejemplo, cuando pudiera causar un perjuicio grave y notorio en la integridad y/ o seguridad de tales bienes o intereses corporativos.

XXVIII.- El derecho a la desconexión digital *ex art. 88 LOPD*, constituye una creación innovadora del legislador siguiendo la senda de las experiencias previas de ordenamientos jurídicos europeos pioneros como es el caso de Francia, Italia y Bélgica. Este derecho reconoce y pretende garantizar tanto a las personas trabajadoras como a los empleados públicos fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar. La justificación de este derecho encuentra su razón de ser en las innumerables posibilidades que las nuevas tecnologías permiten, tanto al empresario como al resto del personal de la plantilla respecto a las personas trabajadoras, de invadir su periodo de descanso y, por ende, de transgredir los derechos fundamentales asociados a su disfrute.

XXIX.- La modalidad del ejercicio del derecho a la desconexión digital debe atender a la naturaleza y objeto de la relación laboral, para ello, el legislador adoptó dos vías de desarrollo, a través de la negociación colectiva y la política interna. En primer lugar, respecto a la negociación colectiva, el camino por el que ha discurrido la inclusión de la desconexión digital en la negociación colectiva es diverso, variopinto y, en la mayoría de los casos, podría decirse que deficiente. El principal motivo se identifica con el alto margen de discrecionalidad por el que se puede abordar esta materia y, por otro lado, porque el legislador ni siquiera aportó a la negociación colectiva un contenido mínimo a partir del cual pudiera desarrollar, ampliar y configurar con creces el derecho a la desconexión digital. Ello no obsta, a que puedan encontrarse ejemplos de buenas prácticas en la negociación colectiva que pongan de relieve cuál es el verdadero camino que seguir para alcanzar la meta propuesta, garantizar y aportar seguridad a las personas trabajadoras para que puedan disfrutar plenamente de su derecho a la desconexión digital.

XXX.- El desarrollo de una política interna de desconexión digital por las empresas no ha obtenido el resultado esperado por el legislador puesto que ha sido ensombrecida por el protagonismo atribuido a la negociación colectiva. Sin embargo, no debe de olvidarse que el art. 88.3 LOPD establece que a través de esta vía, es decir, de la elaboración de la política interna, el empresario adopta las medidas de sensibilización y formación respecto al uso razonable de las herramientas tecnológica a fin de evitar la aparición de la fatiga informática. Por tales motivos, podría constituir una herramienta sumamente importante a efectos preventivos para salvaguardar la seguridad y salud de las personas trabajadoras.

XXXI.- Ante las circunstancias examinadas, todas las expectativas están depositadas en la posible adopción de una Directiva Europea que determine con mayor holgura la configuración del derecho a la desconexión digital y armonice los criterios que los Estados miembros deban incorporar en sus ordenamientos jurídicos al respecto. En este sentido, La Resolución del Parlamento Europeo (en adelante, RPE), de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión en virtud del artículo 153, apartado 2, letra b), en relación con el artículo 153, apartado 1, letras a), b) e i), del TFUE, llevó a cabo en numerosas ocasiones una referencia expresa al papel que deben desempeñar los interlocutores sociales a todos los niveles (nacional, regional, sectorial o patronal) para determinar las condiciones de trabajo que confluyen en el ejercicio y disfrute efectivo de la desconexión digital.

XXXII.- La RPE reflejó en el art. 4.1 un aspecto sumamente relevante en cuanto insta a los Estados miembros a adoptar un contenido de mínimos en aspectos trascendentales para un ejercicio pleno del derecho a la desconexión digital por las personas trabajadoras y, que de aprobarse, podría superar la incertidumbre de los parámetros que debe observar la negociación colectiva para abordar con creces la desconexión digital. No obstante, no se celebra del mismo modo la propuesta planteada en el art. 4.2, puesto que se prevé que los interlocutores sociales podrán establecer o complementar las condiciones de trabajo enumeradas, por lo que se deja entrever, que el margen de actuación de la negociación colectiva continúa siendo amplio y, que dada la redacción empleada, el grado de responsabilidad asumido por la negociación colectiva respecto a la regulación de la desconexión digital continuará siendo elevada.

XXXIII.- Todas las previsiones auguran que el derecho a la desconexión digital gozará de otro *status* y naturaleza jurídica mucho más reforzado y consolidado a través de los acuerdos colectivos. Ello conllevará, quizás, la adopción de medidas que requiera una reforma del ET, concretamente, la reformulación del art. 85.1 ET para determinar al igual que en el caso de la igualdad de género, como contenido obligatorio el deber de negociar en los convenios colectivos la desconexión digital, incluyendo como requisitos de mínimos y orientadores para la RLT los aspectos reseñados por la RPE, a efectos de que puedan ser objeto de ampliación y concreción conforme al ámbito productivo de la empresa o sector que corresponda.

XXXIV.- El derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo, no se encontraba regulado de forma específica hasta la entrada en vigor de la LOPD. Por este motivo, el legislador pretendió

acabar con otra laguna jurídica imperante en el sistema de relaciones laborales que también generó numerosos conflictos en la práctica ante la inexistencia de un criterio pacífico sobre esta materia. Esta actuación trae causa, como nota común al resto de métodos de control laboral, a la recepción en el ordenamiento jurídico de los parámetros establecidos por el RGPD, especialmente, al incorporar nuevos criterios en lo que respecta al tratamiento de datos personales.

XXXV.- En la práctica se suscitaron no pocos procedimientos en los que se reclamaba por parte de las personas trabajadoras una vulneración de derechos fundamentales como la intimidad *ex art. 18.1 CE* así como el derecho a la protección de datos personales *ex art. 18.4 CE* respecto al uso de sistemas de videovigilancia como métodos de control laboral. Y, por parte del empresario, se justificaba la implementación de la medida de videovigilancia porque atendía bien puramente a razones de seguridad de las instalaciones o bien conjuntamente a razones de comprobar posibles ilícitos cometidos por la plantilla. En esta confrontación, se instaba necesario determinar si la adopción de un sistema de videovigilancia cumplía o no escrupulosamente el criterio de proporcionalidad, a saber, el juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicho y, conforme a qué tipo de situaciones el empresario se encontraba amparado legítimamente para salvaguardar sus intereses.

XXXVI.- La doctrina del TEDH en materia de videovigilancia destaca por dos aspectos. En primer lugar, porque a raíz de la doctrina López Ribalda II se introdujo una doctrina similar *mutatis mutandis* a *Bărbulescu II*, por el que se interpeló a la observancia de estos principios al momento de sopesar la adopción de un sistema de videovigilancia que pudiera ocasionar una vulneración del derecho fundamental a la vida privada de las personas trabajadoras. En segundo lugar, porque esta doctrina se decantó descaradamente en detrimento para los derechos fundamentales de las personas trabajadoras y a favor de los intereses del empresario, por cuanto aísla la validez de los principios jurídicos que de forma inexcusable deben observarse en todo tratamiento de datos personales. Estos hechos contrastan con la intención que el legislador europeo pretendió otorgar a este ámbito del derecho, es decir, la protección de datos personales, con la aprobación del RGPD -que por aquel entonces ya se encontraba en vigor-, otorgar mayor solidez y robustez al tratamiento de datos personales en el contexto actual de la cuarta revolución industrial.

XXXVII.- El art. 89 LOPD habilita al empresario a realizar un tratamiento de datos personales a través de un sistema de videovigilancia como ejercicio de su poder de

vigilancia y control de la plantilla *ex art. 20.3 ET*, pero siempre y cuando, respetando los límites inherentes a sus funciones establecidas por el marco legal. Y, en suma, encuentra amparo en el art. 22 LOPD por el que se habilita el tratamiento de imágenes a través de sistemas de videovigilancia con fines de preservar la seguridad de las personas, bienes como de las instalaciones. Pese a esta habilitación, el empresario debe cumplir con las obligaciones que tanto el RGPD como la LOPD le imponen como responsable del tratamiento de datos personales de las personas trabajadoras que forman parte de la empresa, pese a la permisividad que pueda desprender la redacción actual del precepto. Concretamente, la realización de la evaluación de impacto *ex art. 35.1 y 35.5 RGPD* cuando el alcance, contexto o finalidad de la medida (monitorización, supervisión, observación) puedan conllevar un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas trabajadoras.

XXXVIII.- El legislador acertó al incluir en el art. 89.1 que el empresario esté obligado a cumplir con el deber de información previa, expresa, clara y concisa tanto con las personas trabajadoras como a la RLT, sobre la existencia y alcance del sistema de videovigilancia implantado. Sin embargo, el legislador ha desprovisto de forma errónea, a este deber de información *ex art. 12 RGPD y 11 LOPD*, el valor absoluto que merece por cuanto puede decaer a un régimen de mínimos cuando se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por las personas trabajadoras. De hecho, aceptar este punto de vista, es decir, la vigilancia omnipresente, conllevaría como consecuencia la quiebra de la efectividad del derecho fundamental a la protección de datos personales puesto que el derecho a la información previa forma parte de su núcleo constructivo.

XXXIX.- Una propuesta de *lege ferenda* sería la supresión del párrafo segundo del art. 89.1 LOPD, puesto que el objetivo del RGPD es reforzar el derecho fundamental a la protección de datos personales y dotarlo de un *status* más riguroso, sin dejar a un lado, las singularidades del ámbito de las relaciones laborales. Y, de hecho, el empresario podría alcanzar el mismo fin, es decir, comprobar la comisión de actuaciones ilícitas cometidas por las personas trabajadoras cumpliendo los parámetros del RGPD sin la necesidad rebajar las expectativas señaladas cuyo único fin atiende a la captación *in fraganti* con las repercusiones que ello conlleva para el sistema de relaciones laborales.

XL.- El art. 89.3 LOPD habilita exclusivamente el tratamiento de datos personales a través de un sistema de grabación de sonidos cuando supongan un riesgo para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas. El legislador ha sido bastante tajante y ha incorporado, a diferencia de la videovigilancia, un sistema más restrictivo para la

audiovigilancia que toma como raíz en el procedimiento del “Casino La Toja”, ya que constituyen un sistema tecnológico más agresivo e invasivo en los derechos fundamentales como la intimidad *ex art. 18.1 CE* y la privacidad *ex art. 18.4 CE*. Pese a lo declarado, se ha generado una incertidumbre a raíz de la STC 160/2021 respecto a la posible habilitación al empresario para implementar este tipo de sistemas de control a personas trabajadoras en determinados sectores en los que única y exclusivamente se desarrollan a través de la voz, por ejemplo, el *telemarketing* o *call center*. Esta posición de la jurisprudencia que se decanta a favor de la permisividad del empresario de implantar sistemas de audiovigilancia con mayor discrecionalidad a efectos de monitorización en este tipo de puestos de trabajo podrá significar en la práctica que las personas trabajadoras cuenten con un menor ámbito de protección, garantía y salvaguarda de derechos fundamentales como la intimidad y la privacidad.

XLI.- El art. 90 LOPD reconoce el derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral, que al igual que el resto de los sistemas de monitorización y/o fiscalización por el empresario, es una novedad por cuanto no había sido regulado expresamente con anterioridad. El estudio y análisis de la geolocalización difiere al resto de sistemas por los que el empresario puede valerse a efectos de monitorización y/o fiscalización porque no existe una doctrina ni del TEDH ni del TC puramente laboral. No obstante, esta función ha sido asumida por los Tribunales Superiores de Justicia, quienes han elaborado una encomiable doctrina judicial respecto a la valoración de la implementación de los sistemas de geolocalización en el ámbito laboral.

XLII.- El empresario ha sido habilitado por el art. 90 LOPD a realizar un tratamiento de datos personales a través de sistemas de geolocalización como materialización de sus facultades *ex art. 20.3 ET*, sin perjuicio, que se lleven a cabo con las restricciones y límites inherentes que ya han sido examinados reiteradamente. De hecho, la adopción de un sistema de geolocalización puede tener variopintas finalidades por sus características permite al empresario garantizar, por ejemplo, la seguridad, control y/o integridad de los dispositivos puestos a disposición de las personas trabajadoras, como manifestación directa de un interés legítimo. Y, por otro lado, cumplir una obligación legal como puede ser el registro horario o garantizar la seguridad y salud de determinados colectivos de personas trabajadoras como puede ser el gremio del transporte.

XLIII.- El art. 90.2 LOPD impone al empresario el deber de información expresa, clara e inequívoca a las personas trabajadoras, por lo que se puede comprobar, que a

diferencia de las obligaciones impuestas para el sistema de videovigilancia, esta redacción es inconclusa en sí misma. No obstante, el legislador reconoce a continuación que el empresario deberá comunicar e informar previamente tanto a las personas trabajadoras como a la RLT, la existencia y características de tales dispositivos. En este caso, el legislador no previó nada respecto a la excepción de cumplir con el deber de información previa que requiere cumplir al menos con la existencia publicitaria de un cartel que informe respecto a los parámetros a los que responde tratamiento de datos personales efectuado a partir de la instalación de un sistema de geolocalización cuando se haya verificado la comisión de actos ilícitos por las personas trabajadoras. Ni tampoco, reconoce ni expresa ni implícitamente la posibilidad de adoptar la implementación de un sistema de fiscalización y/o monitorización en su modalidad oculta

XLIV.- A efectos de garantizar y reforzar el cumplimiento del derecho de información previa *ex art.12 y 13 RGPD*, se propone la inclusión en el art. 90 LOPD al igual que en el caso de la videovigilancia, la creación estandarizada de un icono que permita identificar por las personas trabajadoras que el bien, dispositivo o herramienta puesto a su disposición cuenta con sistema GPS. Y, en suma, que en el caso de que sea permitido por el empresario un uso personal y profesional por parte de las personas trabajadoras de este tipo de bienes puestos a su disposición, se permita discriminar a través de alguna alternativa ofrecida por el diseño de la tecnología en cuestión, el tiempo dedicado a uso profesional y el tiempo dedicado a uso personal, a efectos de esclarecer el correcto cumplimiento de las directrices corporativas.

XLV.- La negociación colectiva nuevamente en materia de geolocalización podría adoptar mayores dosis de clarividencia, transparencia y rigurosidad en la utilización por el empresario *ex art. 20.3 ET* de este tipo de sistemas de geolocalización en bienes o herramientas de la empresa cuando se ponen a disposición de las personas trabajadoras. Así, tomando de nuevo como referencia el art. 91 LOPD, se podría efectuar una negociación por la que se determine en un ejercicio transparente, si la finalidad del sistema de geolocalización atiende a salvaguardar los bienes o herramientas de la empresa, para garantizar la integridad de estos y/o la seguridad y salud de las personas trabajadoras. Por otro lado, y de igual modo, reconocer si existe la posibilidad de una monitorización por geolocalización.

XLVI.- La negociación colectiva podría llegar a negociar cláusulas que reconozcan una comunicación previa sobre la política de uso a las personas trabajadoras en la que se esclarezca la posibilidad de utilización con fines personales. Y, para el caso

de efectuar una monitorización, fijar que el empresario comunique con carácter previo a la RLT el tipo, modo, duración y persona que efectuará la monitorización así como la acreditación de las sospechas previas de un posible y manifiesto mal uso de tales herramientas por las personas trabajadoras, por ejemplo, cuando pudiera causar un perjuicio grave y notorio en la integridad y/ o seguridad de tales bienes o intereses corporativos. En suma, esta comunicación a las personas trabajadoras debe realizarse por escrito poniéndole en conocimiento de la política corporativa sobre uso de dispositivos digitales, de las buenas prácticas de uso así como de las posibles consecuencias y/o repercusiones disciplinarias que pudieran adoptarse al respecto.

XLVII.- Con la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2019 el legislador ha impuesto una nueva obligación para el empresario, el registro de jornada diaria para la totalidad de la plantilla. Por tanto, con esta acción legislativa se abandonó la previsión obligatoria de registrar la jornada ordinaria y/o extraordinaria que tradicionalmente había sido atribuida para determinados colectivos, como pueden ser las personas trabajadoras con un contrato a jornada parcial, quienes realizasen horas extraordinarias y regímenes especiales tales como la marina mercante y el transporte ferroviario. En suma, se zanjó un debate generado tanto en la doctrina iuslaboralista como en la doctrina judicial, concretamente entre el TS y la AN, sobre la necesidad de extender esta obligatoriedad a la totalidad de las personas trabajadoras. Esta petición de *lege ferenda* planteada al legislador requería reformar y clarificar esta obligación a fin de adaptar la normativa española a las directrices europeas sobre el respeto de la duración máxima de la jornada de trabajo con el consiguiente derecho de descanso de las personas trabajadoras reconocidas *ex arts.* 3, 5 y 6 de la Directiva 2003/88. Y, en cierto modo, el legislador se anticipó y cumplió con este mandamiento antes de que el TJUE se pronunciara y pudiera dejar en entredicho, la armonía de la legislación nacional española con la legislación europea sobre materia de tiempo de trabajo y tiempo de descanso con las consecuencias que de ello se derivan.

XLVIII.- El control diario de la jornada laboral constituye otro método de control implementado por el empresario pero, a diferencia de los anteriores, trae causa en el cumplimiento de una obligación legal que le ha sido impuesta por el legislador. En este caso, su función principal responde a garantizar los tiempos máximos de trabajo y el respeto de los tiempos de descanso de las personas trabajadoras sin que, en ningún caso, la flexibilidad horaria pueda ocasionar un perjuicio en tales derechos. Sin embargo, pueden darse situaciones de abuso por el empresario respecto, por ejemplo, a la

distribución irregular de la jornada del trabajador que sitúan en entredicho el *status quo* señalado. Por tales motivos, se justifica más aún si cabe la existencia de un registro que actúe como medio disuasorio a este tipo de comportamientos que conllevan la transgresión de los límites de jornada de trabajo y, además, porque constituye una herramienta fundamental para delimitar la barrera entre jornada ordinaria y extraordinaria de trabajo.

XLIX.- El Real Decreto – Ley 8/2019 no impone la prioridad u obligatoriedad de uso de dispositivos digitales para el cumplimiento del registro de jornada diaria, no obstante, se considera que esta alternativa ofrece a ambas partes mayor fiabilidad, objetividad, invariabilidad, accesibilidad y gestión personalizada a tenor de las vicisitudes personales de cada persona trabajadora. En este punto, el legislador ha realzado el papel protagonista de la negociación colectiva puesto que a tenor del segundo párrafo del art. 34.9 ET se garantiza que la organización y documentación del registro de jornada se realice mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, tras la decisión del empresario pero siempre que cumpla con la consulta previa a los RLT. Esta previsión permite elegir de forma consciente y óptima el sistema de registro horario que sea más adecuado a la cultura, idiosincrasia o características del sector de la empresa en cuestión.

L.- El empresario que decida implementar un sistema biométrico de registro de jornada debe cumplir escrupulosamente con los requisitos específicos fijados por la normativa de protección de datos puesto que estará manejando datos especialmente sensibles o, mejor dicho, datos relativos a características físicas que permitirían identificar a la persona trabajadora *ex art. 4.1 RGPD*. De este modo, deberá realizar una evaluación de impacto tal y como se prevé *ex art. 35.3 b) RGPD* a fin de contrastar si el sistema de registro horario dadas sus características técnicas supera el juicio de proporcionalidad, ya que se ha puesto de relieve que determinados sistemas conllevan un alto riesgo para los derechos fundamentales de la plantilla y, en el caso de que el sistema seleccionado supere favorablemente la evaluación de impacto, se requiere necesariamente la adopción de cuantas medidas técnicas, organizativas y de seguridad que fuesen necesarias para minimizar y excluir las posibles vulneraciones del sistema.

LI.- La negociación colectiva se encuentra amparada tanto por el Real Decreto-Ley 8/2019 como por el art. 91 LOPD para negociar el método o sistema de registro de jornada más acorde con la idiosincrasia de la empresa. Por consiguiente, podría incorporar cláusulas por las que se prioricen sistemas de registro de jornada que gocen de mayor

objetividad, fiabilidad, accesibilidad y que se encuentren en sintonía con el respeto de los derechos fundamentales a la intimidad *ex art. 18.1 CE* y la protección de datos personales *ex art. 18.4 CE* de las personas trabajadoras.

LII.- En cuanto a la elección del sistema o método de control horario, el registro en papel debería ser descartado por obsoleto así como los registros de jornada basados en sistemas biométricos salvo que el empresario acredite que este sistema ha superado la evaluación de impacto *ex art. 35.3 b) RGPD*. De este modo, se debería elegir otro tipo de alternativas a través de sistemas o herramientas tecnológicas que igualmente permiten al empresario cumplir con la obligación legal que le ha impuesto el legislador pero que sean menos invasivas en los derechos fundamentales en cuestión. Así mismo, se podrá fijar la puesta a disposición tanto a las personas trabajadoras (con carácter mensual y de forma conjunta con el recibo de salarios), como a la RLT y a través de medios que permitan un acceso inmediato, fácil y comprensible a los datos del registro de jornada. Y, por otro lado, fijar un canal ágil de resolución de consultas, controversias o discrepancias en cuanto a las posibles irregularidades comprobadas a efectos de que las personas trabajadoras puedan ejercer su derecho a la rectificación por el tratamiento de datos en cuestión.

LIII.- Todas estas cuestiones que han sido analizadas deberían ser incorporadas correctamente en el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI, por el que se pretende reformular el marco normativo actual del sistema de relaciones laborales a fin de adaptarlo a las circunstancias sociales, económicas y culturales actuales y que responda, entre otras cuestiones, a los retos que plantea la tecnología en cuanto a la protección de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. De este modo, se considera oportuno la inclusión en el art. 4.2 ET de los siguientes derechos: el derecho a la protección de datos personales, el derecho a la desconexión digital, el derecho a la intimidad personal y familiar y el secreto de las comunicaciones tanto en el uso de dispositivos digitales como respecto de situaciones fruto de una monitorización llevada a cabo a través de *softwares*, de videovigilancia y/o grabación de sonidos y el derecho a la intimidad cuando se emplean sistemas biométricos.

LIV.- El art. 20.3 ET respecto al poder de dirección y control del empresario debería ser reformulado con la finalidad de dotarlo de mayor concreción como han hecho los códigos laborales de Francia, Italia y Portugal. Por ejemplo, dedicar un apartado a la posibilidad de efectuar una monitorización en base a los criterios de legitimación del empresario (propiedad privada, obligación legal, interés legítimo, salvaguarda de

intereses, bienes y/o seguridad y salud) a través de herramientas y/o dispositivos digitales pero siempre bajo el estricto cumplimiento de los parámetros que establece tanto la Ley como el Reglamento General de Protección de Datos y que son totalmente compatibles con el estricto juicio de proporcionalidad.

LV.- El legislador debe realzar el papel que debe asumir la negociación colectiva en esta nueva era de la digitalización de las relaciones laborales, a partir de las consideraciones que se han realizado respecto a la negociación de cláusulas que permitan alcanzar una mayor rigurosidad, transparencia y claridad en el ejercicio y respeto de los derechos digitales analizados. En este sentido, se propone añadir al art. 64.5 f) que, bajo un criterio de cooperación y equilibrio de los derechos y obligaciones entre ambas partes, en el caso de implementar o revisar sistemas de organización y control del trabajo que requieran conforme a la normativa de protección de datos personales, Ley y Reglamento General de Protección de Datos, un análisis de riesgos y una EIPD, que los resultados sean trasladados a la RLT a efectos de emitir el correspondiente informe previo en el periodo de consulta.

LVI.- Para alcanzar con éxito los retos que debe asumir la negociación colectiva en la era de la digitalización de las relaciones laborales, se propone a modo de *lege ferenda* la tesis defendida por la doctrina laboralista que consiste en configurar un “Comité de Protección de Datos” y reconocer en el art. 64.7 a) un nuevo apartado cuarto por el que se le reconozca al comité labores de “vigilancia en el cumplimiento y aplicación de la normativa de protección de datos personales”. Y, en su composición, incorporar al Delegado de Protección de Datos, con voz pero sin voto, a efectos de proporcionar el asesoramiento práctico y técnico sobre la materia *ex* art. 39 RGPD y 36 LOPD. En definitiva, más competencias y responsabilidades que encuentran justificación en la magnitud del reto, salvaguardar los derechos fundamentales de las personas trabajadoras ante la disrupción tecnológica que se acrecienta cada vez más en las relaciones laborales.

ANEXOS

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Sentencia de 4 de febrero de 1959, C-1/58 *Friedrich Stork & C.*

Sentencia de 1 de diciembre de 1965, C-16-65, asunto *Schwarze*.

Sentencia de 17 de diciembre de 1970, C- 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft MBH*.

Sentencia de 25 de junio de 1997, C-20605/92, *Halford v. The united kingdom*.

Sentencia de 6 de marzo de 2001, C-274/99, *Connolly versus Comisión*.

Sentencia de 26 de junio de 2001, C-173/99, *BECTU*.

Sentencia de 6 de noviembre de 2003, C-101/01 *Lindqvist*.

Sentencia de 20 de mayo de 2003, C-465/00, *Österreichischer Rundfunk* y otros.

Sentencia de 5 de octubre de 2004, C-397/01, *Pfeiffer*.

Sentencia de 3 de abril de 2007, C-62617/00, *Copland v. The united kingdom*.

Sentencia de 9 de noviembre de 2010, C-92/09 y C-93/09, *Volker und Markus Schecke y Eifert*

Sentencia de 30 de mayo de 2013, C-342/12 – *Caso Worten*.

Sentencia de 8 de abril de 2014, C-293/12 y 594/12, *Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros*.

Sentencia de 13 de mayo de 2014, C-131/12, *Google Spain SL y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González*.

Sentencia de 19 de abril de 2016, C-441/14, *Dansk Industri*.

Sentencia de 7 de septiembre de 2016, C-484/04, *Commission versus United Kingdom*

Sentencia de 5 de septiembre de 2017, C-61496/08, *Bărbulescu v. Romania*.

Sentencia de 21 de febrero de 2018, C-518/15, *Ville de Nivelles*.

Sentencia de 22 de febrero de 2018, C-587/13, *Libert v. Francia*

Sentencia de 17 de abril de 2018, C-414-16, *Egenberger*.

Sentencia de 11 de septiembre de 2018, C-68-17, *IR y JQ*.

Sentencia de 13 de diciembre de 2018, C-385/17, *Hein*.

Sentencia de 14 de mayo de 2019 asunto C-55/18, *CCOO/Deutsche Bank*.

Sentencia de 17 de octubre de 2019, C-1874/13 y 8567/13, *López Ribalda and others v. Spain*.

Sentencia de 9 de marzo de 2021, C-580/19, *RJ/Stadt Offenbach am Main*.

Sentencia de 9 de marzo de 2021, C-344/19, *D.J./Radiotelevizija Slovenija*.

Sentencia de 11 de noviembre de 2021, C-214/20, *Dublin City Council*.

Sentencia de 28 de octubre de 2021, C-909/19, *BX versus Unitatea Administrativ Teritorială D*.

Sentencia de 22 de junio de 2022, C-534/20, *Leistritz AG and LH*.

RECURSOS DE AMPARO

Recurso de amparo nº 192/1980 (Aranzadi JUR\ RTC 1981\11).
Recurso de amparo nº 192/1980 (Aranzadi JUR\ RTC 1981\11).
Recurso de amparo nº 192/1980 (Aranzadi JUR\ RTC 11\1981).
Recurso de amparo nº 192/1980 (Aranzadi JUR\ RTC 11\1981).
Recurso de amparo nº 41/1981 (Aranzadi JUR\ RTC 1982\2).
Recurso de amparo nº 205/1981 (Aranzadi JUR\ RTC 1982\15).
Recurso de amparo nº. 373/1981 (Aranzadi JUR\ RTC 1982\14).
Recurso de amparo nº 41/1981 (Aranzadi JUR\ RTC 1982\2).
Recurso de amparo nº 236/1982 (Aranzadi JUR\ RTC 1983\7).
Recurso de amparo nº 234/1982 (Aranzadi JUR\ RTC 1984\31).
Recurso de amparo nº 695/1983 (Aranzadi JUR\ RTC 1984\94).
Recurso de amparo nº 575/1983 (Aranzadi JUR\ RTC 1984\110).
Recurso de amparo nº 333/1983 (Aranzadi JUR\ RTC 1984\25).
Recurso de amparo nº 788/1984 (Aranzadi JUR\ RTC 1985\88).
Recurso de amparo nº 788/1984 (Aranzadi JUR\ RTC 1985\88).
Recurso de amparo nº 167/1984 (Aranzadi JUR\ RTC 1984\114).
Recurso de amparo nº. 788/1984 (Aranzadi JUR\ RTC 1985\88).
Recurso de amparo nº 993/1985 (Aranzadi JUR\ RTC 1991\101).
Recurso de amparo nº 1247/1986 (Aranzadi JUR\ RTC 1988\231).
Recurso de amparo nº 479/1987 (Aranzadi JUR\ RTC 1989\171).
Recurso de amparo nº 987/1987 (Aranzadi JUR\ RTC 1989\129).
Recurso de amparo nº 987/1987 (Aranzadi JUR\ RTC 1989\129).
Recurso de amparo nº. 235/1987 (Aranzadi JUR\ RTC 1989\37).
Recurso de amparo nº 426/1988 (Aranzadi JUR\ RTC 1990\181).
Recurso de amparo nº 301/1989 (Aranzadi JUR\ RTC 1992\123).
Recurso de amparo nº 1105/1989 (Aranzadi JUR\ RTC 1992\85).
Recurso de amparo nº 2410/1990 (Aranzadi JUR\ RTC 1993\292).
Recurso de amparo nº 797/1990 (Aranzadi JUR\ RTC 1994\1990).
Recurso de amparo nº 797/1990 (Aranzadi JUR\ RTC 1994\99).
Recurso de amparo nº 1827/1990 (Aranzadi JUR\ RTC 1993\254).
Recurso de amparo nº 2302/1990 (Aranzadi JUR\ RTC 1445\1991).
Recurso de amparo nº 101/1990 (Aranzadi JUR\ RTC 1991\214).

Recurso de amparo nº 1830/1991 (Aranzadi JUR\ RTC 1994\134).
Recurso de amparo nº 709/1991 (Aranzadi JUR\ RTC 1995\50).
Recurso de amparo nº 190/1991 (Aranzadi JUR\ RTC 1993\142).
Recurso de amparo nº 18/1992 (Aranzadi JUR\ RTC 1994\173).
Recurso de amparo nº 3507/1993 (Aranzadi JUR\ RTC 1996\106).
Recurso de amparo nº 3208/1993 (Aranzadi JUR\ RTC 1995\6).
Recurso de amparo nº 2324/1994 (Aranzadi JUR\ RTC 1998\1).
Recurso de amparo nº 1078/1994 (Aranzadi JUR\ RTC 1996\186).
Recurso de amparo nº 1793/1994 (Aranzadi JUR\ RTC 1996\136).
Recurso de amparo nº 3309/1994 (Aranzadi JUR\ RTC 1997\90).
Recurso de amparo nº 1078/1994 (Aranzadi JUR\ RTC 1996\186).
Recurso de amparo nº 3719/1995 (Aranzadi JUR\ RTC 1999\90).
Recurso de amparo nº 2159/1995 (Aranzadi JUR\ RTC 1998\197).
Recurso de amparo nº 3975/1995 (Aranzadi JUR\ RTC 1999\241).
Recurso de amparo nº 704/1995 (Aranzadi JUR\ RTC 704\1995).
Recurso de amparo nº 348/1996 (Aranzadi JUR\ RTC 1997\204).
Recurso de amparo nº 2264/1996 (Aranzadi JUR\ RTC 1998\11).
Recurso de amparo nº 4015/1996, (Aranzadi JUR\ RTC 2000\98).
Recurso de amparo nº 90/1997 (Aranzadi JUR\ RTC 3309\1984).
Recurso de amparo nº 987/1997 (Aranzadi JUR\ RTC 1989\129).
Recurso de amparo nº 5122/1998 (Aranzadi JUR\ RTC 2003\126).
Recurso de amparo nº 4342/1998 (Aranzadi JUR\ RTC 2002\20).
Recurso de amparo nº 258/1998 (Aranzadi JUR\ RTC 2000\284).
Recurso de amparo nº 4214/1998 (Aranzadi JUR\ RTC 2001\119).
Recurso de amparo nº 4226/1999 (Aranzadi JUR\ RTC 2002\218).
Recurso de amparo nº 1463/2000, (Aranzadi JUR\ RTC 2000\292).
Recurso de amparo nº 1221/2002 (Aranzadi JUR\ RTC 2005\220).
Recurso de amparo nº 1221/2002 (Aranzadi JUR\ RTC 2005\220).
Recurso de amparo nº 4243/2003 (Aranzadi JUR\ RTC 2007\57 AUTO).
Recurso de amparo nº 5231/2005 (Aranzadi JUR\ RTC 2010\33).
Recurso de amparo nº 7438/2006 (Aranzadi JUR\ RTC 2009\65).
Recurso de amparo nº 7304/2007, (Aranzadi JUR\ RTC 2012\241).
Recurso de amparo nº 5928/2009, (Aranzadi JUR\ RTC 2011\173).
Recurso de amparo nº 10522/2009, (Aranzadi JUR\ RTC 2013\29).

Recurso de amparo nº 10522/2009, (Aranzadi JUR\ RTC 2013\29).
Recurso de amparo nº 8640/2010, (Aranzadi JUR\ RTC 2012\96).
Recurso de amparo nº 2908/2010 (Aranzadi JUR\ RTC 2012\142).
Recurso de amparo nº 2907/2011, (Aranzadi JUR\ RTC 2013\170).
Recurso de amparo nº 2907/2011, Aranzadi JUR\ RTC 2013\1170).
Recurso de amparo nº 7222/2013 (Aranzadi JUR\ RTC 2016\39).
Recurso de amparo núm. 3884/2017, (Aranzadi JUR\ RTC 1992\173).
Recurso de amparo nº 7304/2017, (Aranzadi JUR\ RTC 2012\241).
Recurso de amparo nº 6838/2019 (Aranzadi JUR\ RTC 2021\61).
Recurso de suplicación nº 2576/2021 (Aranzadi JUR\ 2022\56594).

RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Recurso de inconstitucionalidad nº 25/1981 (Aranzadi JUR\ RTC 1981\25).

Recurso de inconstitucionalidad nº 25/1981 (Aranzadi JUR\ RTC 1981\25).

Recurso previo de inconstitucionalidad nº 311/1982, 313/1982, 314/1982, 315/1982 y 316/1982 (Aranzadi JUR\ RTC 1983\76).

Recurso de inconstitucionalidad nº 800/1983 (Aranzadi JUR\ RTC 1985\53).

Recurso de inconstitucionalidad nº 800/1983 (Aranzadi JUR\ RTC 1985\53).

Recurso de inconstitucionalidad nº 800/1983 (Aranzadi JUR\ RTC 1985\53).

Recurso de inconstitucionalidad núm. 190/191 (Aranzadi JUR\ RTC 1993\142).

Recurso de inconstitucionalidad nº 201/1993,219/1993, 226/1993 y 236/1993 (Aranzadi JUR\ RTC 2000\290).

Recurso de inconstitucionalidad nº 1463/2000 (Aranzadi JUR\ RTC 2000\292).

Recurso de Inconstitucionalidad nº 418/1987 y 421/1987, 1902/1991 y 1904/1991. (Aranzadi JUR\ RTC 1993\225).

Recurso de inconstitucionalidad nº 1625/1990 (Aranzadi JUR\ RTC 1996\213).

TRIBUNAL SUPREMO

Nº de sentencia 4517/1989, Id Cendoj: 28079130011989100032. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/dc4ec99706de765d/20051011>.

Nº recurso casación 52/2003, Id Cendoj: 28079140012003100610. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8437d75a6845e50b/20040214>

Nº recurso de casación 63/2003, Id Cendoj: 28079140012003100775. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c6b35d9457cd5dd8/20040527>

Nº recurso de casación 132/2005, Id Cendoj: 28079140012007100246. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cbd6e2431e252e4f/20070426>

Nº recurso de casación 147/2005, Id Cendoj: 28079140012006100332. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/978bb4309be48477/20060601>

Nº recurso de casación para unificación de la doctrina 966/2006, Id Cendoj: 28079140012007101065. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/326542/Despido/20071018>

Nº recurso de casación para unificación de la doctrina 966/2007, Id Cendoj: 28079140012007101065. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/326542/Despido/20071018>

Nº recurso de casación para unificación de la doctrina 3983/2010, Id Cendoj: 28079140012011100553. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/831cb3794e2d0a7a/20111017>.

Nº recurso de casación para unificación de la doctrina 4053/2010, Id Cendoj: 28079140012011100741. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/6234178/Despido/20120118>.

Nº recurso de casación contencioso-administrativo 644/2011, Id Cendoj: 28079130072007100789. Disponible en

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bd9426fbfedfb515/20070809>

Nº recurso de casación para unificación de la doctrina 786/2012, Id Cendoj: 28079140012012100926. Disponible en

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ce622f5d16537964/20130107>.

Nº recurso de casación para unificación de la doctrina 1685/2013, Id Cendoj: 28079149912017100004. Disponible en

<https://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7950854&links=%223331%2F2015%22&optimize=20170306&publicinterface=true>

Nº recurso de casación 162/2015, Id Cendoj: 28079140012016100637. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a5c357e11f8df518/20160916>

Nº recurso de casación para unificación de la doctrina 362/2015, Id Cendoj: 28079149912017100006. Disponible en

<https://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7958145&links=%223262%2F2015%22&optimize=20170313&publicinterface=true>

Nº recurso de casación 206/2015, Id Cendoj: 28079140012016100682. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3749312e5c18f305/20161005>

Nº de recurso de casación para unificación de la doctrina 2397/2015, Id Cendoj: 28079140012017100666. Disponible en

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ead48767bb843d16/20171020>

Nº recurso de casación para unificación de la doctrina 3331/2015, Id Cendoj: 28079140012014100286. Disponible en

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/e5e0cf323aea82eba0bb78e44820713e5f2e27b2db433b68>

Nº recurso de casación para unificación de la doctrina 1121/2015, Id Cendoj: 28079140012018100124. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/caec97ebe1e1545f/20180305>

Nº recurso de casación 22/2016, Id Cendoj: 2 28079149912016100025. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/810ed25d9942e197/20160916>

Nº recurso de casación 81/2016, Id Cendoj: 28079149912017100013. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9f4dd9b5c5c277a1/20170411>

Nº recurso de casación para unificación de la doctrina 256/2017, Id Cendoj: 28079140012020100167. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a00a861c0aea61ac/20200525>

Nº recurso casación 227/2017, Id Cendoj: 28079140012019100247. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0a6669627bfbe1dd/20190517>

Nº recurso casación para unificación de la doctrina 341/2017, Id Cendoj: 28079140012019100015. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0a3103af008a74e2/20190220>

Nº recurso de casación 166/2018, Id Cendoj: 2 28079140012020100019. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e8c1fdf0ee602092/20200210>

Nº recurso de casación 239/2018, Id Cendoj: 28079149912020100028. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a300242c85b950d9/20201001>.

Nº recurso casación para unificación de la doctrina 528/2018, Id Cendoj: 28079140012020100733. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8adba1406c95ebc3/20201006>

Nº recurso de casación para unificación de la doctrina 3715/2018, Id Cendoj: 28079140012021100907. Disponible en

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6c2050dad63171b/20211029>

Nº recurso de casación para unificación de la doctrina 4331/2018, Id Cendoj: 28079140012019201999. Disponible en

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/14e25a8668dbc98e/20190809>.

Nº recurso de casación para unificación de la doctrina 4877/2018, Id Cendoj: 28079140012021100730. Disponible en

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bce4db80a8f8fdd3/20210803>

Nº recurso casación para la unificación de la doctrina 3482/2019, Id Cendoj: 28079140012022100110. Disponible en

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3e0e59634791bdb5/20220225>

Nº recurso de casación 84/2019, Id Cendoj: 28079140012021100165. Disponible en

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/287716d49e2d646f/20210301>

Nº recurso de casación 7/2020, Id Cendoj: 28079140012022100266. Disponible en

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8ebe73a062a1c987/20220422>

Nº recurso de casación para la unificación de la doctrina 1288/2020, Id Cendoj: 28079140012022100220. Disponible en

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a40c8ce1b4f2c242/20220408>

Nº recurso de casación para unificación de la doctrina 1370/2020, Id Cendoj: 28079140012022100278. Disponible en

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c6ec72dfe7018b2f/20220502>.

Nº recurso de casación para la unificación de la doctrina 1993/2020, Id Cendoj: 28079140012022100451. Disponible en

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f380b889ad0f7015a0a8778d75e36f0d/20220617>

Nº recurso de casación para unificación de la doctrina 178/2021, Id Cendoj:
28079140012021100164. Disponible en

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2466a1c43feb1a8a/20210301>

Nº recurso de casación contencioso-administrativo 557/2021, Id Cendoj:
28079130042021100147. Disponible en

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/916c91dce3090b54/20210511>

Nº recurso de casación para unificación de la doctrina 701/2021, Id Cendoj:
28079140012022100614. Disponible en

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d084d7941ddfe9a8a0a8778d75e36f0d/20220808>

AUDIENCIA NACIONAL

Nº recurso 301/2015, Id Cendoj: 28079240012015100204. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/a4441770aaceeea550e5b43c6a9bdffc54b95333efcebfa9>

Nº recurso 383/2015, Id Cendoj: 28079240012016100023. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/a4441770aaceeea5ddaedeee43551672ddebcfd48aa2f1d2>

Nº recurso 59/2016, Id Cendoj: 28079240012016100071. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/a4441770aaceeea5ddaedeee435516729ab61d857ffd5dca>

Nº recurso 318/2018, Id Cendoj: 28079240012019100011. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8ed60e51766c4e3e/20190219>

Nº recurso 232/2019, Id Cendoj: 28079240012019100141. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fa2138b4ec60ac05/20200203>

Nº recurso 215/2019, Id Cendoj: 28079240012019100081. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e08dd75df0a6f0c2/20190704>

Nº recurso 218/2020, Id Cendoj: 28079240012020100124. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a708b2fe32409ec5/20210112>

Nº recurso 226/2021, Id Cendoj: 28079240012021100237. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f35203ac1d07732b/20211210>

Nº recurso 356/2021, Id Cendoj: 28079240012022100020. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/af83e0d385f33ea4/20220302>

Nº de conflicto colectivo 33/2022, Id Cendoj: 28079240012022100043. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/18ecb6dde08a1998/20220404>

Nº recurso 39/2022, Id Cendoj: 28079240012022100056. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c0ec6ada76c41ea0/20220503>

Nº recurso 178/2022, Id Cendoj: 28079240012022100112. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/52572263981ffe11a0a8778d75e36f0d/20220804>

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Nº recurso contencioso administrativo 133/1998, Id Cendoj: 41091330012002100023.

Disponible en

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5d4a33e2a5c4bd24/20030421>

Nº recurso suplicación 7190/2000, Id Cendoj: 08019340012000105307. Disponible en

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/068eb06a365f042c/20040603>

Nº recurso contencioso administrativo 2046/2001, Id Cendoj: 29067330012006102865.

Disponible en

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9463db7902eeac91/20070704>

Nº recurso de suplicación 5241/2002, Id Cendoj: 08019340012002108495. Disponible en

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b7e0f51dee2f7643/20031025>

Nº recurso suplicación 1270/2006, Id Cendoj: 48020340012006100817. Disponible en

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e1445fbd41f4b0ac/20060928>

Nº recurso contencioso-administrativo 2203/2007, Id Cendoj: 18087330012007100725.

Disponible

en

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ed6089a0d1f06416/20081016>

Nº recurso suplicación 553/2010, Id Cendoj: 09059340012010100631. Disponible en

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/342c161bb9725397/20101118>

Nº recurso contencioso-administrativo 580/2010, Id Cendoj: 02003330012014100041.

Disponible

en

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8e42a504eb24e4f0/20140307>

Nº recurso suplicación 644/2011, Id Cendoj: 48020340012011103133. Disponible en

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/adec8484952a4b82/20120803>

Nº recurso suplicación 398/2012, Id Cendoj: 35016340012012100891. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fb7127a701a759d7/20120911>

Nº recurso suplicación 6212/2012, Id Cendoj: 08019340012013103624. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c926d24e371df659/20130627>

Nº recurso suplicación 347/2013, Id Cendoj: 09059340012013100364. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c35f86755f38ec16/20130730>

Nº recurso suplicación 1162/2013, Id Cendoj: 02003340012014100441. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/03565fff81bc7473/20140723>

Nº recurso suplicación 1952/2013, Id Cendoj: 28079340012014100255. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematec h=AN&reference=7018675&links=%221952%2F2013%22&optimize=20140410&publicinterface=true>

Nº recurso suplicación 314/2014, Id Cendoj: 28079340032014100810. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6ca49490313b5d71/20150122>

Nº recurso suplicación 568/2014, Id Cendoj: 10037340012014100604. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action>

Nº recurso suplicación 2229/2015, Id Cendoj: 47186340012016100144. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ea15cd5fa4a7dbf3/20160218>

Nº recurso suplicación 2776/2016, Id Cendoj: 41091340012017102247. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/eb7fd191d9de4bc4/20171004>

Nº recurso suplicación 39/2017, Id Cendoj: 08019340012017102062. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/203f3b0d4e72ae67/20170526>

Nº recurso suplicación 1409/2017, Id Cendoj: 35016340012018100171. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a7a9f35964f8d300/20190130>

Nº recurso suplicación 2241/2017, Id Cendoj: 33044340012017103032. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=8283089&links=%222241%2F2017%22&optimize=20180208&publicinterface=true>

Nº recurso suplicación 1149/2017, Id Cendoj: 18087340012017102288. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d5eeddd522282ea/20180117>

Nº recurso suplicación 1165/2017, Id Cendoj: 46250340012017101232. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6b5110a33eb33dd4/20170905>

Nº recurso de suplicación 654/2018, Id Cendoj: 38038340012019100050. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=8741059&statsQueryId=119873522&calledfrom=searchresults&links=%2275%2F2019%22&optimize=20190425&publicinterface=true>

Nº recurso suplicación 3715/2018, Id Cendoj: 35016340012022100062. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b3bea748c1d0badf/20220330>

Nº recurso suplicación 744/2018, Id Cendoj: 41091340012019100716. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fc7bc26b991c8ae1/20190425>

Nº recurso suplicación 197/2019, Id Cendoj: 28079340012019100476. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/740c240db4a4935e/20190821>

Nº recurso suplicación 524/2019, Id Cendoj: 38038340012019100995. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9d7d2b77daa010c7/20200122>

Nº recurso suplicación 749/202019, Id Cendoj: 28079340062020100012. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4f04990ebc711333/20200415>.

Nº recurso suplicación 899/2019, Id Cendoj: 38038340012020100072. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/455324801f03303c/20200420>

Nº recurso suplicación 2253/2019, Id Cendoj: 47186340012020100444. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/acb03612b683039b/20200513>.

Nº recurso conflicto colectivo 1/2020, Id Cendoj: 10037340012020100272. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cafba5e337fd0b3a/20200908>

Nº de recurso suplicación 430/2020, Id Cendoj: 28079340022020100849 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/282f6806e10bae3a/20201223>

Nº recurso suplicación 451/2020, Id Cendoj: 28079340052020100860. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7518aaef75f5ddb5/20201111>

Nº recurso suplicación 1111/2020, Id Cendoj: 02003340012020100951. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/db50b9b041280187/20210210>

Nº de recurso suplicación 47/2021, Id Cendoj: 15030340012021101971. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9bf42d0ce1e17550/20210713>

Nº recurso suplicación 128/2021, Id Cendoj: 50297340012021100093. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a958fb38ed8204a1/20210407>.

Nº de recurso suplicación 476/2021, Id Cendoj: 28079340032021100840. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a24bddc71106060a/20220208>

Nº recurso suplicación 754/2021, Id Cendoj: 30030340012022100032. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e6a455cb93ddb6b/20220221>

Nº recurso suplicación 766/2021, Id Cendoj: 28079340052021100011. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e05353a9b878a7de/20210421>

Nº recurso suplicación 859/2021, Id Cendoj: 39075340012022100069. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1dab3dc8f8ec4139/20220225>

Nº recurso suplicación 1545/2021, Id Cendoj: 15030340012021102783. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5a603793c0e9d3d8/20210831>.

Nº recurso suplicación 2222/2021, Id Cendoj: 08019340012021103401. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/07a1e84edd893fd1/20210914>

Nº recurso suplicación 2899/2021, Id Cendoj: 08019340012021103575. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0ded06753a76c468/20210915>

Nº recurso suplicación 4315/2021, Id Cendoj: 41091340012022100106. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/03c2f245f1d02a1c/20220222>

Nº recurso de suplicación 6963/2021, Id Cendoj: 08019340012022101909. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fe5ce64f3b073bd4/20220606>

Nº recurso suplicación 7603/2021, Id Cendoj: 08019340012022102286. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c4a768f2c5534008/20220607>

Nº recurso suplicación 7378/2021, Id Cendoj: 08019340012022102253. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/de872239f1992b83/20220607>

Nº de recurso suplicación 20/2022, Id Cendoj: 28079340052022100128. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e6e0794e3332573a/20220407>

Nº recurso de suplicación 126/2022, Id Cendoj: 50297340012022100189. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f493e390d007952a/20220517>

Nº recurso suplicación 959/2022, Id Cendoj: 33044340012022100675. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f717b887614e13db/20220509>

CONVENIOS COLECTIVOS	
Convenio colectivo de Vueling Airlines, SA.	BOE nº 80, 4 de abril de 2017.
Convenio colectivo del Grupo Axa.	BOE nº 244, 10 de octubre de 2017.
Resolución TSF/2053/2018, de 4 de septiembre, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo Interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020	
Resolución de 19 de diciembre de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el IX Acuerdo Marco del Grupo Repsol.	BOE nº 4, 4 de enero de 2018.
XII Convenio colectivo de Repsol Petróleo, SA.	BOE nº 119, 16 de mayo de 2018.
XIV Convenio Colectivo de Repsol Química, S.A.	BOE nº 158, 30 de junio de 2018.
Convenio colectivo de Al Air Liquide España, SA; Air Liquide Medicinal, SLU y Air Liquide Ibérica de Gases, SLU, para el periodo 2016 a 2019.	BOE núm. 158, de 30 de junio de 2018.
Convenio colectivo del grupo Marítima Dávila, SA.	BOE nº 246, 11 de octubre de 2018.
Convenio colectivo de Repsol Exploración, SA.	BOE núm. 278, de 17 de noviembre de 2018.
XIV Convenio Colectivo de Repsol Química, S.A.	BOE nº 158, 23 de noviembre de 2018.
Convenio Colectivo de Philips Ibérica, SAU.	BOE nº 296, 8 de diciembre de 2018.
Convenio Colectivo de la Institución Ferial Alicantina (IFA).	BOPA nº. 32, 14 de febrero de 2019.
Convenio colectivo de la empresa “Páginas Amarillas Soluciones Digitales, Sociedad Anónima Unipersonal”.	BOCM núm. 44, de 21 de febrero de 2019.
Convenio Colectivo del sector Mayoristas de Alimentación del Principado de Asturias para los años 2018, 2019 y 2020 en el Registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo dependiente de la Dirección General de Trabajo.	BOPA núm. 84, de 3 de abril de 2019.
Convenio colectivo sectorial de ámbito estatal de las administraciones de loterías.	BOE núm. 146, de 19 de junio de 2019.
II Convenio colectivo del Grupo Acciona Energía.	BOE nº 169, de 16 de julio de 2019.
III Convenio colectivo de Cash Converters, S.L., y Sociedades Vinculadas.	BOE nº 198, 19 de agosto de 2019.

Convenio colectivo estatal de perfumería y afines.	BOE núm. 199, de 20 de agosto de 2019.
Convenio Colectivo para el Sector de Abogados, Procuradores y Graduados Sociales de Cantabria, para el periodo 2019-2022.	BOC núm. 161, de 22 de agosto de 2019.
Convenio colectivo de Orange Espagne, SAU.	BOE núm. 251, de 18 de octubre de 2019.
Convenio Colectivo del Sector de Oficinas y Despachos de la Comunidad de Madrid, suscrito por la Confederación Empresarial de Madrid-CEOE (CEIM) y CC OO y UGT por la representación sindical.	BOCM núm., 255, de 26 de octubre de 2019.
Convenio colectivo del Grupo Santander.	BOE núm. 290, de 3 de diciembre de 2019.
Convenio colectivo de la Liga Nacional de Fútbol Profesional.	BOE nº 292, 5 de diciembre de 2019.
Convenio colectivo de Telefónica Ingeniería de Seguridad SAU.	BOE nº 6, de 7 de enero de 2020.
Convenio Colectivo de trabajo del sector de Oficinas y Despachos de Catalunya para los años 2019-2021.	DOGC núm. 8064, de 14 de febrero de 2020.
Convenio Colectivo del Consorcio de Servicios de La Palma.	BOPSC núm. 32, 13 de marzo de 2020.
Conveni collectiu de treball del sector d'exhibició cinematogràfica de la provincia de Barcelona per als anys 219-2020.	Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona, de 11 de junio de 2020.
V Convenio colectivo marco del Grupo Endesa. BOE nº 169, 17 de junio de 2020. Convenio Colectivo de ámbito empresarial para software DELSOL, S.A.	BOPJ nº 126, de 3 de julio de 2020.
Convenio colectivo para los establecimientos financieros de crédito.	BOE núm. 183, de 3 de julio de 2020.
Convenio colectivo marco del sector de la distribución de mayoristas de alimentación de Cataluña.	DOGC núm. 8178, de 16 de julio de 2020.

Convenio colectivo de Ahorramas, SA; Comercial Hermanos Vallejo, SA; Comercial Monte Igueldo, SL; Comercial Sierra, SL; J y M 44, SA; Majuan, SL; Monelja, SL; Rotterdam, SL y Rubio Martín, SL.	BOE nº 208, de 1 de agosto de 2020.
Convenio colectivo del Sector de Comercio de Óptica al Detalle y Talleres Anejos de la Comunidad de Madrid, suscrito por la Asociación Española de Cadenas de Óptica (AECO), Asociación Empresarios de Comercios de Óptica (AECOP), Asociación de Ópticas Madrid y por la representación sindical, Industria-CC. OO. y UGT-FICA Madrid.	BOCM nº 203 de 22 de agosto de 2020.
Convenio colectivo de industrias de la alimentación de Granada.	BOP nº 172, de 15 de octubre de 2020.
Convenio colectivo de Red Eléctrica Infraestructuras de Telecomunicación, SA.	BOE nº 16, de 19 de enero de 2021.
II Convenio colectivo del Grupo Vodafone España.	BOE nº 34, de 9 de febrero de 2021.
Convenio colectivo del Grupo Cetelem.	BOE nº, 42, de 18 de febrero de 2021.
Convenio colectivo de R. Cable y Telecable Telecomunicaciones, SAU.	BOE nº 43, de 19 de febrero de 2021.
II Convenio colectivo de Bureau Veritas Inspección y Testing, SLU, Bureau Veritas Solutions, SA, e Instituto de la Calidad, SAU.	BOE nº 59, de 10 de marzo de 2021.
Convenio colectivo de Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona «La Caixa».	BOE nº 108, de 6 de mayo de 2021.
Convenio colectivo de Financiera El Corte Inglés, EFC, SA.	BOE nº 108, de 6 de mayo de 2021.
Convenio Colectivo para las actividades de oficinas y despachos de Salamanca y su provincia.	BOPS nº. 96 de 21 de mayo de 2021.
VI Convenio colectivo de Consum, Sociedad Cooperativa Valenciana.	BOE nº 118, de 18 de mayo de 2021.
III Convenio colectivo de oficinas corporativas del grupo Siemens Gamesa Renewable Energy.	BOE nº 132, de 2 de junio de 2021.
II Convenio colectivo de Lidl Supermercados, SAU.	BOE nº 139, de 11 de junio de 2021.

Convenio colectivo del sector de grandes almacenes. BOE nº 139, de 11 de junio de 2021. Convenio colectivo de Thyssenkrupp Elevadores, SLU, Madrid y Valencia.	BOE nº 158, de 3 de julio de 2021.
VIII Convenio colectivo de Decathlon España, SA.	BOE nº 209, de 1 de septiembre de 2021.
III Convenio colectivo de Ilunion Seguridad, SA.	BOE nº 209, de 1 de septiembre de 2021.
II Convenio colectivo de BT Global ICT Business Spain, SLU.	BOE nº 213, de 6 de septiembre de 2021.
II Convenio colectivo de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado.	BOE nº 223, de 17 de septiembre de 2021.
Convenio colectivo para los establecimientos financieros de crédito.	BOE nº 247, de 15 de octubre de 2021.
Convenio colectivo de Exide Technologies, SLU.	BOE nº 251, de 20 de octubre de 2021.
Convenio Colectivo de Cruz Roja Española (provincia de Lugo).	BOPDL nº. 245, de 25 de octubre de 2021.
XXIV Convenio colectivo de Nokia Spain, SA.	BOE nº 273, de 15 de noviembre de 2021.
Convenio colectivo de Heineken España, SA.	BOE nº 288, de 2 de diciembre de 2021.
Convenio colectivo de la empresa Coordinadora Integral Óptica de Servicios Agrupados, S.L.	BOCM nº 288, de 3 de diciembre de 2021.
Convenio Colectivo provincial de Oficinas y Despachos (provincia de Alicante).	BOPA nº. 242, de 22 de diciembre de 2021.
Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.	BOE nº 310, de 27 de diciembre de 2021.
Convenio Colectivo de la empresa Take Five SLU.	BOPA nº 245, de 27 de diciembre de 2021.
III Convenio colectivo de Bofrost, SAU.	BOE nº 311, de 28 de diciembre de 2021.

Convenio Colectivo de la empresa Editorial Aranzadi.	Boletín Oficial de Navarra nº 38, de 22 de febrero de 2022.
VII Convenio colectivo sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia.	BOE nº 48, de 25 de febrero de 2022.
Convenio colectivo de Finanzauto, SA.	BOE nº 107, de 5 de mayo de 2022.
Convenio colectivo de Refresco Iberia, SAU, para los centros de trabajo de Oliva (Valencia) y Alcolea (Córdoba).	BOE nº 108, de 6 de mayo de 2022.
Convenio colectivo de Airbus Defence and Space, SAU, Airbus Operations, SL, y Airbus Helicopters España, SA.	BOE nº 108, de 6 de mayo de 2022.

BIBLIOGRAFÍA.

AAVV. (2016). “Le droit à la déconnexion: une chimère?”, *Revue de Droit du Travail*, nº10.

ACHA ITURMENDI, J. (1996). “Situación actual de la informática y los datos personales. Algunas reflexiones sobre la situación real de la LORTAD”, *Informática y Derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, nº 12-15.

AGUDO ZAMORA, M. (2007). La evolución histórica de la protección de los derechos en las comunidades europeas: desde el tratado de roma hasta el Tratado de Maastricht, (en línea), Departamento de Derecho Constitucional - Universidad de Córdoba, p.12, disponible en <http://www.uco.es/investiga/grupos/SEJ372/recursos/constitucion-economica/documents/LAEVOLUCIONHISTORICADELAPROTECCIONDELOSDE RECHOSENLASCOMUNIDADESEUROPEAS.pdf>.

AGUILERA IZQUIERDO, R., CRISTÓBAL RONCERO, R. (2017). “Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión”, en VVAA: *El futuro que queremos*. Conferencia Nacional Tripartita, 28 de marzo de 2017, Vol. 2.

AHLERS, E. (2016). “El trabajo flexible y a distancia en el contexto de la digitalización y de la salud en el trabajo”, *Boletín Internacional de Investigación Sindical: riesgos psicosociales, estrés y violencia en el mundo del trabajo*, Vol. 8, nº 1-2, Ginebra, ed. OIT.

ALEMÁN PÁEZ, F. (2017). “El derecho de desconexión digital: una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi Travail Nº 2016-1088”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 30.

ALEMÁN PÁEZ, F. (2020). “Especialidades de las facultades de control en el trabajo a distancia. Aspectos materiales, institucionales y valorativos”, *Revista Temas Laborales*, nº 153.

ALEXY, R. (2002). “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, *Revista española de derecho constitucional*, nº 66.

ALEXY, R. (2011). “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista española de derecho constitucional*, nº 91.

ALEXY, R. (2016). “Un concepto no positivista de derecho fundamental sobre la relación entre teoría de los principios, derechos fundamentales y moral”, *Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico*.

ALFONSO MELLADO, C. (2007). “Las horas extraordinarias”, en APARICIO TOVAR, J. LÓPEZ GANDÍA, J. *Tiempo de Trabajo*, Albacete, Editorial Bomarzo.

ALLEN, A. (2000). “Privacy-as-Data Control: Conceptual, Practical, and Moral Limits of the Paradigm”, *Faculty Scholarship at Penn Law*.

ALONSO ARANA, M. (2019). “La ITSS publica un criterio técnico sobre sus actuaciones en materia de registro de jornada”, *Revista Aranzadi Digital*, nº 1.

ALONSO OLEA, M., MIÑAMBRES PUIG, C. (1997). *Derecho procesal del trabajo* (9ª ed.), Madrid, Civitas, p. 185.

ALTÉS TÁRREGA, J. A., YAGUË BLANCO, S. (2020). “A vueltas con la desconexión digital: eficacia y garantías de lege lata”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol.1, nº 2.

ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. (1991). “El derecho a la intimidad personal, la libre difusión de la información y el control del estado sobre los bancos de datos”, *Actualidad Administrativa*, nº 37.

ÁLVAREZ-CIENFUEGO SUÁREZ, J. (2001). “Notas a la nueva regulación de la protección de datos de carácter personal”, *La Ley Digital*, nº 10966.

ÁLVAREZ CONDE, E. (2008). *Curso de Derecho constitucional*, 6ª ed, Madrid, Tecnos.

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A. (2020). “La influencia de las nuevas tecnologías sobre el derecho a la intimidad en el contexto laboral”, *Revista derecho de las relaciones laborales*, nº 11.

APARICIO ALDANA, R. (2016). “Servicios de mensajería personal del trabajador y ordenador de la empresa. A propósito de la STEDH, de 12 de enero de 2016 (Caso BĂRBULESCU v. Rumanía)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, nº 1.

ARA PINILLA, I. (1994). *Las transformaciones de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos.

ARAGÓN GÓMEZ, C. (2019). El derecho a la desconexión digital, *Formación e-learning. Curso derechos digitales y efectos en las relaciones laborales. BIB 2019\10140*, Editorial Aranzadi, S.A.U.

ARAGÜEZ VALENZUELA, L. (2019). Los sistemas biométricos de registro de jornada y la (des) protección jurídica de la persona del trabajador, en *XXXVIII jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales-El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo*, Sevilla, p. 12, disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/c/document_library/get_file?uuid=77ad7ac7-da0f-47e2-976d-60e78c0a46db&groupId=10128

ARCE JANÁIZ, A. (1996). “El derecho a la intimidad de Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis”, *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 47.

ARENAS RAMIRO, M., ORTEGA GIMÉNEZ, A. (2019). *Comentarios a la ley orgánica de protección de datos*, Madrid, Editorial Sepin.

ARENDT, H. (1974). *La condición humana*, Barcelona, Paidós Ibérica

ARETA MARTÍNEZ, M. (2020). “Geolocalización de trabajadores asalariados y tutela de sus derechos fundamentales: un análisis desde el Derecho comparado español y francés”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 1, pp. 10-11.

ARIAS DOMÍNGUEZ, A. (2016). “Registro diario e individual de la jornada de trabajo: ¿instrumento sólo para las horas extras, o también para la distribución irregular de jornada? Comentario a la SAN 207/2015, de 4 de diciembre”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 44.

ARIAS DOMÍNGUEZ, A. (2017). “Registro de Jornada y Supresión de las horas extraordinarias que se compensan con descanso, la estrategia y el objetivo”, *Revista IusLabor*, nº 2.

ARIES, P. DUBY, G. (1988). *Historia de la vida privada (1): Del Imperio Romano al año mil*, Madrid, Taurus.

ARIES, P. DUBY, G. (1988). *Historia de la vida privada (2): De la Europa Feudal al Renacimiento*, Madrid, Taurus.

ARIES, P. DUBY, G. (1991). *Historia de la vida privada (3): Del renacimiento a la Ilustración*, Madrid, Taurus.

ARGÜELLES BLANCO, A. R. (2004). *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares, estudio de los derechos y medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva (2001-2002)*, Consejo Económico y Social de España.

ARRIBAS, A., ISLAS, O. (2019). “En el tránsito de la Economía del Conocimiento a la Cuarta Revolución Industrial. Aproximaciones al transhumanismo desde la perspectiva de la Ecología de los Medios”, *Revista Razón y palabra*, nº 104.

ARROYO YANES, L. (1993). “El derecho de autodeterminación informativa frente a las Administraciones Públicas (comentario a la STC 254/93, de 20 de julio)”, *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, nº 16.

ARRUGA SEGURA, M^a. C. (2021). “Las implicaciones del derecho a la desconexión digital en la prestación de trabajo y en el trabajo regular”, *Revista Derecho Social y empresa*, nº 15.

ARZOZ SANTISTEBAN, X. (2005). “La relevancia del derecho de la Unión Europea para la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 74.

ASPAS ASPAS, J. (1996). “Registrador de protección de datos británico y el Comisario de protección de datos irlandés”, *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de derecho informático*, nº 12-15.

ASQUERINO LAMPARERO, M. J. (2019). “El control de la actividad de los repartidores de Telepizza”, *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 148.

AZNAR LÓPEZ, M. (2000). “Libertad de empresa y otros fundamentos constitucionales de la acción voluntaria”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 9.

BAAMONDE MÉNDEZ, J. M^a. (2017). “La STS 246/2017 de 23 de marzo, o cómo el Tribunal Supremo anula de un plumazo la jurisprudencia de la audiencia nacional sobre el control de la jornada laboral y las horas extraordinarias”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, Vol. 21.

BARCENILLA, L. M. (3 de agosto de 2020). Horas extras: nunca trabajamos más de más, *El Salto Diario*, disponible en <https://www.elsaltodiario.com/laboral/record-horas-extra-encuesta-poblacion-activa-nunca-trabajamos-mas-de-mas>

BARRIO ANDRÉS, M. Garantía de los derechos digitales en la LOPDGDD en LÓPEZ CALVO, J. (2019). *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, Wolters Kluwer.

BARRIOS BAUDOR, G. L. (2019). “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 1.

BARRIOS BAUDOR, G. L. (2020). “La desconexión digital en la negociación colectiva de 2020: un análisis práctico”, *Revista Galega de Dereito Social*, nº 11.

BASTERRA HERNÁNDEZ, M. (2019). “El tiempo de trabajo en los instrumentos de la OIT: una perspectiva desde el ordenamiento español”, *Documentación laboral*. nº 116.

BASTIDA FREIJEDO, F. (2004). *Teoría general de los derechos fundamentales en la constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos.

BAYLOS GRAU, A. P. (2004). “Códigos de conducta y buenas prácticas de las empresas en materia laboral el problema de su exigibilidad jurídica”, *Revista Estudios de derecho judicial*, nº 66.

BAYLOS GRAU, A. P. (15 de noviembre de 2018). La garantía de los derechos digitales en el trabajo. El proyecto de ley ya aprobado en el congreso. Un texto decepcionante, disponible en <https://baylos.blogspot.com/2018/11/la-garantia-de-los-derechos-digitales.html>

BAZ RODRÍGUEZ, J. (2011). “Geolocalización, dispositivos móviles y trabajo”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 11.

BAZ RODRÍGUEZ, J. (2019). Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital, Madrid.

BAZ RODRÍGUEZ, J. (2019). “La Ley Orgánica 3/2018 como marco embrionario de garantía de los derechos digitales laborales. Claves para un análisis sistemático”, *Revista de trabajo y derecho*, nº 54.

BAZ RODRÍGUEZ, J. (2020). “Capitalismo de la vigilancia y organización del trabajo”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 11.

BAZ RODRÍGUEZ, J. (2022). “El despido disciplinario con prueba lesiva de derechos fundamentales y su calificación: ¿formulación, aclaración o modificación de la doctrina constitucional? (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, de 15 de

marzo, sala 1a, rec. Amparo 6838-2019)”, *Revista crítica de Relaciones de Trabajo-Laborum*, nº 2.

BECERRA PINEDA, L. (2000). “El auge de internet”, *Páginas: Revista académica e institucional de la UCPR*, nº 57.

BÉJAR MERINO, H. (1987). “La génesis de la privacidad en el pensamiento liberal”, *Sistema: revista de ciencias sociales*, nº 76

BÉJAR MERINO, H. (1988). *El ámbito íntimo: (privacidad, individualismo y modernidad)*, Madrid, Alianza

BEJARANO HERNÁNDEZ, A. (2010). “Irrenunciabilidad del poder de dirección del empresario y límites convencionales al mismo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 147.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. (15 de mayo de 2019). “El TJUE exige la obligatoriedad del registro de jornada (y confirma la oportunidad de la reforma del RD-Ley 8/2019)”, disponible en <https://ignasibeltran.com/2019/05/15/el-tjue-exige-la-obligatoriedad-del-registro-de-jornada-y-confirma-la-oportunidad-de-la-reforma-del-rdley-8-2019/>

BERGIER, J. F. “La burguesía industrial y la aparición de la clase obrera”, en CIPOLLA, C. M. (1983). *Historia Económica de Europa: La Revolución Industrial*, Barcelona, Editorial Ariel.

BERMEJO BOSCH, R., BOTELLA VIVÓ, S. (2016). “La sentencia del TEDH sobre el control por el empleador del uso del correo electrónico (mensajería instantánea) por sus empleados (Caso Barbulescu vs Rumanía nº 61496/08 de 12 de enero de 2016)”, *Revista Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº 43.

BLASCO JOVER, C. (2018). “Trabajadores “transparentes”: La facultad fiscalizadora del empresario vs derechos fundamentales de los empleados (I)”, *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, nº 3.

BLOUSTEIN, E. (1984). Privacy as an aspect of human dignity: an answer to Dean Prosser, en *Philosophical Dimesions of Privacy*, Cambridge University Press.

BOBBIO, N. (1991). *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema.

BOBBIO, N. (1991). *Teoría general del derecho*, Madrid, Editorial Debate.

BONET NAVARRO, J. (2021). Valoración y carga de la prueba, en AA.VV. *Valoración de la prueba y resolución mediante inteligencia artificial*, Universidad de Valencia.

BONN, P. (1992). “La protección constitucional de los derechos fundamentales: aspectos de derecho comparado europeo”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 1.

BROD, C. (1984). *Technostress: The human cost of the computer revolution*. Reading Mass: Addison-Wesley.

BURGENTHAL, T. (1989). “La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., VIVER I PI-SUNYER, C. (2006). *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, Valencia, Tirant lo Blanch.

CABEZA PEREIRO, J. (2018). “El necesario cambio en la jurisprudencia constitucional sobre video vigilancia y control de mensajería electrónica de los trabajadores a la vista de la doctrina del TEDH”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 141.

CABEZAS LEFLER, F. (2020). “Obtención de la prueba y vulneración de derechos fundamentales. Prueba nula... ¿despido nulo?”, *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, nº 211.

CALDERÓN CHACÓN, A. (2015). “Derechos fundamentales y relaciones de empleo”, *Revista Espiga*, nº 30.

CÁMARA VILLAR, G. (2005). “Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*.

CAMPUZANO ESPAÑA, A. (1994). “Derecho a la intimidad y publicidad de datos personales de carácter patrimonial”, *Informática y Derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, nº 4.

CAMPUZANO TOMÉ, H. (2000). *Vida privada y datos personales. Su protección jurídica frente a la sociedad de la información*, Madrid, Tecnos.

CANÓVAS, A., ARAGÓN, J., ROCHA, F. (2005). “Las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral en las Comunidades Autónomas”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº 1.

CARDONA RUBERT, B. (1994). “Tratamiento automatizado de datos personales del trabajador”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 16.

CARDONA RUBERT, B. (2003). “Las relaciones laborales y el uso de las tecnologías informáticas”, *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, nº extra-1, p. 161.

CARDONA RUBERT, B. (2020). “Los perfiles del derecho a la desconexión digital”, *Revista de Derecho Social*, nº 90.

CARDONA RUBERT, B. (2021). “Contenido y elementos principales al derecho de protección de datos”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, nº 148.

CARRASCOSA LÓPEZ, V. (1992). “Derecho a la intimidad e informática”, *Informática y Derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, nº 1.

CARRASCOSA LÓPEZ, V. (1994). “La L.O.R.T.A.D: una necesidad en el panorama legislativo español”, *Informática y Derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, nº 6-7.

CARRILLO SALCEDO, J. (2003). *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos.

CARRIZOSA PRIETO, E. (2016). “Despido y derecho a la intimidad informática ¿Un sistema de garantías pendiente de construcción?”, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 132.

CARRIZOSA PRIETO, E. (2017). Trabajo, intimidad y protección de datos. La política de privacidad en la empresa, en VVAA., *Cesión de datos personales y evidencias entre procesos penales y procedimientos administrativos sancionadores o tributarios*, Madrid, Aranzadi.

CARMONA CONTRERAS, A. (2016). “El espacio europeo de los derechos fundamentales: de la Carta a las constituciones nacionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº107.

CASAS BAAMONDE, M^a. E. (2004). “La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe. Relaciones laborales: *Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1.

CASAS BAAMONDE, M^a. E. (2014). “Reforma de la negociación colectiva en España y sistema de relaciones laborales”, *Cuadernos de relaciones laborales*, Vol. 32, nº 2.

CASAS BAAMONDE, M^a. E. (2017). “Distribución irregular de la jornada, flexibilidad del tiempo de trabajo y tiempo de vida personal y familiar”, *Revista Jurídica de la Universidad de León*, nº 4.

CASAS BAAMONDE, M^a. E. (2021). “Prueba ilícita y despido. Desconexión de la nulidad de la prueba lesiva de derechos fundamentales y la nulidad del despido producido con violación de derechos fundamentales”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 4.

CASTELLS ARTECHE, J. (1994). “Derecho a la privacidad y procesos informáticos análisis de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre (LORTAD)”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardulararitzako Euskal Aldizkaria*, nº 39.

CASTELLS OLIVÁN, M. (2002). “Un nuevo medio de comunicación: internet”, *Treballs de comunicació*, nº 17.

CASTELLS OLIVÁN, M. (2002). “Tecnologías de la información y la comunicación y desarrollo global”, *Revista de economía mundial*, nº 7.

CASTELLS OLIVÁN, M. (2011). “Prefacio: Autocomunicación de masas y movimientos sociales en la era de Internet”, *Anuari del conflicte social*, nº 1.

CASTÁN TOBEÑAS, J. (1952). “Los derechos de la personalidad”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 192.

- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1985). *Los derechos del hombre*, 3ª ed., Madrid, Reus.
- CASTIELLA SÁNCHEZ-OSTIZ, J. (2017). “El Tribunal Supremo corrige a la Inspección de Trabajo y obliga a registrar solo las horas extra”, *Revista de Actualizad Jurídica Aranzadi*, nº 929.
- CASTILLO CÓRDOVA, L. (2010). “El contenido de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 14.
- CASTILLO JIMÉNEZ, C. (1994). “Estatuto de la agencia de protección de datos”, *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, nº 6-7.
- CASTRILLO DE LA FUENTE, M. (2021). “La doble cara del reconocimiento facial: entre las ventajas de su uso y el impacto en nuestra privacidad”, *Aranzadi digital*, nº 1.
- CATE, F. (2000). “Principles on Internet Privacy”, *Articles by Maurer Faculty*.
- CAVOUKIAN, A. (2011). Privacy by design, the 7 foundational principles, Information and Privacy Commissioner of Ontario, en Privacybydesign (en línea), disponible en <https://www.ipc.on.ca/wp-content/uploads/resources/7foundationalprinciples.pdf>,
- CEBRIÁN HERREROS, C. (2000). “La información en Red”, *Sphera Pública: revista de ciencias sociales y de comunicación*.
- CERVILLA GARZÓN, Mª. J. (2017). “Efectos del uso de la aplicación “WhatsApp” en el marco de las relaciones laborales”, *Revista Temas Laborales*, nº 136.
- CIALTI, P. H. (2017). “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?”, *Revista Temas Laborales*, nº 137.
- CIDONCHA, A. (2006). *La libertad de empresa*, Navarra, Thomson-Civitas.
- CHAVES PALACIOS, J. (2004). “Desarrollo tecnológico en la primera revolución industrial”, *Norba: Revista de Historia*, nº 17.
- COELHO MOREIRA, T. (2016). *Estudos de Direito do Trabalho, Volume II*, Coimbra, Edições Almedina.
- COELHO MOREIRA, T. (2021). *Direito do Trabalho na era digital*, Coimbra, Edições Almedina.
- CONDE ORTIZ, C. (2005). *La protección de los datos personales. Un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*, Cádiz, Dykinson.
- COPPEL, J., O'NEILL, A. (1992). The European Court of Justice: taking rights seriously?, *Common Market Law Review*, nº 29.
- CORREA CARRASCO, M. (2012). “Derecho del trabajo y responsabilidad social empresarial ante los retos de la globalización”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, nº 154.

COOLEY, T. (1868). “A Treatise on the Constitutional Limitations which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union”, *Little, Brown, and Company*, Boston.

COOLEY, T. (1879). “A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independently of Contract”, *Callaghan and Company*, Chicago.

CUADROS GARRIDO, M. E. (2017). “La mensajería instantánea y la STEDH de 5 de septiembre de 2017”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 11.

CUCARELLA, M. (2017). “Revocada la sentencia que imponía a las empresas la obligación de contar con un registro de la jornada diaria de su plantilla”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 929.

CUENCA TORIBIO, J. M. (1990). *De la Segunda Revolución Industrial a la Primera Guerra Mundial*, en LÓPEZ MORA, F. *Historia Universal: De la segunda revolución industrial (s. XIX) al mundo actual*, España, Grupo Editorial Océano.

CRUZ PEÑA, J. (19 de mayo de 2020). El Ibex incumple la ley de desconexión digital en pleno 'boom' del teletrabajo por el COVID, *Cotizalia*, disponible en https://www.elconfidencial.com/empresas/2020-05-19/ibex-incumple-ley-desconexion-digital-boom-teletrabajo-covid_2599759/.

CRUZ VILLALÓN, P. (1989). “Formación y evolución de los Derechos Fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 25.

CRUZ VILLALÓN, J. (2016). “Nuevas funciones de la negociación colectiva y alteración de su marco normativo”, *Revista de Economía Laboral*, Vol. 13, nº 2.

CRUZ VILLALÓN, J. (2019). *Protección de datos personales del trabajador en el proceso de contratación: facultades y límites de actuación del empleador*, Albacete, Editorial Bomarzo.

DARANAS PELÁEZ, M. (1984). “Jurisprudencia constitucional extranjera. Tribunal Constitucional Alemán. Ley del Censo”, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, nº 33.

DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. (1992). “Las telecomunicaciones y las tecnologías de la información en la empresa: implicaciones socio-jurídicas”, *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, nº 1.

DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. (2008). *Manual de Derecho Informático*. Navarra. Editorial: Aranzadi.

DEL REY GUANTER, S. (2009). “Responsabilidad Social de las Empresas y Relaciones Laborales: algunas reflexiones sobre sus conexiones terminológicas y sustanciales”, *Revista Temas Laborales*, nº 100

DELGADO MARTÍN, J. (2021). “Notas sobre datos biométricos en las relaciones laborales: sistema de control horario mediante huella dactilar”, *Diario La Ley Ciberderecho*, nº 50.

- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1972). *Temas de Derecho Civil*, Madrid, Rivadeneyra.
- DE ESTEBAN, J., LÓPEZ GUERRA, L., GARCÍA MORILLO, J., ESPÍN TEMPLADO, E. (1983). *El régimen constitucional español*, Barcelona, Labor.
- DE JULIOS CAMPUZANO, A. (1994). “Letra y espíritu de la LORTAD: ¿un problema de coherencia interna?”, *Informática y Derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, nº 6-7.
- DE JULIOS CAMPUZANO, A. (1995). “Individualismo y modernidad. Una lectura alternativa”, *Anuario de filosofía del derecho*, nº 12.
- DE LA FUENTE LAVÍN, M (2002). *El régimen jurídico de las horas extraordinarias*, Granada, Editorial Comares.
- DE LA MATA BARRANCO, J., BARINAS UBIÑAS, D. (2014). “La privacidad en el diseño y el diseño de la privacidad, también desde el derecho penal”. Eguzkilore: *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 28.
- DE MIGUEL DíEZ, J. A. (2019) “El registro de la jornada y la desconexión digital: avances en el control del tiempo de trabajo en la era digital”, *VIII-Premio Forelab Jóvenes Laboralistas*, p. 28, disponible en https://forelab.com/wp-content/uploads/registro-jornada-y-desconexion-digital_Alejandro-de-Miguel.pdf
- DE LA MORENA CORRALES, P. (2019). “El Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (en especial, la obligación de registro de jornada)”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 54.
- DE LAS HERAS GARCÍA, A. (2017). “Control de la Jornada, horas extraordinarias y trabajo a distancia, Estudios financieros”, *Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, nº 412.
- DE MIGUEL ASENSIO, A. (2004). “La protección de datos personales a la luz de la reciente jurisprudencia del TJCE”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 7.
- DE MIGUEL CASTAÑO, A. (1983). “Derecho a la intimidad frente al derecho a la información. El ordenador y las leyes de protección de datos. Estudio de derecho comparado”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 4.
- DE MIGUEL SÁNCHEZ, N. (2006). “El derecho a la protección de datos personales en el tratado por el que se instituye una constitución para Europa”, *Revista de administración pública*, nº 169.
- DE VICENTE PACHÉS, F. (1999). “El derecho a la intimidad y a la informática en el ámbito laboral”, *Informática y Derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, nº 30-31.

DENNINGER, E. (1987). El derecho a la autodeterminación informativa, en PEREZ LUÑO, A. E. (ed.) *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica*, Madrid, Tecnos.

DESANTES GUANTER, J. (1972). “Intimidad e información, derechos excluyentes”, *Nuestro Tiempo*, nº 213.

DESDENTADO BONETE, A., MUÑOZ RUIZ, A. (2014). “Trabajo, videovigilancia y controles informáticos. Un recorrido por la jurisprudencia”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 39.

DESDENTADO BONETE, A., DESDENTADO DAROCA, E. (2018). “La segunda sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Barbulescu y sus consecuencias sobre el control del uso laboral del ordenador”, *Revista de Información Laboral*, nº 1.

DIAS ALVES, L. (2020). *Proteção de Dados Pessoais no Contexto Laboral. O direito à privacidade do trabalhador*, Coimbra, Edições Almedina.

DOGLIOTTI, M. BOCCACCIO, S. (1989). “Il diritto alla riservatezza negli orientamenti della giurisprudenza”, *La nuova giurisprudenza civile commentata*.

DOMÍNGUEZ MORALES, A. (2020). “Otros derechos de las personas que trabajan a distancia”, *Revista derecho de las relaciones laborales*, nº 11.

DUTHEIL DE LA ROCHERE, J. (2001). “La France et la charte des droits fondamentaux de l’union européenne”, *Annuaire français de relations internationales*, Vol. 2.

DURÃO BARROSO, J. M. (2007). “La política energética europea y la Tercera Revolución Industrial”, *Cuadernos de energía*, nº 18.

ESTEFANIA, J. (2002). El fenómeno de la globalización, en AA.VV. *Diez palabras clave sobre globalización*, Editorial Verbo Divino, Navarra, España.

EUROFOUND (2020). *Industrial relations Right to disconnect in the 27 EU Member States*, Telework and ICT-based mobile work: Flexible working in the digital age, Publications Office of the European Union, Luxembourg.

FARIÑAS MATONI, L. M^a. (1983). *El derecho a la intimidad*, Madrid, Trivium.

FAYNOS GARDÓ, A. (1999). “El derecho al honor en el Reino Unido: un estudio sobre la libertad de expresión y la nueva legislación civil sobre difamación”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 1843.

FERNÁNDEZ, C. (2019). “La polémica aplicación del control horario en la abogacía”, *Diario La Ley Legal Management*, nº 28.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (2017). “NTIC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora”, *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, nº 2.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (2018). “Cronoreflexión al hilo de cuestiones actuales sobre tiempo de trabajo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 421.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (2018). “El derecho a la desconexión como medida preventiva frente a los nuevos riesgos psicosociales derivados del cambio tecnológico”, *Observatorio de riesgos psicosociales UGT. Boletín informativo*, nº 28.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (2018). “El derecho a la desconexión como medida preventiva frente a los nuevos riesgos psicosociales derivados del cambio tecnológico”, *Observatorio de riesgos psicosociales UGT. Boletín informativo*, nº 28, pp. 12-15, disponible en <http://www.observatorioriesgospsicosociales.com/sites/default/files/publicaciones/Violencia%20y%20Acoso%20en%20el%20Trabajo.pdf>.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (1995). *Utilización y control de datos laborales automatizados*, Madrid, Agencia de Protección de Datos.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. (1994). *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional: comentarios al Título III de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Marcial Pons.

FERNÁNDEZ GARCÍA, A. (2010). “Sistemas de geolocalización como medio de control del trabajador: un análisis jurisprudencial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 17.

FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, C. (2018). “25 años de la Agencia Española de Protección de Datos: los hitos”, *Diario La Ley Ciberderecho*, nº 23.

FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, C. (2018). “Los nuevos derechos digitales reconocidos por la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales”, *Diario La Ley Ciberderecho: Editorial Wolters Kluwer*, nº 23.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. (2000). “La nueva Ley de Protección de Datos de carácter personal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 34.

FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A. (2016). “El nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos”. *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, vol. 19, nº. 1.

FERNÁNDEZ-SAMANIEGO, J. (2000). “España: La Nueva Ley de Protección de Datos de Carácter Personal Española (Ley Orgánica 15/199, del 13 de Diciembre)”, *Revista Electrónica de Derecho Informático*, nº 24.

FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1993). “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 39.

FERNÁNDEZ-VILLAVERDE, L. (1981). *La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento español*, Madrid, Editorial Motecorvo.

FERRER SERRANO, R.L. (2014). “Videovigilancia e información personal de los trabajadores: a propósito de los criterios fijados por la sentencia del Tribunal

Constitucional de fecha de 3 de marzo de 2016 y su reciente recepción jurisprudencia”, *Revista de información laboral*, nº 12.

FLORENTINE, S. (2016). How Artificial Intelligence Can Eliminate Bias in Hiring. Retrieved from CIO, disponible en <https://www.cio.com/article/3152798/artificial-intelligence/how-artificial-intelligence-can-eliminate-bias-in-hiring.html>

FREIXAS GUTIÉRREZ, G. (2001). *La protección de datos de carácter personal en el derecho español*. Barcelona. Editorial: BOSH.

FRIED, C. (1968). Privacy, *Yale Law Review*, Vol. 10.

FROSINI, V. (1981). *Il diritto nella società tecnologica*, Milano, Giuffrè.

GALLARDO MOYA, R. (2017). “Un límite a los límites de la vida privada y de la correspondencia en los lugares de trabajo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2017 en el caso *Bărbulescu II c. Rumania*”, *Revista de Derecho Social*, nº 79.

GARCÍA COUSO, S. (2010). “El nuevo modelo de protección de los derechos fundamentales tras la aprobación de la LO 6/2007: la objetivación del amparo constitucional y la tutela subjetiva de los derechos por la Jurisdicción ordinaria y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista europea de derechos fundamentales*, nº 15.

GARCÍA ECHEVARRÍA, S. (2006). “Responsabilidad social corporativa la responsabilidad social corporativa como orientación del management empresarial”, *Conferencias y Trabajos de investigación del Instituto de Dirección y Organización de Empresas*, nº 303.

GARCÍA MURCIA, J., RODRÍGUEZ CARDO, I. A. (2019). “La protección de datos personales en el ámbito de trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 216.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (1994). *La prueba en el proceso de trabajo*, 1º ed., Madrid, Civitas.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J. R. (2016). “El registro de la jornada ordinaria de trabajo: pronunciamientos judiciales y criterios de actuación de la Inspección de Trabajo”, *Revista de Información Laboral*, nº 8.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J. R. (2017). “El control biométrico de los trabajadores”, *Revista de Información Laboral*, nº 3.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J. R. (2018) “El protagonismo del convenio colectivo en el nuevo reglamento de protección de datos”, *Revista de Información Laboral*, nº 6.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (2021). “A proba no proceso laboral: algunos puntos críticos recientes”, *Revista Galega de Dereito Social*, nº 1.

GARCÍA SALAS, A. I. (2018). “El deber empresarial de informar acerca de la videovigilancia ejercida sobre los trabajadores. Comentario a la STEDH de 9 de enero de 2018”, *Revista de Información Laboral*, nº 2.

GARCÍA-SAN MIGUEL, L., RODRÍGUEZ ARANGO, M. (2000). “El derecho a la intimidad”, en VVAA: *Diccionario crítico de los derechos humanos*. Universidad Internacional de Andalucía – Sede Iberoamericana.

GARCÍA SEDANO, T. (2019). “El derecho a la intimidad familiar en España: una aproximación jurisprudencial”, *Actualidad Civil: Editorial Wolters Kluwer*, nº 1.

GARRIDO FALLA, F. (1980). *Comentarios a la Constitución*, 1ª ed., Madrid, Civitas.

GAVISON, R (1984). Privacy and the limits of Law, en *Philosophical Dimesions of Privacy*.

GAYO SANTA CECILIA, Mª. (1994). “Garantías del ciudadano ante la LORTAD: posibles vías de defensa y protección de sus derechos fundamentales”, *Informática y Derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, nº 4.

GIANNI, L. (2005) El dominio ejercido sobre el trabajador, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (dir.) *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, Madrid, Editorial La Ley.

GIL PLANA, J. (2014). “Control empresarial del uso personal por el trabajador de los medios tecnológicos de trabajo. Comentario a la STC 170/2013, de 7 de octubre”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 164.

GLANCY, D. (1990). “Privacy and the other Miss M”, *Northern Illinois University Law Review*, nº 10.

GODKIN, E. (1890). “The Rights of the Citizen”, *Scribner´s Magazine*, Vol. 65.

GOERLICH PESET, J. Mª. (2017). “La obligatoriedad del registro de la jornada diaria a la espera del criterio del Tribunal Supremo (SSAN 207/2015, de 4 de diciembre, 25/2016, de 19 de febrero, y 77/2016, de 6 de mayo)”, *Revista la Ley Digital*, nº 1763.

GOERLICH PESET, J. Mª. (2021). “El Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización”, *Revista Documentación Laboral*, nº 122.

GÓMEZ ÁLVAREZ, F. J. (2017). “La protección de los datos de carácter personal relativos a la salud en la jurisprudencia del tribunal de justicia de la Unión Europea”, *Revista Derecho y Salud*, vol. 27.

GÓMEZ. E. (2018). “¿Tiene un trabajador derecho a la intimidad en el ámbito laboral?”, *Revista de Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 940.

GÓMEZ MILLÁN, M. J. Registro de jornada y control horario, en GONZÁLEZ ORTEGA, S. (2020) *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo XXXVIII*

Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Consejo Andaluz de relaciones Laborales – Junta de Andalucía.

GONZÁLEZ COBALEDA, E. (2014). “Las TICs y el tecnoestrés: ¿problema técnico o de (mala) organización”, *Observatorio de riesgos psicosociales UGT. Boletín informativo*, nº 22, p. 5, disponible en <http://portal.ugt.org/saludlaboral/observatorio/catalogo2015/publicaciones/revistas/019/descargas/Boletin22.pdf>

GONZÁLEZ DÍAZ, F. A. (2005). *Los medios de prueba en el proceso laboral*, Navarra, Aranzadi.

GONZÁLEZ DÍAZ, F. A. (2020). “Intimidad y protección de datos como derechos vertebradores en el uso de dispositivos de videovigilancia en el lugar de trabajo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, nº 451.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C. (2017). “Registro de la jornada diaria en la jurisprudencia actual”, *Revista Aranzadi digital*, nº 1.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C. (2019). “Control empresarial de la actividad laboral mediante la videovigilancia y colisión con los derechos fundamentales del trabajador. Novedades de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4.

GONZÁLEZ LABRADA, M. (2019). “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral: naturaleza y alcance”, en *Revista de Derecho Social*, nº 82.

GOÑI SEIN, J. L. (2007). *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, Madrid, Thomson-Civitas, APDCM.

GOÑI SEIN, J. L. (2009). “Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos”, *Justicia Laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 39.

GOÑI SEIN, J. L. (2014). “Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?”, XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona, España.

GOÑI SEIN, J. L. (2018). *La nueva regulación Europea y Española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa. (Incluido el Real Decreto – Ley 5/2018)*, Albacete, Bomarzo.

GOÑI SEIN, J. L. (2018). “La protección de las comunicaciones electrónicas del trabajador: la doctrina del Tribunal de Estrasburgo y la jurisprudencia constitucional”, *Revista Trabajo y derecho*, nº 40.

GOÑI SEIN, J. L. (2019). “Vigilancia empresarial y protección de datos: doctrina jurisprudencial”, *Revista del Ministerio de Trabajo, migraciones y seguridad social*, nº 143.

GOÑI SEIN, J. L. (2020). “Uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 1.

GOSALBO BONO, R. (1997). “Reflexiones en torno al futuro de la protección de los derechos humanos en el marco del derecho comunitario y del derecho de la Unión: insuficiencias y soluciones”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 1.

GORDO GONZÁLEZ, L. (2017). “El derecho del trabajo 2.0: la necesidad de actualizar el marco de las relaciones laborales a las nuevas tecnologías”, *Revista Aranzadi de Información Laboral*, nº 12.

GRACIA GARCÍA, D. (2019). “El impacto de la privacidad en los sistemas biométricos de control de acceso y horario laboral tras el Dictamen 63/2018 de la Autoridad Catalana de Protección de Datos”, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, nº 8.

GRAHAM, J. (1987). “Privacy, computers, and the commercial dissemination of personal information”, *Texas Law Review*, vol. 67, nº 7.

GRAU PINEDA, C. (2008). “La transgresión de la buena fe contractual en el uso personal del ordenador de la empresa: la legitimidad del control empresarial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 11.

GROS ESPIELL, H. (1988). *Estudios sobre Derechos Humanos II*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Madrid, Editorial Civitas.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. (2008). La negociación colectiva en Bélgica, en SALA FRANCO, T. *El sistema de negociación colectiva en la Europa comunitaria: primera parte*, Valencia, Tirant lo Blanch.

GUDE FERNÁNDEZ, A. (2014). “La videovigilancia laboral y el derecho a la protección de datos de carácter temporal”, *Revista de derecho político*, nº 9.

GUDE FERNÁNDEZ, A. (2015). “La videovigilancia en el ámbito laboral y el derecho a la intimidad”, *Revista de Derecho Constitucional*, nº 20.

GUTIÉRREZ PÉREZ, M. (2011). *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, Murcia, Laborum.

HÄBERLE, P. (2019). “La constitución de Weimar en su texto y su contexto. Una mirada cultural en retrospectiva y perspectiva”, *Revista de Historia Constitucional*, nº 20.

HENKEL, H. (1959). *Der Strafschutz des Privatlebens gegen indiskretion en Verhandlugen des Zweiundvierzigsteb Deutschen Juristentages*, Dusseldorf, Dusseldorf, J.C.B.Mohr.

HEREDERO HIGUERAS, M. (1983). “La sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana relativa a la Ley del Censo de Población de 1983”, *Documentación administrativa*, nº 198.

HEREDERO HIGUERAS, M. (1988). *Informática. Leyes de protección de datos (III)*, Documentación Informática, nº4, Madrid, Ministerio de las Administraciones Públicas.

HEREDERO HIGUERAS, M. (1993). “La Ley Orgánica 5/1992, de 29 de Octubre, de Regulación Del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal”, *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, nº 1669.

HEREDERO HIGUERAS, M. (1998) *La Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal*, Madrid, Tecnos.

HERNANGÓMEZ BARAHONA, J. J. (1988). “La empresa como organización: una propuesta de delimitación de su concepto”, *Anuario de estudios económicos y empresariales*, nº 3.

HERRÁN ORTIZ, A.I. (2002). *El derecho a la intimidad en la nueva Ley orgánica de protección de datos personales*, Madrid, Dykinson.

HERRÁN ORTIZ, A. I. (2003). *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información*, Bilbao, Universidad de Deusto.

HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F. (1998). “*La intimidad como derecho fundamental*”, Madrid, Diputación de Castellón.

HESSE, K. (1995). *Derecho constitucional y derecho privado*. Editorial Civitas, Madrid, España.

HORMIGOS RUIZ, J. (2006). “El cambio del trabajo en la sociedad global, un nuevo reto para las relaciones laborales”, *Trabajo: Revista iberoamericana de relaciones laborales*, nº 18.

HUBMANN, H. (1967). *Das Persönlichkeitsrecht*, 2º ed., Köln, Böhlau,

IGUARTUA MIRÓ, M. T. (2019). “La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019”, *Revista Temas Laborales*, nº 147.

IGARTUA MIRÓ, Mª. T. (2019). “El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, nº 432.

KRAUSS, S. (1977) *The Life and Times of Boyd v United States (1886-1976)*, *Michigan Law Review*, vol. 76, nº 1.

JEAMMAUD, A. (2017) “La reforma Macron del código de trabajo francés”, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 139.

JIMÉNEZ, J.A. (2016). “Normalización para la cuarta revolución industrial”, *AENOR: Revista de la normalización y la certificación*, nº 311.

JIMÉNEZ-CASTELLANOS BALLESTEROS, I. (2017). “Videovigilancia laboral y derecho fundamental a la protección de datos”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 136.

JIMÉNEZ VARGAS, P.J. (2020). “La eficacia de la nueva ley de registro de la jornada laboral en contra de la precariedad y el absentismo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 55.

JORRÍN, J. G. (26 de enero de 2017). “La 'cara b' del empleo con Rajoy: menos indefinidos a tiempo completo y más temporales”, *El Español*, disponible en https://www.elespanol.com/invertia/economia/macroeconomia/20170126/188981314_0.html

KEENOY, T. (1994). La creación de mecanismos de control, en HARTLEY, J.F., STEPHENSON, G.M. (dirs). *Relaciones Laborales: La psicología de la influencia y el control en el trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. (2010). *Elementos de Derecho civil*, 6ª ed., Madrid, Dykinson.

LANTARÓN BARQUÍN, D. (2019). “La seducción de los horizontes: reflexiones sobre el derecho a la desconexión digital del trabajador”, *Noticias Cielo*, nº 5.

LANTARÓN BARQUÍN, D. (2022). “Encrucijadas y direcciones del derecho a la desconexión digital del trabajador: especial atención al ámbito preventivo”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, nº 250.

LASARTE ÁLVAREZ, C., YÁÑEZ VIVERO, F., JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (2017). *Principios de derecho civil I: parte general y derecho de la persona*, 23ª ed., Madrid, Marcial Pons.

LASTRA LASTRA, J. M. (2017). “Rifkin, Jeremy, *La Tercera Revolución Industrial*”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 150.

LENZI, O. (2019). “El control de la prestación laboral a través de fórmulas de videovigilancia: El concreto supuesto del trabajo doméstico”, *Temas Laborales: Revista Andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 146.

LEROUGE, L. (2019), “Desconexión digital del trabajo: reflexiones sobre los retos jurídicos en derecho laboral”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social-CEF*, nº 436.

LIONS, M. (1994). “La ley francesa no. 78-17 de 6 de enero de 1978, relativa a la informática, los ficheros, y las libertades”, *Legislación y jurisprudencia. Gaceta informativa, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM*, Vol. 8, nº 27.

LLORENS ESPADA, J. (2020). “Los derechos digitales en la negociación colectiva”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 11.

LÓPEZ AGUILAR, J.F. (2017). “La protección de datos personales en la más reciente jurisprudencia del TJUE: los derechos de la CDFUE como parámetro de validez del derecho europeo, y su impacto en la relación transatlántica UE-EEUU”, *Revista de Teoría y realidad constitucional*, nº39.

LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2007). “La tutela del derecho a la intimidad del trabajador y el control audiovisual de su actividad laboral”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 14.

LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2021). “Trabajo remoto y derecho a la desconexión digital ante el riesgo de la flexibilidad horaria”, *Revista de Estudios Latinoamericanos*, vol. 1, nº 11.

LÓPEZ ALONSO, F. (2018). ¿Cómo abordar un análisis de riesgos en un tratamiento de datos de carácter personal sujeto al Reglamento General de Protección de Datos?, en AA.VV. *Guía de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales: nueva Ley Orgánica 3/2018 y Reglamento UE*, Madrid, Sepin Editorial Jurídica.

LÓPEZ ARANGUREN, J (1989). El ámbito de la intimidad, en CASTILLA DEL PINO, C. *De la intimidad*, Barcelona, Crítica.

LÓPEZ BALAGUER, M., RAMOS MORAGUES, F. (2020). “Control empresarial del uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral desde la perspectiva del derecho a la protección de datos y a la intimidad”, *Revista jurídica de los Derechos Sociales*, nº 2.

LÓPEZ DE LA FUENTE, G. (2017) “La doctrina jurisprudencial del tribunal europeo de derechos humanos sobre el control de las comunicaciones electrónicas en el trabajo: ¿el fin de una eterna cuestión?” *Revista de estudios europeos*, nº 69.

LÓPEZ-IBOR MAYOR, V. (1993). “Los límites al derecho fundamental a la autodeterminación informativa en la Ley Española de Protección de Datos (LORTAD)”, *Actualidad informática Aranzadi*, nº 8.

LÓPEZ – IBOR MAYOR, V., GARCÍA DELGADO, S. (1994). “*Situación del derecho informático en España y en Europa: algunas consideraciones*”, *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de derecho informático*, nº 4.

LÓPEZ-IBOR MAYOR, V. (1994). “El Defensor del Pueblo: derecho, tecnologías de la información y libertades”, *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, nº 6-7.

LÓPEZ GARRIDO, D. (1994). “Aspectos de inconstitucionalidad de la ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal”, *Revista de Derecho Político*, nº 38.

LÓPEZ GUERRA, L. (2018). *Derecho Constitucional. Volumen I.: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 11ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch.

LÓPEZ RUIZ, C. G. (2017). “*Derechos digitales en el entorno laboral*”, Editorial Sepin.

- LOSANO, M. (1997). La ley italiana sobre protección de datos personales, *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 17.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. (2006). “La prueba ilícita en el proceso laboral”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, nº 11.
- LOUSADA AROCHENA, J. F. (2022). “Guardias localizadas: a veces tiempo de trabajo, a veces períodos de descanso”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº1.
- LOZANO LAREZ, F. (2020) Tiempo de trabajo y derechos digitales, en GONZÁLEZ ORTEGA, S. (2020) *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de relaciones Laborales – Junta de Andalucía.
- MADRID CONESA, F. (1984). *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, Valencia, Universidad de Valencia.
- MANGAS MARTÍN, A. El compromiso con los derechos fundamentales, en MANGAS MARTÍN, A., GONZÁLEZ ALONSO, L.N. (2008). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA.
- MANGAS MARTÍN, A., LIÑÁN NOGUERAS, D.J. (2012). *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 7º Edición, Madrid, Tecnos.
- MANZANO SANTAMARÍA, N. (2017). “Tecnologías de la información y la comunicación y nuevas formas de organización del trabajo: análisis psicosocial”, *Revista Seguridad y Salud en el Trabajo*, nº 92.
- MARCO MARCO, J. (1998). “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1998, de 13 de enero: la vulneración de los derechos fundamentales, mediante el uso de datos informáticos automatizados”, *Revista General de Derecho*, Año LIV, nº 645.
- MARCOUX, L. (1983) "Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté Economique Européenne", *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 35, nº, 4.
- MARIN ALONSO, I. (2005). *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- MARÍN MALO, M. (2019). “La geolocalización del trabajador. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia reciente”, *Revista Labos*, nº 1.
- MARTÍN LÓPEZ, PAZ. (2017). “La Agencia Española de Protección de Datos frente al nuevo Reglamento UE”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 931.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, O. (2017). “Flexibilidad y distribución del tiempo de trabajo. Especial referencia al caso español”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, nº 25.
- MARTÍN VALVERDE, A. (1999). “Contrato de trabajo y derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Social*, nº 6.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (2001). *Tecnologías de la información, policía y constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (2008). “El real decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. aspectos clave”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 16.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. *Ejercicio de los derechos*, en Arenas Ramiro, M., & Ortega Giménez, A. (2019). *Protección de datos: comentarios a la Ley orgánica de protección de datos y garantía de derechos digitales (en relación con el RGPD)*, Madrid, Editorial jurídica Sepín.

MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J. (1993). *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas.

MARTÍNEZ PEÑAS, L. (2011) Los inicios de la legislación laboral española: La Ley Benot, *Revista Aequitas: Estudios sobre historia, derecho e instituciones*, nº 1.

MAYER-SCHÖNBERGER, V. (1997). Generational Development of Data Protection in Europe, en AGRE, P. ROTENBERG, M. *Technology and Privacy: The New Landscape*, Cambridge, The MIT Press.

MEGINO FERNÁNDEZ, D., LANZADERA ARENCIBIA, E. (2020) “El derecho a la desconexión digital: delimitación y análisis. Aplicación práctica en la administración pública”, *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria = Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº 18.

MEGINO FERNÁNDEZ, D. (2022). “El derecho a la desconexión digital y las políticas de responsabilidad social empresarial: nuevos horizontes para la innovación en las relaciones laborales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, nº466.

MEGINO FERNÁNDEZ, D. (2022). “Desconexión digital: caracterización y materialización en las políticas internas de las empresas”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, nº 250.

MERCADER UGUINA, J.R. (2001). “Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?”, *Revista Relaciones Laborales*, nº 10.

MERCADER UGUINA, J., GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (2016). “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), en *Revista de Información Laboral*, nº 10.

MERCADER UGUINA, J.R. (2017). *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant Lo Blanch.

MERCADER UGUINA, J.R. (2018). “Riesgos laborales y transformación digital: hacia una empresa tecnológicamente responsable”, *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 23.

MERCADER UGUINA, J. R. (2018). “Protección de datos y relaciones laborales: apuntes prácticos sobre la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/679”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 38

MERCADER UGUINA, J.R. (2019). Protección de datos y garantía de los derechos digitales en las relaciones laborales, Madrid, *Clases prácticas: Francis Lefebvre*.

MERCADER UGUINA, J. (2021). Datos biométricos en los centros de trabajo, en BAZ RODRÍGUEZ, J. *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España*, 1ª Ed., Madrid, Wolters Kluwer.

MERINO, J. (2017). “La obligación de registro de jornada en las empresas españolas, ¿hacia un cambio legislativo?”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 931.

MEZZASOMA, L. (2013). “Il diritto all’immagine fra codice civile e costituzione”, *Revista Internacional de doctrina y Jurisprudencia*, nº 2.

MILLER, A. (1969). “Personal Privacy in the Computer Age: The Challenge of a New Technology in an Information-Oriented Society”, *Michigan Law Review*, vol. 67.

MILLER, A. (1971). *The assault on privacy: Computers, data banks, and dossiers*, The University of Michigan Press.

MIÑARRO YANINI, M. (2018). “Impacto del Reglamento comunitario de protección de datos en las relaciones laborales: un pretendido cambio cultural”, *Revista Trabajo y Seguridad Social - CEF*, nº 423.

MIÑARRO YANINI, M. (2019). “La desconexión digital en la práctica negocial: más forma que fondo en la configuración del derecho”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social- CEF*, nº 440.

MIRÓ MORROS, D. (2013). “El uso del correo electrónico en la empresa: protocolos internos”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 874.

MOLINA NAVARRETE, C. (1991). “Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales: el paradigma de “Drittwirkung” laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 3.

MOLINA NAVARRETE, C. (1992). “Hacia una revisión constitucional de la función de la buena fe contractual en las relaciones jurídico-laborales”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1.

MOLINA NAVARRETE, C. (2016). “Expectativa razonable de privacidad” y poder de vigilancia empresarial: ¿Quo vadis justicia laboral, Comentario a la Sentencia del TEDH de 12 de enero de 2016, asunto Barbulescu c. Rumanía, demanda núm. 61496/2008,

Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos, nº 399.

MOLINA NAVARRETE, C. (2017). Derecho y trabajo en la era digital: ¿Revolución industrial 4.0 o economía sumergida 3.0?, en VV.AA: *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita, de 28 de marzo de 2017, Palacio de Zurbano*, Madrid: Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019), Vol. 2.

MOLINA NAVARRETE, C. (2017). “Jornada laboral y tecnologías de la información: desconexión digital, garantía del derecho al descanso”, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 138.

MOLINA NAVARRETE, C. (2017). “El poder empresarial de control digital: ¿nueva doctrina del TEDH o mayor rigor aplicativo de la precedente?”, *Revista IusLabor*, nº 3.

MOLINA NAVARRETE, C. (2017). “El tiempo de los derechos en un mundo digital: ¿existe un nuevo derecho humano a la desconexión digital de los trabajadores fuera de la jornada?”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo LXVII, Vol.1, nº 269.

MOLINA NAVARRETE, C. (18 de octubre de 2019). Ahora que el TC recela de la «cámara oculta», el TEDH la respalda en las empresas: La insoportable «liquidez» de la jurisprudencia, disponible en <https://www.laboral-social.com/STEDH-17-octubre-2019-lopez-ribalda-validez-instalacion-camaras-encubiertas-por-empleador-ante-sospechas-razonables-de-comision-de-infraccion-grave.html>

MOLINA NAVARRETE, C. (2019). “La gran transformación digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, acciones preventivas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, nº extraordinario.

MOLINA NAVARRETE, C. (2019). Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral, en ARENAS RAMIRO, M. ORTEGA GIMÉNEZ, A. *Protección de Datos: Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*. Madrid, España Editorial Sepin.

MOLINA NAVARRETE, C. (2020). “La salud psicosocial, una condición de trabajo decente: el “neo-taylorismo digital” en clave de (pérdida de) bienestar”, en CORREA CARRASCO, M. C. QUINTERO LIMA, M^a. G. *Los nuevos retos del trabajo decente: la salud mental y los riesgos psicosociales (Objetivos de Desarrollo Sostenible 3, 5, 8, 10)*, Universidad Carlos III de Madrid.

MOLINA NAVARRETE, C. (2021). *Datos y derechos digitales de las personas trabajadoras en tiempos de (pos)covid19: entre eficiencia de gestión y garantías*, Albacete, Bomarzo.

MOLINA NAVARRETE, C. (2021). “Eficacia de gestión versus protección de datos: ¿reactividad jurisdiccional a la “inflación de derechos humanos” (en el trabajo)? Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 160/2021, de 4 de octubre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, nº 465.

- MOLINA NAVARRETE, C. (2020). Régimen legal de los sistemas de control laboral basados en la videovigilancia: lagunas y antinomias a la luz del Derecho Comunitario, en TODOLÍ SIGNES, A. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*, Navarra, Aranzadi.
- MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. (2019). “El registro de la jornada de trabajo”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 59.
- MOLL NOGUERA, R. (2016). “Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2015, núm. 207/2015, ponente D. Ricardo Bodas Martín, sobre la obligatoriedad del registro de jornada del art. 35.5 ET”, *Revista de Información Laboral*, nº. 3.
- MOLL NOGUERA, R. (2017). “El Tribunal Supremo zanja la polémica: la no obligatoriedad del registro de jornada. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo núm. 246/2017 de 23 de marzo de 2017”, *Revista de Información Laboral*, nº 5
- MOLLER, J.T. (1992). “The Universal Declaration of Human Rights: How the process Started”, en AA.VV EIDE, A. ALFREDSSON, G. *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary*, Oslo, Scandinavian University Press.
- MONEREO PÉREZ, J.L. GUINDO MORALES, S. (2019). “Sobre la obligación de establecer un sistema de registro que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador”, *Revista la Ley Digital*, nº 8835.
- MONTES CATÓ, J. S. (2011) “El trabajo en la sociedad de la información: desafíos para el movimiento obrero”, *KAIROS: Revista de Temas Sociales*, nº 27.
- MONTOYA MELGAR, A. (1985). *Dirección de la actividad laboral. Comentario al artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores*, en Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores, Madrid, España, Editorial Edersa.
- MONTOYA MELGAR, A. (2000). *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Madrid, Editorial Tecnos.
- MONTOYA MELGAR, A. (2000). “El poder de dirección del empresario”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 100.
- MONTOYA MELGAR, A. (2011). Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., GONZÁLEZ DÍAZ, F. A. *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales: estudios ofrecidos al profesor Alfredo Montoya Melgar*, Navarra, Aranzadi.
- MORALES PRATS, F. (1984). *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, 1º Edición, Barcelona, Ediciones Destino.
- MORENO MUÑOZ, M. (2016). “Opciones de mejora cognitiva no convencional como respuesta al desempleo estructural en el contexto tecnológico de la cuarta revolución industrial”, *Gazeta de Antropología*, nº 32.

MUCHA GARCÍA, R.E. (2010). “Los derechos inespecíficos y conflictos entre los derechos fundamentales de los empleadores y trabajadores”, *Derecho y cambio social*, nº 20, disponible en <http://www.derechoycambiosocial.com/revista020/derechos%20inespecificos%20laborales.htm>.

MUÑOZ RUIZ, A.B. (2020) “El derecho a la desconexión digital en el teletrabajo”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 12.

MUÑOZ RUIZ, A.B. (2022). “Grabación de las conversaciones de los trabajadores y derecho fundamental de protección de datos de carácter personal. Comentario a la STC 160/2021”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 88.

MURIEL, R.D. (1983). “Comercio internacional y desarrollo del sistema de transportes colombiano: 1850 – 1920”, *Revista Lecturas de Economía*, nº 10.

MURILLO DE LA CUEVA, P. (1990). *El derecho a la autodeterminación informativa: la protección de los datos personales frente al uso de la informática*, Madrid, Tecnos.

MURILLO DE LA CUEVA, P. (1993). *Informática y protección de datos personales.: (estudio sobre la ley orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

NARANJO COLORADO, L.D. (2017). “Vicisitudes del nuevo derecho a la desconexión digital: un análisis de la base del derecho laboral”, *Revista Saber, ciencia y libertad*, Vol. 12, nº 2.

NARANJO DE LA CRUZ, R. (2000). *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones particulares, la buena fe*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España.

NARANJO VALENCIA, J.C., JIMÉNEZ JIMÉNEZ, D., SANZ VALLE, R. (2012). “¿Es la cultura organizativa un determinante de la innovación en la empresa?”, *Cuadernos de economía y dirección de la empresa*, nº 2.

NAVAL, C., SERRANO-PUCHE, J., SÁDABA, C. Y ARBUÉS, E. (2016). “Sobre la necesidad de desconectar”, *Education in the knowledge society*, vol. 17, nº 2.

NAVARRO RUIZ, J. (1992). “Algunas consideraciones sobre la tramitación parlamentaria de la LORTAD”, *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 1.

NICOLAS ELORTEGUI, J. (1992). *El ordenador ¿Qué es y que hace?*, Santa Cruz de Tenerife, Cabildo Insular de Tenerife.

NIKKEN, P. (1987). *La Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Editorial Civitas.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (2019). “La STJUE de 14 de mayo de 2019, CCOO/Deutsche Bank (C-55/18), relativa a la obligación de llevar un registro de la

jornada diaria de trabajo y la aplicación horizontal de obligaciones instrumentales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 64.

NÓBILE, J. (1964). “Concepto actual de empresa”, *Revista de Economía y Estadística*, vol. 8, nº1.

NOVOA MONREAL, A. (1981). *Derecho a la vida privada y libertad de información*, Madrid, Siglo XXI.

ORÁ ORÁ, J. “La Declaración Universal de Derechos Humanos”, en AA.VV GÓMEZ ISA, F. (dir.) (2004). *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao.

OJEDA AVILÉS A. (2006). “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa, *Revista de derecho social*, nº 35.

OIT. (2019). *Trabajar para un futuro más prometedor*, Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo, Oficina Internacional del Trabajo.

OLCESE, A. (2013). Informe sobre la responsabilidad social de la empresa en España, una propuesta para Europa, disponible en <https://www.conr.es/sites/default/files/archivos/Informe%20sobre%20la%20responsabilidad%20social%20de%20la%20empresa%20en%20España.pdf>.

OLÍAS, L. SÁNCHEZ, R. (24 de agosto de 2019). El dato de horas extra no pagadas se desploma un 24% hasta mínimos de 2010 tras el registro de jornada, *El Diario*, disponible en https://www.eldiario.es/economia/pagadas-desploma-minimos-registro-jornada_1_1292622.html

ORENGO, V. GRAU, R. PEIRÓ, J.M^a. (2002). “La innovación tecnológica como proceso de cambio organizacional”, *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, nº 1.

OROZCO PARDO, G. (1994). “Los derechos de las personas en la LORTAD”, *Informática y Derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, nº 6-7.

ORTEGA LOZANO, P. G. (2018). “La buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo como causa de finalización de la relación laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 213.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. (1991). *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

PALOMEQUE LOPEZ, M.C. ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (2001). *Derecho del Trabajo*, 9ª edición, Madrid, Centro de Estudios Ramón Acero S.A.

PARDO FALCÓN, J. (1992). “Los derechos del artículo 18 de la Constitución Española en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista española de derecho constitucional*, nº 34.

- PATIÑO VENGOECHEA, J. G. (2019). “La cuarta revolución industrial”, *Revista Ingenierías USBMed*, nº 1.
- PECES BARBA, G. PRIETO SANCHÍS, L. (1981). *La constitución española de 1978. Un Estudio de derecho y política*, Valencia, Fernando Torres.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. (1983). *Derechos fundamentales*, 4ª ed., Madrid, Universidad Complutense.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. DE ASÍS ROIG, R. BARRANCO AVILÉS, Mª. (2004) *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid, Dikynson.
- PEDRAJAS, A. (2000). “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y los poderes empresariales: la Constitución como marco y límite de su ejercicio”, *Revista de Actualidad Laboral*, nº 1.
- PEÑA, I. ROJAS PARADA, A. (2017). *Empresa española: logros y retos*, en España 1987-2017. Transformaciones económicas, financieras y sociales, Afi Ediciones Empresa Global.
- PÉREZ-BARCO, Mª.J. (27 de diciembre de 2021). La desconexión digital aún no ha encontrado su momento, *ABC-Economía*, disponible en https://www.abc.es/economia/abci-desconexion-digital-no-encontrado-momento-202112270313_noticia.html
- PÉREZ CAMPOS, A. I. (2019). “La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, nº 52.
- PÉREZ CANET, A. (2018) “De nuevo, sobre la videovigilancia como medida de control de la actividad laboral” *Revista de Información laboral*, nº 1.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (2005). La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica, en AA.VV., *La Subordinación o dependencia en el contrato de trabajo en el proceso de transformación de la empresa*, Santiago de Chile, Editorial Lixis Nexis.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. Y THIBAUT ARANDA, J. (2007). “El uso laboral del ordenador y la buena fe (A propósito de la STS de 26 de septiembre de 2007, rec. 966/2006)”, *Revista relaciones Laborales*, nº 1.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL F. GARCÍA RUBIO, M. (2017). “El control empresarial sobre las comunicaciones electrónicas del trabajador: criterios convergentes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 196.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (2019). “Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 59.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, M. DUARTE, A. (2006). *La informática, presente y futuro en la sociedad*, Madrid, Dykinson.

PÉREZ LUÑO, A. (1984). *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, 8ª edición, Madrid, Tecnos.

PÉREZ LUÑO, A. (1989). La Libertad Informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales, en LOSANO, M. PÉREZ LUÑO, A. GUERRERO MATEUS, M. *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales.

PÉREZ LUÑO, A. (1994). “LA L.O.R.T.A.D. entre las luces y las sombras”, *Informática y Derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, nº 6-7.

PÉREZ LUÑO, A. (2011). “Internet y los derechos humanos”, *Anuario de derechos humanos*, nº 12.

PÉREZ LUÑO, E. (1981). Informática y Libertad. Comentario al art. 18.4 de la Constitución Española, *Revista de Estudios Políticos*, nº 24.

PÉREZ LUÑO, E. (1989). Iniciativas y proyectos de ley Españoles sobre informática y Libertades, en LOSANO, M. PÉREZ LUÑO, E. GUERRERO MATEUS, Mº, *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Centro de estudios constitucionales.

PÉREZ LUÑO, E. (1991). “Las Generaciones de Derechos Humanos”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 10.

PÉREZ LUÑO, E. (1992). “Del Habeas Corpus al Habeas Data, Informática y derecho”, *Revista Iberoamericana de derecho informático*, nº 1.

PÉREZ LUÑO, E. (1993). “La Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento de los Datos de Carácter Personal (LORTAD) y los derechos fundamentales”, *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, nº 1.

PÉREZ LUÑO, E. (1994). “La protección de datos personales en España: presente y futuro”, *Informática y Derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, nº 4.

PÉREZ LUÑO, E. (1997) Estado Constitucional y derechos de la tercera generación, *Anuario de Filosofía del Derecho XIV*.

PÉREZ LUÑO, E. (2001). “Sobre el arte legislativo de birlibirloque. La LOPRODA y la tutela de la libertad informática en España”, *Anuario de Filosofía del derecho*, nº 18.

PÉREZ LUÑO, E. (2014). “Derechos y libertades en la Constitución de 1812”, *Revista de Historiografía*, nº 20.

PÉREZ MARTÍNEZ, J. GONZÁLEZ VALDERRAMA, C (2015) Hemos sido testigos. De Arpanet a la revolución digital, *Revista Bit-Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación*, nº 200.

PÉREZ SÁNCHEZ, G. (2009). “Tribunal Constitucional y legalidad ordinaria”, *Revista Anales de la Facultad de Derecho*, nº 26.

PÉREZ YÁÑEZ, R. (1999). “De nuevo sobre la distribución de la carga de la prueba en procesos sobre la presunta vulneración empresarial de derechos fundamentales”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1, p. 480.

PERELLO DOMENECH, I. (1997) “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, *Revista Jueces para la democracia*, nº 28.

POLAKIEWICZ, J. (1993). “El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 81.

PURCALLA BONILLA, M.A. (2018). “Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión claves teóricas y prácticas”, *Anuario IET de trabajo y relaciones laborales*, Vol. 5.

PRECIADO DOMÈNECH, C.H. (2017). “El registro de la jornada ordinaria en la nueva doctrina del TS. Comentario a la STS 23 de marzo de 2017 (RCUD 81/2016)”, *Revista de Información Laboral*, nº 7.

PRECIADO DOMÈNECH, C.H. Comentarios de urgencia a la STEDH 17 octubre de 2019 caso López Ribalda c. España (GRAN SALA), disponible en: <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2019/10/Comentarios-STEDH-17-10-2019-Caso-Lopez-Ribalda-Gran-Sala.pdf>

PRECIADO DOMÈNECH, C. H. (2019). *Los Derechos Digitales de las Personas Trabajadoras. Aspectos laborales de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, Navarra, Aranzadi.

PRECIADO DOMÈNECH, C.H. (2020). Monitorización: GPS, Wearables y especial referencia a los controles biométricos para el registro horario. Aspectos procesales, en TODOLÍ SIGNES, A. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*, Navarra, Aranzadi.

PROSSER, W. (1960). “Privacy”, *California Law Review*, vol. 48.

PUYOL MONTERO, J. (2018). Las agencias autonómicas de protección de datos, la autoridad catalana de protección de datos, *Confilegal*, disponible en <https://confilegal.com/20150715-la-autoridad-catalana-de-proteccion-de-datos/>

QUÍLEZ MORENO, J. M. (2018). “Conciliación laboral en el mundo de las TIC. Desconectando digitalmente”, *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, nº 51.

QUÍLEZ MORENO, J. M^a. (2019). “La garantía de derechos digitales en el ámbito laboral: el nuevo artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, nº 17.

QUINTERO NIÑO, E. (2018). “Evolución histórica del estado y la consolidación del constitucionalismo liberal español”, *Auctoritas: Revista on-line de Historiografía en Historia, Derecho e Interculturalidad*, nº 3.

- RALLO LOMBARTE, A. (2017). “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como juez garante de la privacidad en internet”, *Revista de Teoría y realidad constitucional*, nº 39.
- RASO DELGUE, J. (2014). “Nuevas tecnologías: conflictos entre el interés de la empresa y la vida privada del trabajador”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, nº 1.
- REBOLLO DELGADO, L. (2000). *El derecho fundamental a la intimidad*, Madrid, Dykinson.
- REBOLLO DELGADO, L. (2014). *Vida privada y protección de datos en la Unión Europea. El Fundamento de la Protección de Datos*. Editorial Dykinson.
- REBOLLO DELGADO, L y SERRANO PÉREZ, M.^a. (2017). *Manual de Protección de Datos*, Madrid, Ed. Dykinson.
- REBOLLO DELGADO, L. (2018). “*Protección de datos en Europa: Origen, evolución y regulación*”, Madrid, Editorial Dykinson.
- RIBAS, X. (2020). “La huella dactilar y el reconocimiento facial utilizados para el control de acceso no son una categoría especial de datos”, *Aranzadi digital*, nº 1.
- RIBEIRA TURRÓ, M. (2005). “Evolución y tendencias en la interacción persona-ordenador”, *El profesional de la información*, nº 6.
- RICCARDI, J. (1983). “The German Federal Data Protection Act of 1977: Protecting the Right to Privacy?”, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol.6.
- RIVAS ARJONA, M. (2013). “Derechos, Libertades y Deberes en la Constitución de 1812”, *Revista Aequitas: Estudios sobre historia, derecho e instituciones*, nº 3.
- RIVAS VALLEJO, P. (2021). “Geolocalizar a los trabajadores no es invasión de su intimidad si el dispositivo utilizado para ello es propiedad de la empresa.” *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 3.
- RIVERA SANCLEMENTE, M.R. (2012). “La protección de datos en el entorno laboral”. *Revista de Derecho, comunicaciones y nuevas tecnologías*, Universidad de los Antos, nº 7.
- RIVERO LAMAS, J. (2003). *Derechos fundamentales y contrato de trabajo: Eficacia horizontal y control, constitucional*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- RIVERO LAMAS, J. (2003). “Proyecciones de la descentralización productiva: Instrumentación jurídico-laboral” en DE VAL TENA, A. L. RIVERO LAMAS, J.R. *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales: el outsourcing*, Editorial Aranzadi Thomson Reuters.

ROCA TRÍAS, E. AHUMADA RUIZ, M^a. A. (2013). “*Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española*” en XV Conferencia Trilateral 24-27 de octubre 2013 Roma.

RODOTÀ, S. (2003). “Democracia y protección de datos”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 19-20.

RODRÍGUEZ BEREIJO, A. (2001). “La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 1.

RODRÍGUEZ COARASA, C. (2003) “Algunas proyecciones del derecho constitucional a la intimidad en el ámbito laboral”. *Datospersonales.org*, nº 6.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2018). “El derecho a la protección de datos personales en el contrato de trabajo: reflexiones a la luz del Reglamento europeo 2016/679”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, nº 423.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2018). “Videovigilancia empresarial: límites a la luz de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *Diario La Ley: editorial Wolters Kluwer*, nº 9328.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2019). *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, p. 73.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2019). “Participación de los representantes de los trabajadores en el tratamiento de datos personales: Derechos de información y consulta: Jornada de Estudio. Gabinete de estudios jurídicos de CC.OO. 55^a Edición Los efectos laborales de la nueva regulación de protección de datos personales (Día 28 de febrero)”, *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, nº 198.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L. PÉREZ DEL PRADO, D. (2017). “Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo”, *Fundación para el diálogo social*.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a. L. (2018). “Sindicalismo y negociación colectiva 4.0”, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 144.

RODRÍGUEZ PALOP, M. (2010). *La nueva generación de derechos humanos: origen y justificación*, 2^a ed., Madrid, Editorial Dykinson.

RODRÍGUEZ PASTOR, G. E. (2018). “El registro diario de la jornada de trabajo a debate”, *Revista de derecho social*, nº 81.

RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (1981). “La transformación del ordenamiento jurídico laboral y la relación individual de trabajo”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 1.

RODRÍGUEZ PIÑERO, BRAVO FERRER, M. (2003). “*La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo*”, en *El modelo social en la Constitución*

española de 1978, Ministerio de Trabajo e inmigración, Subdirección General de Publicaciones.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, BRAVO-FERRER, M. (2018). “La eficacia de los derechos fundamentales laborales”, *Documentación Laboral*, vol. 1, nº 113.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (2019). “Las facultades de control de datos biométricos del trabajador”, *Revista Temas Laborales*, nº 150.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (2021) “Prueba ilícita y nulidad del despido” *Revista Trabajo, Persona, Derecho, Mercado* 3, nº 7-8

RODRÍGUEZ REIS, G. D. (2020). “El derecho a la desconexión digital en la relación laboral y su impacto en la salud de los trabajadores”, *Noticias Cielo*, nº 3.

RODRÍGUEZ ROCA, A. (2019). “Un nuevo orden para proteger los datos personales”. *Revista Acta Judicial*, nº 3.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. (2019). “La trascendencia de la disponibilidad horaria del trabajador en el contexto de las plataformas digitales”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 146.

RODRÍGUEZ-ZAPATA, J. (2018). *Teoría y práctica del derecho constitucional: Estado, Constitución, fuentes del Derecho según la realidad de la Unión Europea; contenido y garantías de los derechos fundamentales, Institucionales básicas, Comunidades Autónomas*, 4ª ed., Madrid, Tecnos.

ROGEL VIDE, C. (1985). *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Bolonia, Real Colegio de España.

RODRÍGUEZ DE PAZ, A. (14 de noviembre de 2019). Conciliar y ser productivo: ni presentaciones ni reuniones de más de 45 minutos, *La Vanguardia*, disponible en <https://www.lavanguardia.com/economia/>

ROJAS RIVERO, G.P. (1991). *La libertad de expresión del trabajador*, Madrid, Editorial Trotta.

ROJAS ROSCO, R. LÓPEZ CARBALLO, D. (2018). “El impacto del RGPD en el ámbito del control laboral y la era de la innovación”, *Actualidad Civil: Wolters Kluwer*, nº 5.

ROJO TORRECILLA, E., (28 de agosto de 2016) “Sobre el control de la jornada de trabajo y de las horas extras. A propósito de la Instrucción 3/2016 de la ITSS: recordatorio de la doctrina sentada por la AN en los casos Bankia, Abanca y Sabadell”, disponible en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/08/sobre-el-control-de-la-jornada-de_28.html

ROJO TORRECILLA, E. (6 de septiembre de 2017). De Barbulescu I a Barbulescu II. La Gran Sala del TEDH refuerza la protección del trabajador frente al control y vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el ámbito laboral por parte empresarial. Notas a la importante sentencia de 5 de septiembre de 2017, y amplio recordatorio de la sentencia

de la Sala Cuarta de 12 de enero de 2016, disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/09/de-barbulescu-i-barbulescu-ii-la-gran.html>

ROJO TORRECILLA, E. GUTIÉRREZ COLOMINAS, D. (2019). “La obligación de registro diario de la jornada: la necesaria intervención del TJUE en el debate judicial entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo STJUE (Gran Sala) de 14 de mayo de 2019 (asunto C-55/18)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 3.

ROJO TORRECILLA, E. (23 de octubre de 2019). Medias verdades y fake news en el mundo jurídico. No cabe todo en la videovigilancia de una persona trabajadora. A propósito de la sentencia “López Ribalda” de la Gran Sala del TEDH de 17 de octubre de 2019 (y recordatorio de la sentencia de Sala de 9 de enero de 2018 y del caso Bărbulescu II, sentencia de Gran Sala de 5 de septiembre de 2017), disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/10/medias-verdades-y-fake-news-en-el-mundo.html>

ROJO TORRECILLA, E. (11 de marzo de 2021). A vueltas con los conceptos de “tiempo de trabajo” y “tiempo de descanso”, y las puertas abiertas que deja el TJUE a los tribunales nacionales. Notas a las sentencias de 9 de marzo de 2021 (asuntos C-580/19 y C-344/19), disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/03/a-vueltas-con-los-conceptos-de-tiempo.html>.

ROJO TORRECILLA, E. (14 de noviembre de 2021). ¿Tiempo de trabajo o no? ¿Una sentencia que permite varias interpretaciones? Notas a la dictada por el TJUE el 11 de noviembre de 2021 (asunto C-214/20 disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/11/tiempo-de-trabajo-o-no-una-sentencia.html>

ROSENBAUM CARLI, F. (2020). “El derecho a la vida privada del trabajador y los poderes del empleador: jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista IUSLabor*, nº 2.

RUIPÉREZ ALAMILLO, J. (2009). “Sobre la eficacia de los derechos fundamentales de la "libertad natural" a la Drittwirkung der Grundrechte”, *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 8.

RUIZ GONZÁLEZ, C. M. (2018). “Las nuevas propuestas interpretativas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el control del uso laboral de la tecnología de la empresa: Barbulescu y López Ribalda, The new interpretative proposals of the European Court of Human Rights on the control of the labor use of the company’s technology: Barbulescu and López Ribalda”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 10, nº 2.

RUIZ MIGUEL, C. (1994). “En torno a la protección de los datos personales automatizados”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 84

RUIZ MIGUEL, C. (1995). *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, Tecnos.

SABATÉ, M. (2016). “Es obligatorio registrar la jornada de los trabajadores”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 920.

SÁENZ-TORRE DE TORRE, I. (2015). “El derecho a la intimidad personal en el ámbito laboral”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, nº 13.

SÁEZ LARA, C. (2017). Poderes de control del empleador a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones, *Revista Temas Laborales*, nº 138.

SÁEZ VACAS, F (1983). “Las tecnologías de la tercera revolución de la información”, *Mundo electrónico*, nº 133.

SALA FRANCO, TOMÁS. (2019). “Acerca del absentismo laboral”, *Revista Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 49.

SALANOVA, M., CIFRE, E. Y MARTÍN, P. (1999). “El proceso de ‘Tecnoestrés’ y estrategias para su prevención”, *Revista Prevención, Trabajo y Salud*, nº 1.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. SEMPERE NAVARRO, A. V. (2003) “*Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva*”, Pamplona, España, Thomson Reuters.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. (2007). “El uso y el control empresarial de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral. Algunas pautas recurrentes en la doctrina judicial, para tener en cuenta. Comentario de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Eibar (Guipúzcoa), de 30 de mayo de 2006, y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 18 de enero de 2007”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 26.

SAN MARTIN MAZUCCONI, C. SEMPERE NAVARRO, A. (2018). “Sobre el control empresarial de los ordenadores”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº. 3.

SÁNCHEZ BRAVO, A. (2001). “La Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal: Diez consideraciones en torno a su contenido”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 111.

SÁNCHEZ CASTRO, I. (2019). “El derecho de desconexión digital, el revés de la aplicación de nuevas tecnologías sobre la relación laboral”, *Noticias CIELO*, nº 3.

SANCHEZ CHIARA, J. C. (1987). “La oposición contra el censo 87 en la República Federal Alemana”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 57.

SÁNCHEZ MARROYO, F. (1997). “Pobreza y mendicidad en el mundo contemporáneo”, *Revista de estudios extremeños*, nº 23.

SÁNCHEZ MIÑANA, J. SÁNCHEZ RUIZ, C. (2011). “Sobre la difusión del teléfono de Bell en sus comienzos (1876-1877)”, *Revista Actes d'Història de la Ciència i de la Tècnica*, nº 1.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (2010). “Responsabilidad social de las empresas y Códigos de Conducta empresariales aproximación desde el Derecho del Trabajo”, *Civitas: Revista española de derecho del trabajo*, nº 148.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (2018). “El despido disciplinario en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 214.

SANTAMARÍA IBEAS, J. (1994). “La LORTAD: breve análisis de sus antecedentes”, *Informática y Derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, nº 4.

SANTOS BRIZ, J. (1963). *Derecho de daños*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas.

SANTOS LÓPEZ, V. (2016). “Control del tiempo de trabajo. Tratamiento en la Negociación Colectiva. Jurisprudencia de los tribunales españoles y de la UE. Aplicación en la empresa”, *XXIX Jornadas de Estudio Sobre Negociación Colectiva de la CCNCC*.

SAMPERISI, C. (30 de abril de 2018). Lavoro: cos'è il diritto alla disconnessione?, en La Legge per Tutti, disponible en https://www.lalleggepertutti.it/31098_lavoro-cose-il-diritto-alla-disconnessione.

SERRANO GARCÍA, J. M^a. (2019). *La protección de datos y la regulación de las tecnologías en la negociación colectiva y en la jurisprudencia*, Albacete, Editorial Bomarzo, p. 23.

SERRANO GARCÍA, J. M^a. (2022). *La protección jurídica de los datos de las personas trabajadoras*, Albacete, Editorial Bomarzo, pp. 81-88.

SCHWARTZ, P. (1999). “Privacy and Democracy in Cyberspace”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 52.

SCOCOZZA, C. (2015). “La primera guerra mundial. Un conflicto que llega desde el Este”, *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, nº 2.

SEGOVIANO ASTABURUAGA, M. L. (2004). “El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores”, *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 2.

SELMA PENALVA, A. (2010). “El control de accesos por medio de huella digital y sus repercusiones prácticas sobre el derecho a la intimidad de los trabajadores. Comentario a la STSJ de Murcia, de 25 de enero de 2010”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 9.

SEMPERE NAVARRO, A. SAN MARTIN MAZZUCCONI, C. (2002). *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Navarra, Aranzadi Thomson Reuters.

SEPÚLVEDA GÓMEZ, M. (2021). “El Acuerdo Marco Europeo sobre digitalización. El necesario protagonismo de la norma pactada”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 158.

SERRANO ARGÜESO, M. (2019). “Always on. Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0”, *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 7, nº. 2.

SERRANO OLIVARES, R. (2018). “Los derechos digitales en el ámbito laboral: comentario de urgencia a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *Revista Iuslabor*, nº 3.

SIERRA BENÍTEZ, M. (2017). “Teletrabajo y condiciones de trabajo en España”, *Revista IusLabor*, nº 2.

SIERRA HERNAIZ, E. (2020). “El papel de la negociación colectiva en el tratamiento de los datos personales de los trabajadores”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 152.

SOBRINO GARCÍA, I. (2019). “Protección de datos y privacidad. Estudio comparado el concepto y su desarrollo entre la Unión Europea y Estados Unidos”, *Revista de Derecho UNED*, nº 25

SOLOVE, D. (2002). “Conceptualizing Privacy”, *California Law Review*, vol. 90.

TALÉNS VISCONTI, E.E. (2018). “La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva”, *Revista de Información Laboral*, nº 4.

TASCÓN LÓPEZ, R. (2007). “El lento (pero firme) proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial en la era tecnológica”, *Revista Aranzadi Social*, nº 17.

TASCÓN LÓPEZ, R. (2018). “El derecho a la desconexión de los trabajadores (potencialidades en el ordenamiento Español)”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 41.

TERRADILLOS ORMAETXEA, M.E. (2017). El principio de proporcionalidad como referencia garantista de los derechos de los trabajadores en las últimas sentencias del TEDH dictadas en materia de ciberderechos: un contraste con la doctrina del Tribunal Constitucional español, *Revista de Derecho Social*, nº 80.

“The Right to Privacy in Nineteenth Century America”, *Harvard Law Review*, vol. 94, 1981.

TOLODÍ SIGNES, A. (2011). “El registro informático como base para el despido. Cuestiones fundamentales”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 25.

TOLODÍ SIGNES, A. (2021). “Nulidad o improcedencia en caso de vulneración de derechos fundamentales en la adquisición de la prueba, pero siempre una indemnización adicional, Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, de 15 de marzo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, nº 459.

TOLODÍ SIGNES, A. (2021). “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, *Revista de Derecho Social*, nº 84.

TOLODÍ SIGNES, A. (2022). Control tecnológico: una propuesta de aplicación del triple juicio de proporcionalidad conforme a la normativa europea de protección de datos, en *Digitalización, Recuperación y Reformas Laborales – XXXIII Congreso Anual de la*

Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Economía – Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones.

TOLOSA TRIBIÑO, C. (2017) La reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre registro de jornada y sus efectos sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo, *Revista la Ley Digital*, nº 7621.

TORRES DEL MORAL, A. (2004) *Principios de derecho constitucional español, Tomo I: Sistemas de Fuentes. Sistemas de los Derechos*, 5ª ed., Universidad Complutense, Servicio Publicaciones-Facultad de Derecho.

TORRES DEL MORAL, A. (2004) *Principios de derecho constitucional español, Tomo II: Sistemas de Fuentes. Sistemas de los Derechos*, 5ª ed., Universidad Complutense, Servicio Publicaciones-Facultad de Derecho.

TORRES GARCÍA, B. (2020), “Sobre la regulación legal de la desconexión digital en España: valoración crítica”, *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 8, nº 1.

TOSCANO, M. (2017). Sobre el concepto de privacidad: la relación entre privacidad e intimidad. *Isegoria*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Economía y Geografía Aplicadas, nº 57.

TOYAMA MIYAGUSUKU, J. GIRA LA ROSA, J.C. (2015) “GPS laboral: La facultad de fiscalización del Empleador a partir de las Nuevas Tecnologías de la Información”, *Revista IUS ET VERITAS*, nº 49.

TRÍAS SAGNIER, J. (1992). “Informática y privacidad. ¿Se pueden poner puertas al campo?”, *Cuenta y razón*.

TRIGO ARANDA, V. (2004). “Las generaciones de ordenadores”, *Manual formativo de acta*, nº 31.

TRIGO ARANDA, V. (2004). “El nacimiento de la informática personal”, *Manual formativo de acta*, nº 32.

TRIGO ARANDA, V. (2004). “Historia y evolución de Internet”, *Manual formativo de acta*, nº 33.

TRILLO PÁRRAGA, F.J. (2008). *Régimen jurídico de las horas extraordinarias*, Albacete, Editorial Bomarzo.

TRILLO PÁRRAGA, F. (2016). “Registro de jornada diaria efectiva. Un paso adelante en el control del tiempo de trabajo (Sentencia Audiencia Nacional 207/2015, de 4 de diciembre. Rec. 301/2015)”, *Diario La Ley*, nº 8875.

TRONCOSO REIGADA, A. (2005). “Las Comunidades Autónomas y la protección de datos personales marco constitucional y posibilidades para el futuro”, *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 12.

TRONCOSO REIGADA, A (2019). “La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales”, *Derecom: Revista Internacional Online de Derecho de la Comunicación*, Nueva Época, nº 26.

TRUJILLO PONS, F. (2016). “El uso del correo electrónico en el ambiente laboral y el modo en que éste puede afectar al derecho a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 41.

TRUJILLO PONS, F. (2016). “La relevante sentencia de la Audiencia Nacional (núm. 207/2015) por la que se exige el establecimiento de un sistema de registro de la jornada diaria efectiva con objeto de comprobar el cumplimiento de los horarios pactados con los trabajadores. SAN 4 Diciembre 2015 (AS 2016, 97)”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, nº 187.

TRUJILLO PONS, F. (2020). *La desconexión digital en el ámbito laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch.

TRUJILLO PONS, F. (2020). “El ejercicio del derecho a desconectar digitalmente del trabajo: su efectividad en las empresas”, *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, nº 44.

TRUJILLO PONS, F. (2021). “Un estudio acerca de la eventual Directiva Comunitaria sobre el derecho a la desconexión digital”, *Revista Iuslabor*, nº 2.

TRUYOL Y SERRA, A., VILLANUEVA ETCHEVERRÍA, R. (1975). “Derecho a la intimidad e informática”, *Informatica e Dirittos*, nº 1.

UGARTE CATALDO, J. (2011). *La colisión de derechos fundamentales en el contrato de trabajo y el principio de proporcionalidad*, Tesis doctoral, Universidad de Salamanca.

UGARTE CATALDO, J. L. (2020). “Derechos fundamentales en el trabajo, poder y nuevas tecnologías”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla México*, nº 45.

VACAS AGUILAR, F. (2018), “Transformación digital: del lifting a la reconversión”, *Revista Tecnología, Ciencia y Educación*, nº 10.

VALDÉS DAL-RÉ, F. (1990). “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1.

VALDÉS DAL-RÉ, F. (2010). “El acuerdo para el empleo y la negociación colectiva (2010, 2011 y 2012)”, *Revista Derecho de las relaciones laborales*, nº 7.

VALDÉS DAL-RE, F. (2012). “Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 2.

VALDÉS DAL-RÉ, F. (2017) “Tendencias del derecho comparado hacia el reconocimiento de la obligatoriedad general de los derechos fundamentales en las relaciones laborales (1)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 21.

- VALDÉS DAL-RE, F. (2017). “Doctrina constitucional en materia de videovigilancia y utilización del ordenador por el personal de la empresa”, *Revista de Derecho Social*, nº 79.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (2012). “La responsabilidad social corporativa: una reflexión”, *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, nº1.
- VALLE MUÑOZ, F. A. (2022). “Control tecnológico empresarial y licitud de la prueba en el proceso laboral (1)”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 87.
- VALLECILLO GÁMEZ, M^a R. (2017). “El derecho a la desconexión, ¿novedad digital o esnobismo del viejo derecho al descanso?”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, nº 408.
- VALLECILLO GÁMEZ, M. R. (2020). “El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 8, nº 1.
- VEGA RUIZ, M^a. L. (2019). “Revolución digital, trabajo y derechos: el gran reto para el futuro del trabajo”, *Revista IUSLabor*, nº 2.
- VELASCO PORTERO, M.T. (2020). “Impacto sobre el trabajador de la obligación de registro horario a la luz de las primeras resoluciones judiciales”, *Revista Temas Laborales*, nº 151.
- VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M. (2017). “Problemas del (no) registro de la jornada ordinaria: reflexiones a propósito del polémico criterio jurisprudencial”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, nº 410.
- VICEDO CAÑADA, L. VIDAL VIDAL, J. (2012). “Límites a los Derechos Fundamentales del Trabajador: intimidad y dignidad. STSJ País Vasco 17 abril 2012 (AS 2012, 1676)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 55.
- VIDAL GIL, E. (2001). “La interpretación de los derechos fundamentales por el tribunal constitucional”, *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, nº 11.
- VIDAL LÓPEZ, P. (2017). “El (no) registro de la jornada diaria de la plantilla”, *Revista de Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 929.
- VIDAL MARTÍNEZ, J. (1984). *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Madrid, Editorial Montecorvo.
- VILASAU SOLANA, M. (2008). “El fin de la situación de transitoriedad: la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal ya tiene desarrollo reglamentario”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 7.

VILAR RODRÍGUEZ, M. (2014). “Revoluciones industriales, trabajo y Estado del Bienestar: la gran ruptura mundial contemporánea”, *Revista de Investigaciones de Historia Económica = Economic History Research*, nº 1.

VILLALBA CANO, L. (2019). “La videovigilancia laboral y su incidencia en el derecho de protección de datos a la luz de la jurisprudencia constitucional y del reglamento europeo 2016/679”, Madrid, *Fodertics 7.0: estudios sobre derecho digital*.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. (1994). “Protección de Datos Personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 41.

VERDOOT, A (1984). *Naissance et Signification de la Déclaration Universelle des Droits de L'Homme*, París, Editorial Societé d'Etudes Morales, Sociales et Juridiques.

WARREN, S. BRANDEIS, L. (1890). “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, Vol. 4, nº, 5.

WARREN, S. BRANDEIS, L. (1995). *El derecho a la intimidad*, Madrid, Civitas.

WENDEHORST, C. DULLER, Y. (2021). Biometric Recognition and Behavioural Detection. Assessing the ethical aspects of biometric recognition and behavioural detection techniques with a focus on their current and future use in public spaces, *Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs-European Parliament*, p. 20-21, disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/696968/IPOL_STU\(2021\)696968_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/696968/IPOL_STU(2021)696968_EN.pdf)

WESTIN, A. (1967). *Privacy and Freedom*, Atheneum, New York.

WESTIN, A. (1968). “Privacy and Freedom”, *Washington and Law Review*, vol. 25.

WISHY, B. (1959). *Prefaces to Liberty: Selected Writings of John Stuart Mill*, Boston, Mass: Beacon Press, p. 251.

ZAMORA, S. (2019). “Desconexión digital ¿novedad o anécdota?”, *Diario La Ley*, nº 9363.

ZUBOFF, SHOSHANA. (2019). *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York, PublicAffairs.