

ESTUDIOS

TECNOLOGÍA Y TRABAJO: EL IMPACTO DE LA REVOLUCIÓN DIGITAL EN LOS DERECHOS LABORALES Y LA PROTECCIÓN SOCIAL

MARÍA LUZ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ
DIRECTORA

THOMSON REUTERS

ARANZADI

MARÍA LUZ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ
Directora

TECNOLOGÍA Y TRABAJO: EL IMPACTO DE LA REVOLUCIÓN DIGITAL EN LOS DERECHOS LABORALES Y LA PROTECCIÓN SOCIAL

Autores

ANA ISABEL HERRANZ ORTIZ	ALBERT CAÑIGUERAL
MARÍA LUZ VEGA RUIZ	MARÍA LUZ RODRÍGUEZ
LUCIANA GUAGLIANONE	FERNÁNDEZ
EVA RIMBAU GILABERT	FRANCISCO MIGUEL ORTIZ
MARIOLA SERRANO ARGÜESO	GONZÁLEZ-CONDE
	IRENE BAJO GARCÍA

JUAN LUIS MANFREDI Y FRANCISCO LONGO

THOMSON REUTERS
ARANZADI

Primera edición, 2021

Esta obra ha sido realizada en el marco del Proyecto de Investigación Digitalización y Trabajo: el impacto de la economía 4.0 sobre el empleo, las relaciones laborales y la protección social (DER2017-82444-R), financiado por la Agencia Estatal de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación.

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el

permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2021 [Thomson Reuters (Legal) Limited / María Luz Rodríguez Fernández (Dir.)]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-1345-479-5

DL NA 811-2021

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11

31013 - Pamplona

Índice

PRESENTACIÓN

CAPÍTULO I

TRANSFORMACIÓN DIGITAL DE LAS RELACIONES LABORALES Y DERECHOS FUNDAMENTALES: VIDEOVIGILANCIA LABORAL, TUTELA INFORMATIVA DEL TRABAJADOR Y DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

ANA ISABEL HERRANZ ORTIZ

- 1. Los derechos fundamentales y las relaciones laborales**
- 2. Dirección empresarial y derecho a la intimidad del trabajador**
 - 2.1. La configuración jurisprudencial del derecho a la privacidad del trabajador. De la oscilante jurisprudencia del TEDH a la restrictiva interpretación del TC español*
 - 2.2. Principios normativos, control empresarial y derechos del trabajador en la era digital: ¿un justo equilibrio?*
- 3. Intimidad, protección de datos personales y relaciones laborales**
 - 3.1. El derecho a la protección de datos personales en el ordenamiento jurídico español. Su configuración como derecho fundamental*
 - 3.2. El derecho a la protección de datos personales del trabajador. Su configuración en el Reglamento Europeo de Protección de Datos*
- 4. Tratamiento de datos personales del trabajador y videovigilancia laboral: de los vaivenes de la doctrina jurisprudencial a la “carta de los derechos digitales del trabajador”**
 - 4.1. Las vacilaciones del TEDH y videovigilancia laboral: a vueltas con la razonable “expectativa de privacidad del trabajador”*
 - 4.2. Videovigilancia laboral, protección de datos y “tutela informativa” del trabajador*
- 5. A modo de conclusión**
- 6. Bibliografía**

CAPÍTULO II

LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN EL TRABAJO DE LA ERA DIGITAL

MARÍA LUZ VEGA RUIZ

- 1. Introducción: ¿el efecto transformador de la pandemia?**
- 2. De la salud como derecho laboral: la necesidad empírica de su regulación y su importancia como derecho social**
- 3. La salud, un derecho fundamental humano y laboral. De su historia, de las nuevas facetas, de su necesidad y de su importancia**
- 4. La salud en el centro del trabajo: ¿es la salud un derecho fundamental en el trabajo?**
- 5. Las nuevas dimensiones del derecho a la salud, o cómo la pandemia cambió el derecho del trabajo**
- 6. A modo de conclusión: el derecho a la salud más allá de la COVID**
- 7. Bibliografía**

CAPÍTULO III

BRECHA DE GÉNERO, NUEVAS TECNOLOGÍAS Y TRABAJO DIGITAL: ENFOQUE DESDE ITALIA

LUCIANA GUAGLIANONE

- 1. Introducción**
- 2. Inclusión en el trabajo: medir la brecha de género en Italia**
 - 2.1. La recopilación de datos no es un problema secundario*
 - 2.2. Hablamos de datos (hablemos para proponer)*
- 3. Inclusión y segregación horizontal: foco en la digitalización**
 - 3.1. Industria 4.0 y sesgo de género: entre incertidumbres y certezas*
 - 3.2. Competencias, segregación vertical y discriminación tecnológica*
- 4. Las diversas facetas del trabajo a distancia en Italia (teletrabajo, trabajo “agile”, smartworking). ¿Herramientas para clausurar la brecha de género o para profundizarla?**
 - 4.1. Las formas de trabajo a distancia antes de la pandemia (teletrabajo, trabajo “agile”)*
 - 4.2. El trabajo a distancia en la época del COVID-19: el llamado “smartworking”*
- 5. Cómo se fortalece la brecha de género. El trabajo a distancia como test de resistencia del principio de igualdad**

6. ¿Hacia un nuevo modelo de relaciones de trabajo?

7. Bibliografía

CAPÍTULO IV

EL REAL DECRETO-LEY 28/2020 DE 22 DE SEPTIEMBRE, DE TRABAJO A DISTANCIA, ¿POTENCIA O DIFICULTA EL TELETRABAJO?

EVA RIMBAU GILABERT

1. Introducción

2. Potenciales beneficios y problemas del teletrabajo

3. Una cuestión determinante: el ámbito de aplicación del RDLTD

4. El RDLTD ¿potencia los beneficios del teletrabajo?

5. El RDLTD ¿mitiga los problemas del teletrabajo?

6. Conclusiones

7. Bibliografía

CAPÍTULO V

CONCILIACIÓN CORRESPONSABLE Y TRABAJO DIGITAL E INTELIGENTE: NO ES FÁCIL, PERO ES POSIBLE

MARIOLA SERRANO ARGÜESO

1. A modo introductorio: hiperconexión digital, salud y descanso

2. Mujeres y cuidado: medidas excepcionales para situaciones excepcionales ¿o no?

3. Fórmulas para garantizar el derecho al descanso de las personas trabajadoras y una conciliación corresponsable

4. Bibliografía

CAPÍTULO VI

PERFILES DEL TRABAJO EN PLATAFORMAS DIGITALES

ALBERT CAÑIGUERAL

1. Los estereotipos que ocultan el bosque

2. La heterogeneidad del trabajo en plataformas y las personas trabajadoras en plataforma

2.1. Diversidad de plataformas y sectores

2.2. Taxonomía para plataformas digitales laborales

2.3. *Algunos datos sobre perfiles de trabajadores de plataforma*

- A) Estudios de carácter general
- B) Estudios de carácter sectorial
 - a) Microtrabajadores
 - b) Trabajadores bajo demanda
 - c) *Freelancers*
- C) Un objetivo de estudio en constante movimiento

3. Conclusiones y recomendaciones

3.1. *Conclusiones*

3.2. *Recomendaciones*

4. Bibliografía

CAPÍTULO VII

EL IMPACTO DE LA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA EN LA SEGURIDAD SOCIAL: FÓRMULAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES DE PLATAFORMAS DIGITALES

MARÍA LUZ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ

- 1. Modelos de seguridad social y su relación con el empleo como punto de partida en el análisis de los efectos de la revolución digital**
- 2. La desprotección social de los trabajadores de plataforma como epílogo de la desprotección del empleo atípico y autónomo**
- 3. Un fenómeno global requiere respuestas globales: la posición de la UE y la OIT sobre la protección del trabajo en plataforma**
- 4. Fórmulas para la protección social de los trabajadores de plataforma**
 - 4.1. *La solución "clásica": obtener la clasificación de trabajadores dependientes*
 - 4.2. *Cotizar digitalmente por ingresos reales en caso de trabajadores de plataforma con ingresos inestables y/o exiguos*
 - 4.3. *Desacoplar la protección social del empleo o que las plataformas paguen cotizaciones por los autónomos que prestan servicios por medio de ellas*

5. Bibliografía

CAPÍTULO VIII

LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LA ERA DIGITAL

FRANCISCO MIGUEL ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE

1. Introducción

2. El empleo y sus proyecciones en la revolución industrial 4.0

2.1. Los contextos socioeconómicos: problemas y retos

- A) El ámbito internacional
- B) El ámbito estatal

2.2. Estrategias político-legales para afrontar las transformaciones digitales del empleo

- A) El ámbito internacional
- B) El ámbito estatal

3. Las principales propuestas alternativas como fórmulas para la nueva protección social

3.1. La cotización de robots

3.2. La economía de datos personales

3.3. La renta básica universal

- A) Definición, características y tipos de rentas garantizadas
- B) Fundamentos jurídicos hacia la renta básica

3.4. El Ingreso Mínimo Vital

3.5. El impuesto negativo

4. El principio contributivo y los principios de carencia de rentas y ciudadanía. Una transición del fundamento constitucional de seguridad social

5. Conclusiones

6. Bibliografía

CAPÍTULO IX

PROPUESTAS PARA UNA GESTIÓN SOCIALMENTE RESPONSABLE POR LAS EMPRESAS DEL IMPACTO DE LAS TRANSFORMACIONES TECNOLÓGICAS

IRENE BAJO GARCÍA

1. Introducción y conceptos

2. Impacto de la tecnología sobre la estructura organizativa de la empresa: la producción en red; la empresa dispersa, difusa y transnacional

3. Impacto de la tecnología sobre las prestaciones de empresarios y trabajadores como objeto del contrato de trabajo

4. Valoración global del impacto de la tecnología en la prestación de servicios desde la responsabilidad social

5. Bibliografía

CAPÍTULO X

GOBERNANZA PÚBLICA PARA UNA SOCIEDAD DIGITAL

JUAN LUIS MANFREDI Y FRANCISCO LONGO

- 1. La crisis de los modelos de liderazgo público**
- 2. El impacto de la pandemia**
- 3. La agenda de transformación para el sector público**
 - 3.1. La dirección pública profesional*
 - 3.2. La transformación digital de las administraciones: una visión estratégica*
 - 3.3. Las políticas de evaluación*
 - 3.4. El empleo público*
- 4. Hacia el liderazgo político y la dirección pública profesional**
- 5. Bibliografía**

Presentación

El 1 de enero de 2018 comenzaba su andadura el Proyecto de Investigación *DigitalWork* (DER 2017-82444-R), financiado por la Agencia Estatal de Investigación, hoy ubicada en el Ministerio de Ciencia e Innovación. El objetivo general del Proyecto, tal como hice constar en la Memoria Científico-Técnica del mismo en mi condición de Investigadora Principal, era “conocer y catalogar los múltiples impactos de la economía 4.0 sobre el empleo, las relaciones laborales y la protección social”. Este conocimiento de los múltiples impactos de la revolución tecnológica sobre el mundo del trabajo representaba para nosotros, el Grupo de Investigación que ha conducido este Proyecto, condición necesaria y previa para el logro de su meta final, que cifrábamos en la propia Memoria Científico-Técnica en “hacer propuestas sobre las políticas públicas y las regulaciones que deberían abordarse por los *policy-makers* y los actores sociales para afrontar con éxito social y económico los desafíos de la profunda transformación que supone la expansión de la tecnología en los procesos productivos”.

Tres años y mucha actividad investigadora después, este Libro recopila el conocimiento y las propuestas a que nos habíamos comprometido. En cada uno de sus Capítulos, el lector podrá encontrar ambos, esto es, un detallado diagnóstico del impacto que produce el avance de la tecnología sobre la institución que se somete a análisis y las propuestas que se realizan para poder afrontar con éxito el desafío que ello supone para la regulación de los derechos laborales y la protección social.

En concreto, nos hemos ocupado de los derechos fundamentales a la intimidad y la protección de datos de las personas trabajadoras (*Ana Isabel Herranz Ortiz*) y del derecho a la salud como clave de la construcción de un futuro del trabajo digital pero centrado en las personas (*María Luz Vega Ruiz*). También hemos afrontado en este Libro el derecho a la igualdad de mujeres y varones en acceso al trabajo digital, aproximándonos al teletrabajo (*Luciana Guaglianone*), a las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar y al tiempo de trabajo y el derecho a la desconexión digital (*Mariola Serrano Argüeso*) con perspectiva de género y en un contexto de expansión de la tecnología. La nueva regulación del teletrabajo en España, vista desde la óptica de haber sabido o no capturar las ventajas reconocidas a esta modalidad de trabajo y evitar los riesgos que ella también supone, ha sido también objeto de exploración (*Eva Rimbau Gilabert*). No podía faltar, en un Libro dedicado a comprobar los impactos del avance de la tecnología en el mundo del trabajo, una mirada a la economía de plataforma. En lector encontrará un detallado perfil de quiénes y cómo son las personas que trabajan en plataformas digitales (*Albert Cañiguera*), pero también una detenida explicación de por qué estas personas gozan de una menor protección social y los caminos que podrían recorrerse para aliviar la situación de vulnerabilidad en que se encuentran algunos de los trabajadores de plataformas (*María Luz Rodríguez Fernández*). El impacto que, en términos generales, provoca la revolución tecnológica sobre la seguridad social es igualmente objeto de atención, así como las propuestas realizadas para afrontar el desafío tecnológico a que se enfrenta nuestro modelo de pensiones (*Francisco Miguel Ortiz González-Conde*). Cierran el Libro sendas miradas, la una a la empresa, de la que se demanda un

comportamiento socialmente responsable en el tránsito hacia la economía y el trabajo digitales (*Irene Bajo García*), y la otra a la administración pública, a la que se reclama un liderazgo activo y una profunda reforma de su modelo burocrático, a fin de encarar con éxito la transformación de nuestro país en una sociedad digital (*Juan Luis Manfredi y Francisco Longo*).

Como puede verse por los temas que hemos abordado, todos ellos de indudable actualidad en los debates jurídico y económico sobre las consecuencias de la revolución tecnológica en el mundo del trabajo, pero también por la profundidad y rigor de los análisis realizados y la audacia de las propuestas, este Libro puede considerarse una excelente herramienta para afrontar con éxito el notable desafío a que se enfrenta España. La pandemia de la COVID-19 ha acelerado la transformación digital del país, a lo que muy pronto se sumarán los fondos de la Unión Europea que se dedicarán, principalmente, a esta misma finalidad. Ello pondrá en la agenda pública muchos interrogantes sobre cómo modelar los derechos laborales y la protección social para que la sociedad digital en que vamos a convertirnos pueda beneficiar a las personas trabajadoras y las empresas, pero también a la economía y la ciudadanía en su conjunto. Este Libro pretende proporcionar algunas respuestas para ello.

Madrid, a 14 de abril de 2021

MARÍA LUZ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ,

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social
Universidad de Castilla-La Mancha
Investigadora Principal de DigitalWork*

Capítulo I

Transformación digital de las relaciones laborales y derechos fundamentales: videovigilancia laboral, tutela informativa del trabajador y derecho a la protección de datos personales

ANA ISABEL HERRANZ ORTIZ¹

*Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Deusto*

. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS RELACIONES LABORALES

El imparable avance tecnológico ha desarrollado nuevas formas de tratamiento de la información, nuevos modelos de gestión y producción empresarial, y novedosas metodologías de comunicación social y profesional. La inteligencia artificial, la implantación de la tecnología *big data*, o el desarrollo robótico han revolucionado la forma de producción, gestión y organización empresarial, y si bien no pueden cuestionarse las bondades sociales y económicas de este progreso tecnológico, tampoco pueden desconocerse los riesgos e incertidumbres jurídicas que en el ámbito de las relaciones laborales ha traído consigo su implementación.

En este sentido, no es casual el reciente interés que ha despertado en la doctrina y el legislador la tensión que desde siempre ha enfrentado al ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador con la facultad empresarial de control y vigilancia. En verdad, la irrupción de las herramientas digitales en el ámbito empresarial ha configurado nuevas formas de prestación de laboral, al tiempo que ha permitido intensificar los medios de control y vigilancia del cumplimiento de las obligaciones laborales. Nunca antes se había experimentado en el ámbito de las relaciones laborales una invasión tan agresiva y sutil al ejercicio de los derechos fundamentales como la que vivimos en el tiempo presente.

En efecto, se han impulsado nuevos modelos de trabajo y producción, se han redefinido tiempos y espacios en el ámbito de la prestación laboral, y se han simplificado y agilizado las tareas gracias a la aplicación de la tecnología. Pero estas incontestables ventajas vienen acompañadas de no menos importantes sacrificios que, en el ámbito de las relaciones laborales, se manifiestan por un lado en el temor a la destrucción del empleo y, por otro lado, en la ilimitada y muchas veces invisible capacidad de controlar y restringir los derechos del trabajador. En efecto, este avance tecnológico en las relaciones laborales con frecuencia viene asociado a la dificultad de delimitar el ámbito profesional y la vida personal del trabajador, y a la extraordinaria e ilimitada capacidad para la utilización y manejo de información personal del trabajador.

Abundando en lo expresado, coincidimos con Miñarro Yanini (2018) cuando expresa que el impacto del desarrollo tecnológico en el ámbito del trabajo tiene especial reflejo en la intimidad del trabajador; y así, y

por la fuerza de los hechos y del Derecho, se han tenido que redefinir los límites a la intimidad y se han retocado las fronteras de la privacidad en las relaciones laborales (González Biedma, 2017). La tecnología ha normalizado e intensificado la invasión que se desprende en el ámbito laboral de la utilización y disposición por terceros de información personal del trabajador. La tensión que se libra en el tiempo presente entre el derecho a la intimidad y al control de la información personal, y la necesidad de libre circulación de información personal se viene manifestando en la legislación europea y en las recientes normas españolas, pero también en las numerosas resoluciones judiciales que se pronuncian sobre el conflicto que afecta a las relaciones laborales y la creciente implementación tecnológica. Y como recuerda la doctrina, el ámbito de las relaciones laborales no ha podido sustraerse a esta intrusión, y el trabajador se ha visto en la necesidad de aceptar y convivir con la creciente digitalización de las organizaciones y empresas.

En nuestro país, además, a ello, debía sumarse una marchita y agotada normativa laboral, casi sin retocar desde la aprobación del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET). Un escenario que bien entrado el siglo XXI, y en pleno desarrollo de la sociedad de la información no invitaba al optimismo. Con los avances tecnológicos irrumpiendo en las organizaciones y en los sistemas de producción de las empresas la revolución industrial 4.0 no parecía tener freno, y en plena expansión digital, debía censurarse el injustificable retroceso que se atisbaba en el ámbito de los derechos fundamentales del trabajador.

Con todo, y como tiene declarado el propio TC, debe preservarse el “necesario equilibrio entre las obligaciones del trabajador dimanantes del contrato de trabajo y el ámbito de sus derechos y libertades constitucionales, pues dada la posición preeminente de estos en el ordenamiento jurídico, la modulación que el contrato de trabajo puede producir en su ejercicio ha de ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales, y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin” (por todas, STC 170/2013, de 7 de octubre). No en vano, mucho tiempo antes había censurado el TC el llamado «feudalismo industrial», cuando rechazó en su STC 88/1985 de 19 de julio, que las organizaciones empresariales configurasen «mundos separados y estancos del resto de la sociedad», de suerte que en modo alguno el reconocimiento de la libertad de empresa podía justificar ni amparar la pérdida temporal o la restricción injustificada de los derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores². Haciendo nuestra esta reflexión, no pueden ahora en el siglo XXI ampararse prácticas y procedimientos en el ámbito de las relaciones laborales que representen una nueva forma de control y aislamiento del trabajador: el “feudalismo digital”, de suerte que se legitime el control empresarial invasivo de derechos fundamentales, fundado en la utilización ilimitada de instrumentos y métodos tecnológicos al servicio de las organizaciones empresariales. En este sentido, viene pronunciándose el TC cuando abraza la doctrina según la cual la celebración de un contrato de trabajo no implica la privación de los derechos reconocidos constitucionalmente a todo ciudadano, de suerte que la libertad de empresa y la capacidad de dirección empresarial no legitiman limitaciones injustificadas de

los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador³.

Así las cosas, de igual modo que la persona disfruta de su vida personal, la vida laboral, también ha de ser una esfera de respeto y de desarrollo de derechos fundamentales para el trabajador. Por ello, se reclamaba al empleador que se abstenga de invasiones injustificadas y desproporcionadas en los derechos y libertades del trabajador, en especial en el entorno digital.

Cierto que el reconocimiento del derecho al control empresarial concebido en el art. 20.3 del ET, alcanza en la actualidad una nueva dimensión, a partir de la irrupción de las tecnologías de la información y la comunicación; nuevas formas más sofisticadas e invasivas de control, basadas en el avance tecnológico, amenazan ahora los derechos y libertades fundamentales del trabajador. sistemas de vigilancia, tratamientos masivos de información personal, modernos sistemas de control de acceso, etc. Todas ellas representan manifestaciones de un «feudalismo tecnológico», que somete al trabajador a una permanente y, muchas veces, invisible, invasión de sus derechos y libertades fundamentales en su vida laboral, y pretende aislar la relación laboral de la vida privada y social.

Sorprendió el legislador español a la comunidad jurídica cuando durante el proceso de tramitación y debate de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre⁴ (en adelante LOPDD), incorporó en la última versión del texto legal un nuevo título, el Título X «Garantía de los derechos digitales». Cierto que hasta entonces habían sido significativas en nuestro país algunas iniciativas en el

ámbito académico y social anticipando un necesario consenso sobre la proclamación de los nuevos derechos digitales en el siglo XXI. Así, por ejemplo, destacaré la iniciativa de la Declaración de la Universidad de Deusto⁵, o la posterior Carta de la Ciudad de Barcelona⁶, pero nada se había avanzado normativamente hasta entonces.

En este nuevo Título X, consagra el legislador un conjunto de derechos y garantías digitales, de nueva configuración algunos, y de renovada regulación otros, a la luz de la transformación digital de la sociedad. Pero si hay una realidad que llama poderosamente la atención es la especial dedicación que se procura en la Ley a los derechos digitales del trabajador. Y así, desde el art. 87 hasta el art. 90 de la citada norma, se desgrana un elenco de derechos y garantías que tutelan en el ámbito de las relaciones laborales la imparable irrupción tecnológica y su incidencia en los derechos fundamentales del trabajador.

Ciertamente, aun reconociendo que se están produciendo tímidos pasos legales⁷, y se está avanzando lentamente en la protección del derecho a la privacidad del trabajador, debemos preguntarnos: ¿son suficientes estas iniciativas legales? ¿Estamos más cerca de una normativa específica en España? ¿Entiende el legislador cumplido el mandato legal europeo contenido en el art. 88 del RGPD?

Proponemos en este estudio un análisis crítico de la prolífica doctrina jurisprudencial, que en un inicio se vio en la necesidad de configurar y articular los principios y criterios sobre los que sustentar el ejercicio legítimo del control empresarial, y garantizar un justo equilibrio con los derechos fundamentales del trabajador, y un

examen de la reciente configuración del derecho a la privacidad del trabajador en la LOPD, de lo que se ha venido denominando Carta de los derechos digitales del trabajador.

Se intentará profundizar en la tensión que enfrenta al derecho a la privacidad del trabajador con el poder de dirección y control del empresario como consecuencia de la transformación digital; y en especial, se analizará la controversia jurídica a propósito de la legitimación de las medidas de videovigilancia laboral, desde la perspectiva de la intimidad y la protección de datos personales del trabajador.

. DIRECCIÓN EMPRESARIAL Y DERECHO A LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR

2.1. LA CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD DEL TRABAJADOR. DE LA OSCILANTE JURISPRUDENCIA DEL TEDH A LA RESTRICTIVA INTERPRETACIÓN DEL TC ESPAÑOL

Reconoce el art. 18.1 de la CE el derecho a la intimidad personal y familiar, como bien jurídico esencial de toda persona, y derivado de su dignidad y vinculado a su personalidad individual. Esta proclamación constitucional, como recuerda la doctrina, parece circunscribir el derecho de la persona a la protección del bien más intrínseco de la persona, de suerte que se cuestiona si esta tutela alcanzara a garantizar el derecho a la vida privada de las personas, y por ende, del trabajador (Sáez Lara, 2017, pág. 192-183). La configuración jurídica de este derecho se nos presenta cada día más compleja habida cuenta de su conexión con otros bienes y derechos constitucionales de los que

necesariamente debe distinguirse. Por ello, siguiendo las afirmaciones del TC, la intimidad se articula como atributo de la personalidad, mediante “la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos. La conexión de la intimidad con la libertad y dignidad de la persona implica que la esfera de la inviolabilidad de la persona frente a injerencias externas, el ámbito personal y familiar, sólo en ocasiones tenga proyección hacia el exterior”. Tanto es así que, a juicio del Alto Tribunal, la intimidad no alcanza a hechos, y ámbitos relativos a relaciones sociales y laborales, que, por su naturaleza externa, exceden de un estricto ámbito íntimo, y forman parte de la vida privada⁸.

Abundando en lo expresado, es doctrina del TC que el derecho a la intimidad personal, en cuanto condición necesaria de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), garantiza el ámbito propio y reservado frente a la actuación y el conocimiento ajeno, de suerte que el art. 18.1 CE garantiza “el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal, excluyendo que sean los terceros, particulares o poderes públicos, los que delimiten los contornos de nuestra vida privada”⁹. En el concreto ámbito de las relaciones laborales, ha reconocido igualmente el TC que la intimidad y la vida privada no deben reducirse al ámbito social o familiar; bien al contrario, debe reconocerse al trabajador una esfera de «intimidad» profesional o laboral, necesario para asegurar su dignidad en un ámbito en el que también se construyen vínculos personales y laborales de los que se desprenden actuaciones o relaciones que pueden constituir una manifestación de la vida privada

del trabajador, y que tiene derecho a proteger frente a intromisiones (STC 12/2012, de 30 de enero).

Que la intimidad, y por extensión la vida privada, resultan aplicables al ámbito laboral constituye una doctrina consolidada del TC, al igual que la afirmación de que ningún derecho es absoluto y, en consecuencia, podrán establecerse legítimamente restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales, cuando se produzca una colisión de bienes constitucionalmente protegidos. De este modo, el derecho a la intimidad podrá “ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el límite que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo y sea proporcionado” (entre otras, sSTC 143/1994, de 9 de mayo; y 70/2002, de 3 de abril). Ahora bien, cualquier restricción o limitación en el ámbito laboral al derecho a la privacidad del trabajador vendrá determinada por la necesidad y proporcionalidad de dicha actuación, en relación con la pretensión de protección de bienes y derechos constitucionales. En consecuencia, en el juego de equilibrios y limitaciones que enfrenta a los derechos fundamentales del trabajador y a la potestad de control empresarial se debe ponderar la condición preeminente de los derechos fundamentales, por lo que ha de respetarse «la correcta definición y valoración constitucional del derecho fundamental en juego y de las obligaciones laborales que pueden modularlo». Así las cosas, dichas limitaciones han de ser las imprescindibles y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección constitucional, pero sin ignorar que deberá apreciarse, además, si es posible implementar otras medidas menos invasivas para el derecho en cuestión, a tenor de la consideración principio de

proporcionalidad¹⁰. En este sentido, y siguiendo la argumentación del TC en la citada resolución, nada impide que pueda apreciarse la existencia de intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad del trabajador en zonas o lugares de trabajo, y no solo en espacios dedicados al esparcimiento o el ocio durante la jornada laboral. No olvidemos que como tiene declarado el TC en reiteradas sentencias, el contrato de trabajo no embarga ni impide el ejercicio de los derechos fundamentales, aunque en determinadas circunstancias en el seno de una organización productiva, pudieran legitimarse algunas restricciones o modulaciones (STC 115/2013, de 9 de mayo).

De lo anterior se desprende entonces que la privacidad del trabajador estará referida a tanto a las relaciones sociales como profesionales que se proyectan en su vida laboral; repárese en este sentido, en el texto de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, en la que no se contempla el concepto de intimidad, sino el más amplio, y extensivo derecho a la vida privada familiar en el art. 7 del mencionado texto¹¹. En esta misma dirección, pero más explícito, se muestra el texto del CEDH, cuando en su art. 8 dispone que, con carácter general, “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”; si bien, se prevé que excepcionalmente podrá soportarse la injerencia de una autoridad pública en el mencionado derecho, cuando “esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para (...), la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”¹².

Luego podemos concluir entonces que el concepto de “vida privada” no comprende solo la protección de los aspectos más íntimos, y esenciales del ser humano, que permanecen aislados del exterior, sino que alcanza a tutelar el derecho de cada individuo a acercarse a los demás con el fin de establecer y desarrollar relaciones con ellos y con el mundo exterior; esto es, se trata de garantizar el derecho a una “vida social y laboral privada”. Ciertamente, con carácter general, asevera el TEDH que el concepto de “vida privada” es un término amplio que integra la integridad física y psicológica de la persona; de suerte que comprende múltiples aspectos de la identidad física y social del individuo, y en particular, se refiere a los aspectos relativos a la identidad personal, como el nombre o la fotografía de una persona¹³. Siendo así que, además, las autoridades públicas no solo deben actuar de forma pasiva, y respetando el ejercicio de este derecho, antes bien, al contrario, les corresponde, en interpretación del TEDH, realizar una actuación positiva para la garantía de este derecho por la cual, se puede exigir de los Estados incluso medidas legislativas y actuaciones para asegurar la efectividad de este derecho.

Con todo, no puede desconocerse la singularidad del ámbito laboral, en el que la facultad de organización y vigilancia del empresario puede llegar a legitimar restricciones a los derechos a la vida privada y la intimidad del trabajador. Así se desprende de la interpretación que el TEDH realizó a propósito de la no renovación del contrato como profesor de religión de quien había sido sacerdote, y después de haber contraído matrimonio se manifestaba públicamente a favor del matrimonio de los sacerdotes. Especialmente interesantes resultan de esta resolución las conclusiones a las que se llega desde la configuración

del derecho a la vida privada en el ámbito laboral, de suerte que la expresión “vida privada” puede ser aplicada a restricciones que sufre un individuo en su vida laboral, cuando las mismas se fundamentan en el modo en que la persona construye su identidad social al desarrollar relaciones con otros.

De lo anterior se concluye que el trabajador disfruta en su vida laboral, y fuera de ella, de una protección jurídica de su vida privada y familiar, que no puede desconocerse en el ámbito de sus relaciones laborales, y que debe garantizarse, en especial cuando hace referencia a su esencia como individuo, o a su desarrollo personal e individual. Luego, la vida privada y familiar del trabajador ejerce con límite o frontera para el ejercicio de la potestad de dirección de control y vigilancia empresarial, cuya intromisión en los derechos fundamentales solo pueda legitimarse por constituir una medida idónea, imprescindible y proporcionada.

En línea con la doctrina del TEDH, la jurisprudencia española a propósito del derecho a la vida privada del trabajador se ha mostrado igualmente oscilante, y si bien originariamente resolvió de forma más rigurosa limitando el poder de control empresarial, cuando se producían intromisiones en la privacidad del trabajador, aplicando el principio de proporcionalidad¹⁴; en posteriores resoluciones ha venido manteniendo una peligrosa doctrina restrictiva para el derecho a la vida privada del trabajador, e indulgente y generosa con la legitimidad de las medidas tecnológicas de control y vigilancia laboral¹⁵.

No ha sido hasta tiempos recientes cuando el legislador español, en la LOPD, cumpliendo el mandato del legislador europeo, ha incorporado tímidamente, y

según nuestro criterio, de una forma poco oportuna, normas sobre la utilización de herramientas digitales de control del trabajador. Hasta entonces, la ausencia de una normativa laboral que frenase la creciente invasión de la intimidad y la privacidad de la persona trabajadora había forzado a los tribunales a fijar los criterios y restricciones en el uso de estas herramientas digitales por el empleador. Por ello, es acusado el protagonismo judicial en la configuración de los principios y restricciones que deben aplicarse en el uso de las diferentes herramientas tecnológicas de control por el empresario, y que inciden de forma tan invasiva en el derecho a la privacidad del trabajador.

2.2. PRINCIPIOS NORMATIVOS, CONTROL EMPRESARIAL Y DERECHOS DEL TRABAJADOR EN LA ERA DIGITAL: ¿UN JUSTO EQUILIBRIO?

La CE y el ET disponen el marco normativo sobre el que se asienta y delimita jurídicamente el poder de control y dirección del empresario. En efecto, dispone el art. 38 CE que “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”, y precisamente el ejercicio de esta libertad empresarial se reconoce y desarrolla normativamente en el ET, que hasta en tres ocasiones insiste en reconocer el poder de dirección del empresario, y la obligación del trabajador de seguir las instrucciones e indicaciones dadas por aquel en el ejercicio de dicha facultad de dirección.

Así, conforme dispone el art. 1 del ET, esta norma resultará aplicable, “a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada

empleador o empresario”. Igualmente, y a tenor del art. 5 c) del propio ET corresponde a los trabajadores “cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas”. Y, por último, se reafirma en el art. 20 del ET, por un lado, que el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue; y, por otro que, en el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario “la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen (...) las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección”.

Así las cosas, sin embargo, ningún poder o derecho tiene carácter ilimitado, y tampoco el poder de dirección y control del empresario; tanto es así, que la dignidad como valor superior de la persona emerge como límite para proteger los derechos y libertades del trabajador frente a la adopción de medidas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales (art. 20.3 ET)¹⁶.

Con el desarrollo de los entornos digitales, esta capacidad de control y vigilancia, tal y como hemos ya hemos expresado, adquiere una nueva dimensión, se muestra más agresiva e intrusiva, y es por ello que ante la ausencia de una normativa específica, la jurisprudencia se ha visto en la necesidad de intervenir dibujando los escurridizos contornos que separan los derechos del trabajador y la capacidad de dirección del empresario, y asumiendo hasta el año 2018 una labor de redefinición del impacto y alcance del poder de control del empresario en la utilización de medios digitales. En este sentido, el conflicto que originariamente ha enfrentado a los intereses del

empleador con los derechos del trabajador se recrudece y aviva con la irrupción de nuevas formas digitales de seguimiento y control en el ámbito laboral. No obstante, en este enfrentamiento, no pueden ignorarse dos principios fundamentales que permiten situar el conflicto, a saber: primero, que la celebración de un contrato laboral desde luego no puede significar la renuncia absoluta al ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador; y segundo, que los derechos fundamentales del trabajador, y el de la intimidad lo es, no pueden ni deben situarse jurídicamente en un plano de igual reconocimiento que la libertad de empresa y el poder de dirección del empresario.

Así también lo ha venido interpretando el TC, en un momento en el que todavía no se acertaba a vislumbrar el extraordinario impacto de la tecnología en la empresa, de suerte que proclamó en su STC 88/1985 que las organizaciones empresariales no pueden permanecer ajenas a la realidad social en la que se integran, ni la libertad de empresa puede legitimar que el trabajador se vea despojado de sus derechos constitucionales, y deba soportar limitaciones injustificadas a sus derechos fundamentales, cuyo valor resulta fundamental en nuestro sistema jurídico constitucional¹⁷. Posteriormente, haciendo suya esta afirmación, otras resoluciones del TC han acogido esta doctrina, más recientemente. En efecto, con ocasión del acceso por la empresa a conversaciones de trabajadoras que descargaron un programa de mensajería en un ordenador de la empresa, ha expresado el alto tribunal en su STC 241/2012 que “el trabajador en la empresa tiene reconocido, como ciudadano portador de un patrimonio de derechos que no desaparecen con ocasión de la contratación laboral,

un ámbito de libertad constitucionalmente consagrado (el derecho de libertad de comunicaciones)”¹⁸. Luego, la libertad de empresa y el poder de dirección del empresario encuentran un límite a su ejercicio en el reconocimiento constitucional de los derechos y libertades que como ciudadano tiene todo trabajador, también en el ámbito de las relaciones laborales. Por ello, es reiterada la doctrina del TC que declara que si bien son recíprocos los límites y restricciones que se desprenden del contrato de trabajo para las partes, lo cierto es que las facultades de organización del empresario se hallan coartadas por los derechos fundamentales del trabajador, a tenor de la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico¹⁹.

Con todo, y como siempre recuerda el TC ningún derecho es ilimitado, y en este caso, tampoco lo son los derechos fundamentales del trabajador, por cuanto, su ejercicio ha de matizarse necesariamente a tenor del marco contractual en el que se inserta la relación laboral, y de conformidad con las instrucciones, indicaciones que en su facultad de dirección y control pudiera establecer el empleador. Ahora bien, la restricción que pudiera afectar a los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral que mantiene, debe soportar el principio jurisdiccional de proporcionalidad que los tribunales españoles aplican, en especial el TC, para fundamentar y admitir injerencias en los derechos fundamentales, al tiempo que constituye un límite para actuaciones y decisiones del empresario que pudieran incidir en los mencionados derechos del trabajador.

Por lo anterior, y como tiene reiteradamente declarado el TC, “la constitucionalidad de cualquier medida

restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad”²⁰. Luego, la aplicación de una medida restrictiva de los derechos fundamentales, superará el jurídicamente de proporcionalidad siempre que dicha medida sea susceptible de alcanzar el propósito requerido (juicio de idoneidad); si, además, resulta necesaria, mejor, “indispensable”, en el entendimiento de que no conste ni sea posible otra medida menos invasiva para alcanzar el propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, que se aprecie un necesario equilibrio, habida cuenta que deben 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)²¹.

Ahora bien, lo cierto es que, en el ámbito de las relaciones laborales, específicamente, la actuación de control y vigilancia del empresario deberá someterse a las exigencias del principio de buena fe contractual, de conformidad con lo expresado por el ET en su art. 20.3°. Y así, cualquier injerencia en los derechos fundamentales del trabajador, a partir de lo dispuesto legalmente deberá someterse a este doble juicio jurídico. En este sentido, son reveladoras las afirmaciones de Moreno García (1993) cuando expresa que el principio de la buena fe como límite a las obligaciones y derechos que surgen en el ámbito contractual no puede situarse en plano de igualdad ni como límite al ejercicio de derechos y libertades constitucionales. En palabras del autor, “de lo que se trata, por tanto, es de especificar los bienes o derechos constitucionales que convierten en lícita la exigencia de la obligación contractual frente al acto de ejercicio de la libertad”. De esta forma, argumenta el mencionado autor, se logra que la colisión y límites recíprocos a los