

# Il diritto del mercato del lavoro

XXIII

2/2021

# Il diritto del mercato del lavoro

Quadrimestrale, Anno XXIII, n. 2; maggio-agosto 2021

## *Direttore Responsabile*

Francesco Santoni

## *Direzione*

Emilio Balletti, Alessandro Bellavista, Alfonsina De Felice, Alessandro Garilli, Domenico Garofalo, Pietro Lambertucci, Marco Mocella, Severino Nappi, Rosario Santucci, Lucia Venditti

## *Comitato Scientifico e di valutazione*

Francesco Basenghi, Alessandro Boscati, Marina Brollo, Guido Canavesi, Felice Casucci, Nicola Cipriani, Antonio Di Stasi, Germano Dondi, Loredana Ferluga, Valeria Filì, Elias Gonzales Posada, Alberto Levi, Stefano Liebman, Massimiliano Marinelli, Luigi Menghini, Marco Mocella, Ana Murcia Clavería, Luca Nogler, Paola Olivelli, Roberto Pessi, Giuseppe Pellacani, Antonio Pileggi, Alberto Pizzoferrato, Giampiero Proia, Giulio Prosperetti, Giulio Quadri, Wilfredo Sanguineti Raymond, Maurizio Ricci, Magdalena Ricahk, Carmelo Romeo, Renato Scognamiglio, Paolo Tosi, Maria José Vaccaro, Alberto Tampieri, Adriana Topo, Urszula Torbus, Antonio Vallebona, Stéphane Vernac, Gaetano Zilio Grandi

## *Coordinatore della Redazione*

Severino Nappi

## *Segreteria di Redazione*

Marco Mocella, Valeria Allocca, Pia De Petris, Linda Lorea, Marzia Pirone, Maria Angela Rivetti

## *Comitato di Redazione*

Valeria Allocca, Arianna Avondola, Silvio Bologna, Enrico Caria, Mario Cerbone, Marcello D'Aponte, Cinzia De Marco, Pia De Petris, Francesco Di Noia, Fabrizio de Falco, Giovanni Di Corrado, Antonio Leonardo Fraioli, Luisa Ficari, Laura Foglia, Claudia Fava, Alessia Gabriele, Lorenzo Ioele, Mariorosario Lamberti, Linda Lorea, Rosa Molè, Marina Nicolosi, Elena Pasqualetto, Marzia Pirone, Flavio Vincenzo Ponte, Dario Raffone, Alessandro Riccobono, Maria Angela Rivetti, Federica Saulino, Eufrasia Sena, Roberto Sgobbo, Antonino Sgroi, Gino Spagnuolo Vigorita, Giovanna Tussino, Gianpiero Zinzi

La Rivista procede alla selezione qualitativa dei contributi sulla base di una valutazione formalizzata ed anonima di cui è responsabile il Comitato scientifico e di valutazione, che si avvale anche di esperti esterni.

La Direzione della Rivista ha sede presso lo studio del prof. avv. Francesco Santoni, Piazza della Repubblica n. 2, 80121 Napoli, [studiosantoni@libero.it](mailto:studiosantoni@libero.it), cui devono essere inviati i contributi di dottrina e di giurisprudenza.

# Indice

---

## SAGGI

- Giulio Prosperetti  
*Il problema della rappresentatività sindacale* » 257  
The issue of labour unions representativeness
- Stefano Bellomo  
*Crisi e strumenti di salvaguardia della continuità aziendale e dell'occupazione nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: uno sguardo d'insieme* » 285  
Crisis and tools for safeguarding business continuity and employment in the corporate crisis and insolvency code: an overview
- Alessandro Boscati  
*L'obbligo di vaccinazione introdotto dal d.l. n. 44/2021 tra principi costituzionali ed applicazione concreta* » 309  
The vaccination duty pursuant to law decree no. 44/2021 between constitutional principles and effective application
- Lucia Venditti  
*Lavoro e diritti sociali al tempo della pandemia tra criticità e prospettive* » 343  
Work and social rights at the time of the pandemic between critical issues and perspectives
- Alessia Gabriele  
*Le discriminazioni multiple nell'intreccio delle fonti* » 359  
Intersectional discrimination in the interweaving of the legislative and jurisdictional sources

Alessandro Riccobono  
*I congedi genitoriali nella prospettiva del Family act* » 391  
Parental leaves in the perspective of the Family Act

Valeria Allocca  
*Il lavoro dei riders tra tutele legali e sindacali* » 423  
The work of riders between legal and trade union protection

#### IL TEMA: LA DIGITALIZZAZIONE E LE REGOLE SUL LAVORO IN EUROPA

Carolina Serrano Falcón  
*La carta de derechos digitales en España y su contenido laboral.*  
*Una necesaria aplicación práctica* » 455  
The Digital Rights Charter in Spain and its labour content. A  
necessary practical application

#### CASI E QUESTIONI

Emilio Balletti  
*Smart working e pari opportunità* » 487  
Smart Working and Equal Opportunities

Paolo Iervolino  
*Il manifesto della «manifesta insussistenza» del giustificato mo-*  
*tivo oggettivo: quali conseguenze per il Jobs Act? (nota a C.*  
*Cost. 1° aprile 2021, n. 59)* » 503

Ottavio Pannone  
*Tempestività della contestazione disciplinare* » 533  
Timeliness of disciplinary discipline

# *Il Tema: la digitalizzazione*

---

## LA CARTA DE DERECHOS DIGITALES EN ESPAÑA Y SU CONTENIDO LABORAL. UNA NECESARIA APLICACIÓN PRÁCTICA

di Carolina Serrano Falcón

SUMARIO. 1. El proyecto de Carta de Derechos Digitales en España. Características y valoración. – 2. El contenido laboral de la Carta de Derechos Digitales. ¿Novedades para el derecho del trabajo del siglo XXI? – 3. Análisis de los derechos laborales digitales de la Carta. – 3.1. El derecho a la desconexión digital. – 3.2. La protección de los derechos fundamentales en el uso de herramientas digitales y en su control empresarial. – 3.2.1. Dispositivos digitales. – 3.2.2. Videovigilancia y grabación de sonidos. – 3.2.3. Geolocalización. – 3.2.4. Datos biométricos. – 3.2.5. Herramientas de monitoreo, analíticas de datos, Inteligencia artificial y decisiones automatizadas y la evaluación del impacto de los algoritmos. – 3.3. La promoción del teletrabajo. – 3.4. El derecho de información de los representantes de los trabajadores. – 3.5. El derecho a la formación digital. – 3.6. La protección frente al ciberacoso. – 4. Recapitulación: ¿cuáles son las obligaciones legales de las empresas cuando incluyen tecnología digital? – 5. Una necesaria aplicación práctica. La creación de un Plan Tecno-Digital en las empresas.

### 1. *El proyecto de Carta de Derechos Digitales en España. Características y valoración*

El primer borrador de la Carta de Derechos Digitales (en adelante, CDD) fue presentado el 17 de noviembre de 2020 por la Secretaría de Digitalización e Inteligencia Artificial de España (SEDIA), perteneciente al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, quien ha liderado su elaboración. El compromiso de desarrollar e impulsar la Carta también se incluyó en la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial (Medida 28, en el eje estratégico 6) y en la nueva Agenda Digital ‘España Digital 2025’.

El texto fue encargado a un grupo de expertos, reunidos por primera vez el 15 de junio de 2020 y que durante meses trabajó en la redacción que ahora conocemos. Es muy importante resaltar que el Gobierno también ha querido contar con la opinión del conjunto de la ciudadanía y abrió una consulta pública hasta el 24 de julio de 2021 para “recabar directamente o a través de organizaciones más representativas la opinión

del conjunto de la ciudadanía sobre cuestiones planteadas o las que consideraran relevantes”. Este borrador se sometió a un nuevo período de consulta pública hasta el 20 de enero de 2021. Después de este período se han publicado aproximadamente 200 respuestas que contienen valoraciones y reflexiones muy importantes que se han traducido finalmente en cambios considerables en el texto final de la Carta y concretamente en la parte que corresponde a los derechos en el ámbito laboral, objeto de análisis<sup>1</sup>.

Antes de analizar el contenido laboral de la Carta, hay algunas premisas previas que considero oportunas recordar:

-La Carta no tiene carácter normativo. Se reconoce expresamente en las consideraciones previas de la Carta, aunque es curioso que lo deja para el último párrafo. Además, esta Carta se ha publicado en la página web del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, pero, al no tener un carácter normativo, no se puede consultar en el Boletín Oficial del Estado.

Se pretende con esta Carta abrir un proceso de debate, de reflexión para que se pueda adaptar el marco jurídico actual a las nuevas realidades. En las consideraciones previas se indica además que la Carta no pretende crear nuevos derechos fundamentales, sino garantizar los existentes en este nuevo contexto dinámico de transformación digital, y ayudar además a la interpretación y adaptación de los derechos actuales al entorno digital. En dichas consideraciones previas, se explican claramente los tres valores de la Carta: valor descriptivo, «de los contextos y escenarios digitales determinantes de conflictos, inesperados a veces entre los derechos, valores y bienes de siempre, pero que exigen nueva ponderación»; valor prospectivo, para «anticipar futuros escenarios que pueden ya predecirse» y valor asertivo, es decir, «revalidar y legitimar los principios, técnicas y políticas que, desde la cultura de los derechos fundamentales, deberían aplicarse en los entornos y espacios digitales presentes y futuros».

El carácter no normativo, es, a mi juicio, un aspecto positivo. Es una forma de arrancar un proceso de reflexión y contar con una fuente de inspiración para políticas públicas y futuros proyectos normativos. Incluso, puede ser también (aunque no se diga expresamente) un referente pedagógico, para sensibilizar a la ciudadanía sobre el respeto de los derechos fundamentales en este nuevo entorno digital.

-La segunda premisa a tener en cuenta es su contextualización: hay

<sup>1</sup> Para un análisis del Proyecto de la CDD, véase C. SERRANO FALCÓN, ¿ *Qué hay de nuevo en materia laboral en la Carta de Derechos Digitales?*, en *sd2.ugr.es*.

que ubicar la CDD en el contexto de la Unión Europea, porque va en sintonía con el importante esfuerzo que desde el ámbito comunitario se está haciendo en estos últimos años, para colocar al ser humano en el centro de la digitalización (humanismo tecnológico). Esta iniciativa de la Carta, por hacer alusión a lo más reciente, coincide en el tiempo con la aprobación el 20 de octubre de una Resolución del Parlamento Europeo (2020/2012/INL) en la que se incluye una propuesta legislativa para la tramitación de un Reglamento sobre los principios éticos para el desarrollo, despliegue y uso de dichas tecnologías, que ha seguido avanzando (quizá aún más acelerado por el uso de la tecnología en tiempos de pandemia) con la propuesta de Reglamento sobre Inteligencia Artificial<sup>2</sup> que la Comisión Europea presentó el pasado 21 de abril. También podemos citar algún ejemplo en el ámbito laboral, como la Resolución del Parlamento Europeo de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión<sup>3</sup>.

En definitiva, España no viaja sola en la necesidad de proteger derechos en el contexto digital. El impulso de los derechos digitales también se ha reflejado en el primer semestre de 2021, en el contexto de la presidencia portuguesa del Consejo de la Unión Europea. En la Asamblea Digital Europea celebrada el 1 de junio se adoptó la Declaración de Lisboa ‘Digital Democracy with a purpose’ y, además, se inició un período de consulta pública para la preparación de la ‘Declaración Europea de Principios Digitales’ cuyo objetivo es realizar una declaración conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, para que sea un referente para responsables políticos y en general para el entorno digital. Además, Portugal, en el contexto de la presidencia portuguesa del Consejo de la Unión Europea, ha aprobado, para su país, y con carácter normativo, la “*Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital*” (Ley número 27/2021, de 17 de mayo).

## 2. El contenido laboral de la Carta de Derechos Digitales. ¿Novedades para el derecho del trabajo del siglo XXI?

El apartado XIX sobre ‘Derechos digitales en el ámbito laboral’, in-

<sup>2</sup> G, MORATINOS, “Análisis de la propuesta de reglamento sobre los principios éticos para el desarrollo, el despliegue y el uso de la Inteligencia Artificial, la robótica y las tecnologías conexas”, *Ius et Scientia*, Volumen 6, 2, 2020.

<sup>3</sup> (2019/2181(INL), en línea.

cluido a su vez dentro del apartado de los ‘Derechos del entorno laboral y empresarial’ integra una serie de derechos con el objetivo de «garantizar la dignidad y los derechos fundamentales de las personas en los entornos digitales, y también en el teletrabajo», y además hace alusión expresa a que estos derechos van dirigidos a las personas trabajadoras en general, tanto en el sector privado, como en el sector público<sup>4</sup>.

El propósito de este análisis que voy a realizar, es dar a conocer cuáles son los derechos incluidos en la Carta en el ámbito de las relaciones laborales. La intención no es analizar cada uno de forma exhaustiva porque se excede del contenido. Pero la intención -espero que así sea- es dar a conocer cuáles son estos derechos y sobre todo explicar el porqué de su inclusión en la Carta. Es decir, si ya hay normas que los regulan, y sobre todo la situación real de cada derecho, desde criterios jurisprudenciales, doctrinales, hasta sus carencias en la aplicación práctica. Para ello, me ha parecido oportuno, antes de analizar cada uno de los derechos de forma individual, incluir una tabla que contenga los derechos laborales digitales incluidos en la Carta (primera columna) y dónde están regulados actualmente estos derechos, si es que cuentan ya con una regulación (segunda columna). Se podrá comprobar que muchos derechos laborales incluidos en la Carta ya cuentan con una regulación normativa que se ha ido gestando durante el período 2018-2021. Sin embargo, hay otros derechos que están reconocidos en la Carta -incorporados en su última versión- que no cuentan actualmente con una regulación normativa. Esto es importante tenerlo en cuenta, ya que al ser una Carta que no tiene carácter normativo, los derechos que no estén expresamente incluidos ya en una norma anterior, no son vinculantes. Pero esto no significa que las controversias que surjan en la utilización de cualquier herramienta digital se queden actualmente sin protección jurídica. No podemos olvidar que los derechos digitales están basados en la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito laboral, que es además lo que quiere poner resaltar la Carta. Por tanto, los conflictos que surjan se tendrán que resolver teniendo en cuenta el respeto de tales derechos fundamentales, que están reconocidos en nuestra Constitución Española, así como en normas internacionales que los garantizan de forma específica (desde Convenios de la OIT, Carta Social Europea, Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea o el Reglamento Europeo de Protección de Datos).

<sup>4</sup> Este trabajo se centra sobre todo en el análisis de los derechos digitales de los trabajadores en el sector privado.

A continuación se puede observar la tabla elaborada:

Derechos digitales en el ámbito laboral en la CDD.	Regulación
Derecho a la desconexión digital, descanso y conciliación de la vida familiar y laboral.	Art. 88 de la ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD).
Derecho a la protección de la intimidad personal y familiar, el honor, la propia imagen, la protección de datos y el secreto de las comunicaciones en: -En uso de dispositivos digitales. -En uso de dispositivos de videovigilancia y grabación de sonidos en el lugar de trabajo. -En los sistemas de geolocalización. -En los sistemas biométricos -En el uso de herramientas de monitoreo, analíticas de datos, inteligencia artificial y decisiones automatizadas. Y la evaluación del impacto de los algoritmos.	-Art. 87 LOPDGDD -Art. 89, 22 LOPDGDD, artículos 20.3 y 20 bis ET. -Art. 90, 22, LOPDGDD, 20.3 ET. -Sin regulación -Sin regulación
La promoción del teletrabajo.	Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.
Derecho de información de los trabajadores sobre los cambios tecnológicos y decisiones automatizadas.	Artículos 87, 88, 89 LOPDGG y 64.4. d) ET.
El derecho de los trabajadores a recibir información sobre el uso de los dispositivos digitales.	Artículos 87, 88, 89 LOPDGDD y artículos 14.2 g y 22 RGPD.
Derecho a la formación digital.	Reconocido con carácter general el derecho a la formación en el ámbito laboral (Ley 30/2015, de 9 de septiembre). Hay una hoja de ruta establecida en “España Digital 2025” en la línea con el Plan de Acción de Educación Digital, de la Comisión Europea.
La protección frente al ciberacoso	Protección genérica y Convenio 190 OIT.

Fuente. Elaboración propia

Además de los derechos enumerados en la tabla, hay que mencionar otros derechos que la CDD no los incluye en el apartado de los derechos

en el ámbito laboral, pero sí en otros apartados y que también impactan en el ámbito laboral. Son el derecho a la protección de datos de carácter personal, derecho a la igualdad de mujeres y hombres en entornos digitales, la protección de las personas con discapacidad en el entorno digital, la libertad de expresión y libertad de comunicación, derecho a la educación digital, o los derechos ante la inteligencia artificial.

En definitiva, el elenco de derechos incluidos en la Carta en la tabla anterior muestra, a simple vista, cuál es su contenido laboral y si están ya regulados tales derechos o por el contrario se incluyen por primera vez en este documento. Para el análisis individualizado de cada uno de ellos, se tendrá en cuenta no sólo la normativa específica que ha regulado tales derechos, sino también los criterios jurisprudenciales más recientes que han surgido a raíz de los conflictos entre el control empresarial mediante tecnologías y los derechos fundamentales del trabajador. Hay también otros documentos de interés, que serán analizados, como el Dictamen 2/2017 del Grupo de Trabajo del artículo 29 (actual Comité Europeo de Protección de Datos), o la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa del 1 de abril de 2015 para la protección en el ámbito laboral. La reciente Guía sobre la protección de datos en las relaciones laborales de la Agencia Española de Protección de Datos, (en adelante, Guía 2021 AEPD), a pesar de su carácter no vinculante, constituye un gran referente porque sirve de recopilación de todos los criterios que se adoptaron por el Grupo de Trabajo del artículo 29, y recoge además los criterios jurisprudenciales recientes sobre la interpretación de los derechos digitales. Esta Guía se ha basado también en la experiencia práctica de la AEPD, donde también recopila toda la problemática sobre uso de herramientas digitales que se ha ido consultando a la AEPD, y que ésta se ha pronunciado.

Por otra parte, para el análisis particular de los derechos, se tendrán en cuenta los convenios colectivos. Pero adelanto que el contenido convencional sobre derechos digitales es muy escaso, incluso en muchas ocasiones inexistente.

### 3. *Análisis de los derechos laborales digitales de la Carta*

El contenido del apartado XIX sobre “Derechos en el ámbito laboral” incluye derechos muy diferentes entre sí. Con una finalidad estrictamente pedagógica, he realizado una clasificación de los derechos (aunque no sigo el orden de la Carta). Como ya he anticipado, no se trata de anali-

zar de forma exhaustiva cada uno de los derechos, sino contar con una visión general de su regulación, y sobre todo sobre los criterios de interpretación más recientes para entender la aplicación práctica hoy de tales derechos. Las carencias de su aplicación práctica se verán posteriormente en otro apartado.

### 3.1. *El derecho a la desconexión digital*

La desconexión se puede definir como “el hecho de no realizar actividades o comunicaciones relacionadas con el trabajo por medio de herramientas digitales, directa o indirectamente, fuera del tiempo de trabajo”.<sup>5</sup> En España se regula por primera vez en la LOPDGDD (artículo 88) en términos muy parecidos a como lo había incluido Francia, que fue pionera en la regulación de este derecho que empezó a aplicarse en enero de 2017.<sup>6</sup>

En España se establece como un derecho del trabajador, y no como un deber del empresario, para garantizar el respeto del descanso, los permisos y vacaciones, la intimidad personal y familiar y evitar el riesgo de fatiga informática. El ámbito de este derecho es amplio, pues se incluye al personal directivo y a trabajadores a distancia, entre otros, además de cualquier empresa, sin distinguir su aplicación según el número de trabajadores de la empresa.

Ahora bien, las características específicas de este derecho se dejan a la negociación colectiva, y si no hubiera, a lo que se acuerde entre la empresa y la representación de los trabajadores. Pero se deduce del artículo 88, que en las empresas se tiene que incluir una política interna dirigida a los trabajadores para que conozcan cómo se va a poner en práctica este derecho, y qué acciones de formación va a llevar a cabo la empresa para concienciar a los trabajadores de los riesgos psicosociales de un mal uso de las herramientas informáticas. Esta política interna la realiza la empresa, pero tiene que darle ‘previa audiencia’ a los representantes de los trabajadores. Nos podríamos plantear si la política interna es siempre obligatoria o sólo hay que establecerla cuando la negociación colectiva

<sup>5</sup> Resolución del Parlamento Europeo de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión (2019/2181(INL)).

<sup>6</sup> Para un análisis del derecho a la desconexión en Francia, véase R. TASCÓN LÓPEZ, *El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español)*, *Trabajo y Derecho*, 41, 2018.

regule el derecho a la desconexión. No hay claridad en su redacción, ni normativa sancionadora aplicable en caso de que no se realice esta política interna. Pero ni en la práctica se establecen políticas internas sobre desconexión ni la negociación colectiva lo suele regular. Por tanto, aunque España va a la vanguardia en este derecho, es necesario sobre todo que se ponga en práctica, y además, se establezcan medidas reparadoras en el caso de incumplimiento de este derecho. Se irá avanzando, entre otras cuestiones porque la propuesta de Directiva sobre la desconexión<sup>7</sup>, establece no sólo el derecho a la desconexión, sino la obligación de contar con un adecuado sistema reparador.

### *3.2. La protección de los derechos fundamentales en el uso de herramientas digitales y en su control empresarial*

#### *3.2.1. Dispositivos digitales*

El uso de dispositivos digitales no es una novedad, pero la complejidad de su uso, la frecuencia con la que se utiliza (más aún en tiempos de pandemia) y la diversidad de dispositivos (ordenadores fijos, portátiles, teléfonos móviles, *tablets*, entre otras) hace que sea de actual interés su análisis.

La conflictividad judicial sobre el uso de los dispositivos digitales y su colisión con los derechos fundamentales se puede apreciar desde hace ya muchos años<sup>8</sup>. Su regulación específica viene más tarde, concretamente en el año 2018 con la LOPDDGDD, donde reconoce y regula expresamente «El derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral»(art. 87). Se puede deducir por tanto del artículo 87 que se acepta su uso, en el contexto de la libertad de empresa (artículo 38 CE), y por este motivo se insiste en la necesidad de protección del derecho a la intimidad del trabajador cuando usa tales dispositivos digitales<sup>9</sup>. Hay

<sup>7</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión (2019/2181(INL)).

<sup>8</sup> Aunque la conflictividad se podía apreciar desde una década antes. Para un estudio exhaustivo de las sentencias del Tribunal Supremo y Constitucional en España y también de las Sentencias del TEDH (Caso Barbulesco y Caso Libert), todas ellas anteriores a la LOPDGG, véase F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, *Criterios sobre el uso de dispositivos tecnológicos en el ámbito laboral*, Tirant, 2021,163-193.

<sup>9</sup> Aunque hay que tener en cuenta, que no sólo hay que proteger la intimidad como indica el artículo 87 sino también la protección de datos y el secreto de las comunica-

que hacer también una aclaración que considero muy importante: el artículo 87 sólo hace referencia al uso de los dispositivos digitales puestos a disposición por su empleador. No se trata en ningún momento el uso de los dispositivos que son del trabajador y que éste utiliza para fines profesionales. Sobre este tema, que algo menciona la CDD, me referiré más adelante.

Pues bien, para conocer cómo el empresario puede controlar tales dispositivos de su propiedad, y que pone a disposición del trabajador, además de la regulación del artículo 87 LOPDDGDD, hay que mencionar la conocida STEDH Barbulescu II de 5 de septiembre de 2017.<sup>10</sup> No mencionaré ahora la Guía 2021 AEPD porque no señala nada de forma específica sobre el uso de dispositivos digitales. Veamos, en qué circunstancias se puede realizar tal control:

1. El empleador puede acceder al contenido de los dispositivos digitales con dos fines: para controlar el cumplimiento de las obligaciones del trabajador y también para garantizar la integridad de los dispositivos.

2. La ley obliga a la empresa a establecer «criterios de utilización de los dispositivos digitales» y en su elaboración «deberán participar los representantes de los trabajadores». Pero la LOPDDGDD no señala expresamente en qué formato se podría realizar. ¿Se tiene que hacer en un convenio colectivo, en una guía o protocolo sobre el uso de dispositivos digitales? ¿Bastaría con incluirlo en una cláusula del contrato o en el documento informativo sobre el tratamiento de datos? La Sentencia Barbulescu señala que tal advertencia de control se tiene que hacer clara y previa al control, no posterior. Por lo que entendemos que tiene que ser escrita y se podrían admitir cualquier medio de los ya indicados.

3. La política de uso tiene que estar bien delimitada. Teniendo en cuenta la sentencia Barbulescu, lo más clarificador sería establecer qué tipo de uso podría hacer el trabajador, según estas opciones<sup>11</sup>:

ciones. De hecho, se tenía que haber hecho referencia en la LOPDDGDD a los demás derechos fundamentales del artículo 18 CE. Véase F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, *Criterios sobre el uso de dispositivos tecnológicos en el ámbito laboral*, Tirant, 2021, 196.

<sup>10</sup> Son numerosas las sentencias en España sobre esta materia, sobre todo relativas al control del correo electrónico y de la navegación por Internet, anteriores a la Sentencia TEDH Barbulescu. También ya hay sentencias posteriores a ésta que ya aplican su doctrina, como es la STS (Sala 4ª) 129/2018, de 8 de febrero. Para un completo y clarificador análisis jurisprudencial véase A. DESDENTADO BONETE, E. DESDENTADO AROCA, *La segunda sentencia del TEDH en el caso Barbulescu y sus consecuencias sobre el control del uso laboral del ordenador*, *Revista de Información Laboral*, 1, 2018.

<sup>11</sup> J.L. GOÑI SEIN, *Uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral*, en VV.AA.

- a) Sólo uso profesional.
- b) Uso profesional, pero también personal, aunque este último con restricciones.
- c) Uso profesional y personal, indistinto.

Pero no sólo bastaría con determinar el uso que se le puede dar al dispositivo digital, sino que se tendría que establecer la advertencia de control clara y previa al mismo, la extensión, es decir, hasta donde se va a llegar en el control, la finalidad (es decir, si se va a utilizar para fines disciplinarios y el régimen sancionador, o si se va a hacer un control oculto “ad hoc” cuando existan sospechas de haber cometido una infracción grave, y los motivos que justifiquen el control, todo ello teniendo en cuenta que tiene que ser lo menos invasivo para el trabajador respetando el derecho a la intimidad, la protección de datos y el secreto de las comunicaciones.

Por último, es necesario detenerse, por su trascendencia en la práctica, en la protección de los derechos fundamentales ante el uso de dispositivos propios del trabajador para fines profesionales, conocida como BYOD (*Bring your own Device*) o «trae tu propio dispositivo». La LOPDGG no indica nada al respecto, pues expresamente se refiere a los dispositivos de la empresa puestos a disposición del trabajador. Sin embargo, la CDD en su última versión, ha incluido algo. Concretamente señala que las personas trabajadoras tienen derecho a «recibir de la entidad empleadora los medios tecnológicos para poder desarrollar su actividad sin que las personas trabajadoras deban aportar los medios de su propiedad a disposición de aquella con fines profesionales...». A mí me sorprende que de forma drástica se prohíba que los trabajadores aporten los medios de su propiedad, y ello porque es una práctica muy habitual, y su prohibición no evitaría su uso. Y, además, si tenemos en cuenta la normativa sobre el trabajo a distancia, no se prohíbe el uso propio de dispositivos del trabajador, sino que regula el derecho al abono y compensación de gastos por su uso. Por estos motivos, sería oportuno regular y repensar esta materia<sup>12</sup>, para que fuera obligatorio en las empresas establecer una política interna sobre el uso de dispositivos personales, no para prohibirlos, sino

(Baz Rodríguez, J. Director), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España. Vigilancia tecnificada, Teletrabajo, inteligencia artificial, Big Data*, Wolters Kluwer, 2021, 60.

<sup>12</sup> En este sentido, véase C. ALVAREZ RIGAUDIAS, “El poder del usuario digital”, en VV.AA. (A. RALLO LOMARTE; R. GARCÍA MAHAMUT): *Hacia un nuevo derecho europeo de protección de datos*, Valencia, 2015.

para establecer límites, muy positivo tanto para la empresa por cuestiones de privacidad y ciberseguridad, como para la protección de los derechos fundamentales del trabajador, y además evitar que éste asuma costes que tendrían que repercutir en la empresa. Se trataría, en definitiva, de regular y conocer los pros y contras del uso de dispositivos personales de los trabajadores para uso profesional. Lo que sí está claro, que el control de estos dispositivos por parte de la empresa sería prácticamente inexistente.

### 3.2.2. Videovigilancia y grabación de sonidos

La videovigilancia se define en la Real Academia Española (RAE) como la «vigilancia por medio de un sistema de cámaras, fijas o móviles». El Estatuto de los Trabajadores, desde su versión del año 1980, permite al empresario adoptar medidas para la vigilancia y control de los deberes y obligaciones laborales del trabajador. Posteriormente, es la LOPDGDD la que incluye el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia, incluyendo también la grabación de sonidos en el lugar de trabajo (artículo 89), y se incluye asimismo en el nuevo artículo 20 *bis* ET. La CDD recoge también este derecho. Es probablemente la tecnología que más pronunciamientos judiciales cuenta. Además, ha sido analizada de forma exhaustiva por la doctrina,<sup>13</sup> que ha puesto de manifiesto las incoherencias en sus decisiones judiciales y el difícil equilibrio entre el respeto a los derechos fundamentales como la intimidad, la protección de datos o el derecho a la propia imagen, y el poder de control del empresario.

Aunque el artículo 89 LOPDGDD hace alusión al derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos, hace un tratamiento separado de los mismos. Tanto la videovigilancia como la grabación de sonidos están permitidos para preservar la seguridad de las personas, bienes e instalaciones (siempre respetando el principio de proporcionalidad e intervención mínima) tal y como establece el artículo 22 LOPD, y señala que en ningún caso se podrán instalar sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia «en lugares

<sup>13</sup> J.L. GOÑI SEIN, *Vigilancia empresarial y protección de datos: doctrina jurisprudencial*, en *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, 143, 2019. F. NAVARRO NIETO, *Videovigilancia y grabación del sonido*, en *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 50, 2019, 71-89; J. M. GONZÁLEZ DEL RÍO, *El derecho a la intimidad del trabajador en el nuevo contexto laboral*, Tirant lo Blanch, 2021.

destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores... tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos». Pero la LOPDGDD es más permisiva con la videovigilancia al consentir también su uso para “el ejercicio de las funciones de control” de los trabajadores, aunque con límites.

A continuación, indico tres supuestos en los que se podría utilizar la cámara de videovigilancia como un medio de control, y en qué caso no se podría utilizar. Para ello se tiene en cuenta no sólo el artículo 89 LOPDGG, sino la Guía 2021 AEPD, y la reciente y conocida Sentencia del TEDH (Gran Sala) Asunto López Ribalda II, de 17 de octubre de 2019<sup>14</sup>, posterior en el tiempo al artículo 89 LOPDGDD.

1. La empresa puede instalar las cámaras, además de para fines de seguridad, para controlar al trabajador. El artículo 89 LOPDD determina que los empleadores tendrán que informar sobre esta medida «con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores... y en su caso a sus representantes». Además, se puede entender que el control de los trabajadores tiene que causar el menor impacto en la privacidad y que el número de cámaras «se limite a las necesarias para cumplir la función de vigilancia», así como la supresión de datos (Guía 2021 AEPD)<sup>15</sup>. Ahora bien, además de los requisitos de información previa al trabajador y en su caso a representantes, se puede entender que no se puede instalar para todo tipo de trabajadores, ni para hacer un control constante e indiscriminado<sup>16</sup>.

2. Si la cámara está instalada con fines de seguridad, pero capta por casualidad «la comisión de un flagrante de un acto ilícito» por los trabajadores, se entiende que esta prueba será válida para poder sancionar el trabajador, y en este caso basta con haber informado según lo establecido en el artículo 22.4 LOPDGDD, que en definitiva viene a decir que bastaría con haber colocado un dispositivo informativo que indique la existencia de la cámara y de su tratamiento de datos.

3. Ahora bien, si los trabajadores han sido informados sobre la exis-

<sup>14</sup> Para un análisis de esta sentencia, y para un completo análisis del concepto de vida privada del trabajador, puede analizarse en M<sup>a</sup>. E. CASAS BAAMONDE, *Informar antes de vigilar. ¿Tiene el Estado la obligación positiva de garantizar un mínimo de vida privada a los trabajadores en la empresa digital? La necesaria intervención del legislador laboral, Derecho de las Relaciones Laborales*, 2, 2018, 103-121.

<sup>15</sup> Es excesivo, instalar en una empresa de transporte en todos sus vehículos con una cámara de video dentro de la cabina que graba el sonido y video, pues el control continuo no es proporcional (Guía 2021 AEPD basada en el Dictamen 2/2017 del GT 29).

<sup>16</sup> J. LAHERA FORTEZA, *Seguridad jurídica en la videovigilancia laboral, cincodias. elpais.com*.

tencia de cámaras de videovigilancia, se acepta el control oculto por cámaras si previamente hay una sospecha puntual sobre el incumplimiento grave y culpable del trabajador, por ejemplo, ante la sustracción de productos de alto valor económico. En este caso, según lo establecido en la STEDH (Gran Sala) López Ribalda II, esta prueba sería válida para imponer una sanción al trabajador. El control oculto, con matizaciones, está permitido actualmente teniendo en cuenta la doctrina del TEDH.<sup>17</sup> Ahora bien, según lo establecido en la Guía 2021 AEPD, “la empresa puede ser considerada responsable en el ámbito de la protección de datos, por infracción de la obligación de informar, debiendo hacer frente a las responsabilidades civiles y administrativas que se pueden derivar de este incumplimiento” (Guía 2021 AEPD).

4. Pero en ningún caso la empresa podría captar las imágenes para conocer el estado de ánimo del trabajador utilizando las nuevas tecnologías con IA. Serían actuaciones desproporcionadas, y según lo establecido en la Guía 2021 AEPD, «la videovigilancia no puede utilizarse en combinación con otras tecnologías, como e el caso del reconocimiento facial».

### 3.2.3. Geolocalización

El término geolocalización no aparece recogido aún en la RAE, pero se podría definir como la “situación que ocupa un objeto en el espacio y que se mide en coordenadas de latitud (x), longitud (y) y altura (z)”.<sup>18</sup> Es una nueva forma de vigilancia que hoy en día, adquiere una gran importancia en el ámbito laboral sobre todo en sectores donde la movilidad del trabajador es constante, como es el caso de los repartidores, comerciales o transportistas.

La Carta de los Derechos Digitales incluye entre sus derechos en el ámbito laboral «el derecho a la protección de la intimidad en los procesos de geolocalización». Pero se recoge por primera vez en el año 2018, en el artículo 90 LOPDGDD, que a su vez se incluye en el Estatuto de los Trabajadores (artículo 20 bis), pues a diferencia de la videovigilancia, el Estatuto de los Trabajadores no hacía referencia a la geolocalización antes de la LOP-

<sup>17</sup> En este mismo sentido, J. CRUZ VILLALÓN, *Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos*, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 150, (2019), 13-44, y concretamente pág. 32.

<sup>18</sup> G. BELTRÁN LÓPEZ, *La geolocalización social*, *Polígonos, Revista de geografía*, núm. 27, (2015), 104.

DGDD. Para hacer un análisis de la geolocalización, parto de este precepto, así como de la reciente Guía de la Protección de datos en las relaciones laborales -Guía 2021 AEPD- y de la reciente doctrina judicial en España.

1. La geolocalización está permitida para controlar a los trabajadores, pero con restricciones. La empresa tiene que analizar muy bien si para sus fines hay otros medios menos invasivos, que puedan obtener el mismo resultado. Por tanto no se podría instalar la geolocalización para controlar a los trabajadores si «su tipo de prestación no lo hace necesario» (Guía 2021 AEPD). Además del control de los trabajadores, también se puede utilizar para el registro horario, aunque no significa que se controle en cada momento, sino solo en el momento de comienzo y final de la actividad (Guía 2021 AEPD).

2. No se puede instalar la geolocalización para controlar a los trabajadores si «su tipo de prestación no lo hace necesario» (Guía 2021 AEPD). Pero no contamos con un elenco que determine en qué tipo de trabajos es posible. De la práctica judicial, y también de la guía de la AEPD 2021, se puede deducir que se está utilizando en empresas de los sectores donde se utiliza el vehículo como instrumento de trabajo (transporte de mercancías y personas, y sobre todo comerciales), y también en los repartidores, con el pretexto de que instalando geolocalización en el móvil del repartidor, el cliente puede localizar su pedido en cualquier momento.

3. Las tecnologías más utilizadas para la geolocalización son los vehículos y los teléfonos móviles. Pero el artículo 90 LOPDGDD no limita ni establece qué instrumentos de geolocalización se pueden utilizar. De hecho, también hay casos de utilización de pulseras, relojes y collares inteligentes, o en prendas de vestir, conocidos como *Wearable Device*.

Incluso se utiliza la tecnología RFID (*Radio Frequency Identification* o identificación por radio frecuencia), similar a un código de barras. Aunque se utilizan sobre todo para etiquetar objetos para tenerlos localizados en la cadena de suministro y de inventarios, también se puede usar para la identificación de personas y control de acceso<sup>19</sup>.

Pues bien, todos estos dispositivos se podrían admitir si no se prohíben expresamente (ni encontramos doctrina judicial sobre este tema ni tampoco la Guía se pronuncia). Ahora bien, el juicio de proporcionalidad, y estudiar si hay medios menos invasivos para el control de los trabajadores, sería totalmente necesario<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Datos obtenidos de la Guía de INTECO/AEPD sobre ‘sobre seguridad y privacidad de la tecnología RFID’, 2010.

<sup>20</sup> La AEPD, junto con el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (IN-

4. Teniendo que la empresa tiene que justificar muy bien su instalación, se tiene que informar a las personas geolocalizadas<sup>21</sup>, pero no se exige que den su consentimiento, y en su caso a los representantes de los trabajadores<sup>22</sup> «de forma expresa, clara e inequívoca acerca de la existencia y características de estos dispositivos», así como las personas trabajadoras «también deberán ser informadas acerca del posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión» (Guía 2021 AEPD y art. 90 LOPDGDD).

Después de estas premisas generales, me voy a detener en los dos sectores en los que actualmente se usa más la geolocalización: en los vehículos de empresa que utilizan sobre todo comerciales, o transportistas, y también en los teléfonos móviles de los repartidores.

- En cuanto a la geolocalización en vehículos de empresa, si para el responsable del tratamiento es nueva o desconocida esta tecnología, tiene que, antes de implementarla, hacer una “evaluación de impacto”, si «resulta necesaria en circunstancias específicas y si cumple los “principios de proporcionalidad y subsidiariedad» (Guía 2021 AEPD) y determinar el fin específico para la que va a utilizarla, porque implantarla no significa que pueda utilizarla para todo. Se podría usar la geolocalización cuando sea para controlar «el transporte de personas o bienes o de la mejora de la distribución de los recursos para servicios en puntos remotos, o cuando se trate de lograr un objetivo de seguridad en relación con el propio empleado o con los bienes o vehículos a su cargo». No se podrá utilizar “cuando los empleados puedan organizar libremente sus planes de viaje o cuando se lleve a cabo con el único fin de controlar el trabajo de un empleado (Guía 2021 AEPD, basado en Dictamen 5/2005 GT 29) ni para «enviar alertas relacionadas con la velocidad del vehículo» (Guía 2021 AEPD, basado en el Dictamen 13/2011 GT 29). Tampoco se puede utilizar para hacer una observación continua de las personas trabajadoras.

TECO) se pronunció en una ‘Guía sobre seguridad y privacidad de la tecnología RFID’.

<sup>21</sup> Se pueden declarar nulos tales dispositivos si no se ha informado al trabajador. Véase STSJ de Andalucía 3307/2017, de 19 de julio (AS 2017/1847) o STSJ de Castilla La Mancha 715/2014, (AS 2014/1619), citadas en S. GONZÁLEZ ORTEGA, *La facultad de control a distancia del trabajador: geolocalizadores y tacógrafos*, *Temas Laborales*, núm. 150 (2019).

<sup>22</sup> Se informa a los representantes unitarios y si el trabajador/a es delegado sindical, también hay que informar al sindicato. Véase STS núm. 763/2019, de 12 de julio, comentada por M. ARETA MARTÍNEZ, *Geolocalización de trabajadores asalariados y tutela de sus derechos fundamentales: un análisis desde el derecho comparado español y francés*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1 (2020).

Hay otra cuestión importante: si la empresa no ha permitido utilizar el vehículo para uso privado, informando previamente al trabajador, y se utiliza como medio de prueba para sancionar al trabajador, se entiende que no se vulnera el derecho a la intimidad del trabajador<sup>23</sup>. Y si la empresa ha permitido el vehículo para uso privado, la persona trabajadora «debe tener la posibilidad de desactivar temporalmente el seguimiento de la localización cuando lo justifique en circunstancias especiales, como la visita a un médico. De esta manera, la persona trabajadora puede proteger por iniciativa propia determinados datos de la localización como privados (Guía 2021 AEPD).

Si la empresa pretende prevenir robos del vehículo fuera de las horas de trabajo «el medio de control ha de ser proporcional (por ejemplo, el empleador sólo podría activar la «visibilidad de la localización accediendo a los datos ya almacenados por el sistema cuando el vehículo salga de una región predefinida y no en todo momento» (Guía 2021 AEPD). Otra cuestión a la que hace referencia la Guía 2021 AEPD es la licitud en el ámbito laboral como mecanismo de control de la llamada caja negra en los coches, o registradores de datos de incidencias donde quedan registrados todos los datos del recorrido del coche. Ya se están utilizando en muchos vehículos, y serán obligatorias en 2022<sup>24</sup> en los vehículos nuevos. Aunque es muy útil para conocer las responsabilidades de los implicados en un accidente de tráfico, puede ser invasivo para el control de los trabajadores.

-En cuanto a la geolocalización en teléfonos móviles de repartidores, es lícita esta tecnología para este uso amparándose en la libertad de empresa, tanto para el seguimiento del pedido que el repartidor tiene que entregar al cliente, como para conocer el modo de realizar sus funciones. El teléfono móvil donde se instala la aplicación para geolocalizar tiene que ser propiedad de la empresa, no del trabajador<sup>25</sup> (esto también se podría aplicar a los vehículos, que tienen que ser de la empresa). Si el teléfono móvil es de la empresa, aún así, se tiene que limitar «al tiempo y lugar de trabajo» para no controlar y seguir la vida del trabajador fuera de la jornada laboral.

<sup>23</sup> STSJ Valencia num.1165/2017, de 2 de mayo. Y más reciente, STS 766/2020, de 15 de septiembre en la que se considera el despido procedente de una supervisora ante el uso de coche de empresa en un período que estaba de baja. Había conocimiento previo y no se aprecia invasión de la esfera privada del trabajador.

<sup>24</sup> Reglamento UE 2018/1832 de la Comisión, de 5 de noviembre de 2018.

<sup>25</sup> STS 163/2021, RJ 2021/672. Para un comentario de la misma, conocido como el caso “Telepizza” véase P. RIVAS VALLEJO, *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*, número 3 (2021), en línea.

### 3.2.4. Datos biométricos

Se pueden definir los datos biométricos como los «datos personales obtenidos a partir de un tratamiento específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la» (artículo 4.14 RGPD). En el texto definitivo de la CDD se ha incluido el derecho de las personas trabajadoras a la protección de los derechos fundamentales en la utilización de los datos biométricos. Aunque la CDD no es un texto normativo, es importante este reconocimiento pues es la primera vez que se incluye en España esta referencia, pues la LOPDGDD no lo incluyó entre los derechos digitales.

Por tanto, para su análisis y conocer cuáles son los criterios jurídicos para determinar cómo se pueden utilizar los datos biométricos, se tendrán en cuenta el Reglamento europeo de protección de datos (RGPD) y la actual guía 2021 AEPD, además de otros informes del Grupo de Trabajo del artículo 29 (GT-29)<sup>26</sup>.

El contenido en la negociación colectiva sobre el uso de los datos biométricos es bastante escaso, aunque hay algunas resoluciones judiciales referentes a casos concretos sobre la huella dactilar o la geometría de la mano a la que me referiré a continuación. Pero antes de ello, haré una alusión con carácter general a los distintos tipos de datos biométricos existentes, y su uso polivalente de estos datos en el entorno laboral.

Tal y como señala la definición del RGPD, se puede hacer una clasificación de datos biométricos, entre aquellos que se refieren a características físicas y fisiológicas de la persona, conocida como biometría estática (huella dactilar, geometría de la mano, reconocimiento facial, retina, iris, entre otros), y los datos que se refieren a la conducta, al comportamiento humano, conocida como biometría dinámica (escritura, la utilización del teclado, la forma de conducir, el ritmo respiratorio, la forma de andar o moverse, entre otros)<sup>27</sup>. Sus usos son muy diversos tanto fuera como dentro del ámbito laboral. En este último se utilizan algunos datos para diferentes usos: para el control de la jornada (por ejemplo, mediante la huella dactilar), control de la salud (cámaras termográficas para controlar

<sup>26</sup> Para un análisis más detallado sobre los diferentes informes tanto del GT-29 como de otros a nivel autonómico, véase M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Las facultades de control de datos biométricos del trabajador*, *Temas Laborales*, núm. 150 (2019); J.R. MERCADER UGUINA, “Datos biométricos en los centros de trabajo”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 11, número extra, 2020.

<sup>27</sup> J.C. ALEGRETTI, *Aplicación actual de los sistemas biométricos*, *Revista Skopein*, 5, 2014, 7-8, en línea.

la temperatura), o por cuestiones de seguridad controlando el acceso a zonas restringidas (se puede utilizar reconocimiento facial, huella dactilar, geometría de la mano...). Y esos datos se localizan en diferentes dispositivos como teléfonos móviles, ordenadores, tecnología *wearable*, cámaras, etc.

Como no hay una normativa que regule el uso de los datos biométricos, si una empresa quiere hacer uso de los mismos, tendría que tener en cuenta, antes de su utilización/instalación, algunas cuestiones relativas a la protección de datos (ya que su mal uso podría acarrear sanciones económicas importantes), pero también analizarlo desde la idoneidad de estos datos en el respeto a la intimidad o a la integridad física, pues al restringir derechos fundamentales, tal medida tendría que tener en cuenta el juicio de proporcionalidad. Por tanto, desde una perspectiva de la protección de datos, hay que tener en cuenta lo siguiente:

1. En primer lugar, que el posible uso de los datos biométricos esté autorizado en una norma legal o convencional. En este sentido, el artículo 20.3 ET, posibilita que el empresario adopte «medidas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones y deberes laborales».

2. En segundo lugar, el uso de un dato biométrico tendría que pasar el «test de legitimidad», es decir se tiene que indicar para qué va a servir y no solo analizarlo en cuestiones de rentabilidad; si la pérdida de intimidad es proporcional a los beneficios esperados, y analizar si hay otros medios menos invasivos para la finalidad que se quiere perseguir. Además, una vez pasado el test de legitimidad, y según lo indicado en el artículo 35 RGPD, si el tratamiento «entraña un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento realizará, antes del tratamiento, una evaluación del impacto de las operaciones de tratamiento en la protección de datos personales». Además, la información a las personas trabajadoras y a sus representantes es necesaria.

3. Si se aplican medidas de control biométrico, lo más deseable es que el propio dato biométrico permaneciese en poder del trabajador y no fuera incorporado al sistema<sup>28</sup>.

Del análisis práctico, se comprueba que la huella dactilar es un dato bastante utilizado sobre todo para el registro de la jornada<sup>29</sup>, reconocido

<sup>28</sup> Para un análisis detallado sobre este tema, véase M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Las facultades de control de datos biométricos del trabajador*, cit.

<sup>29</sup> D. GRACIA GARCÍA, *El impacto de la privacidad en los sistemas biométricos de*

incluso por la propia Inspección de Trabajo<sup>30</sup>. Más dudas presenta el uso del reconocimiento facial. Aunque no hay pronunciamientos jurisprudenciales aún, se podría deducir que estaría permitido con carácter general por el artículo 20 ET, pero al ser un dato aún más sensible que otros datos biométricos, se podría utilizar con mucha cautela, teniéndose en cuenta muy especialmente los principios de minimización y licitud del tratamiento. Así lo han indicado la AEPD y también la autoridad francesa de protección de datos (CNLI).<sup>31</sup> También de noticias periodísticas podemos ver el abandono de algunas empresas de la elaboración de técnicas de reconocimiento facial<sup>32</sup> o sanciones ante un mal uso de esta técnica en las empresas<sup>33</sup>.

### 3.2.5. Herramientas de monitoreo, analítica de datos, Inteligencia Artificial y decisiones automatizadas y la evaluación del impacto de los algoritmos

La CDD, en su versión definitiva, ha incluido la protección de los derechos fundamentales ante nuevas herramientas digitales, como las herramientas de monitoreo, analítica y procesos de toma de decisiones automatizadas, inteligencia artificial, que ya se van utilizando cada vez más, sobre todo en grandes empresas, y que empieza a tener interés en la doctrina laboralista<sup>34</sup>, en los debates y documentos en la Unión Europea,

*control de acceso y horario laboral tras el Dictamen 63/2018 de la Autoridad catalana de protección de datos, La Ley 7942, 2019.*

<sup>30</sup> 'Criterio 101/2019 sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de registro de jornada', pág. 14, en línea.

<sup>31</sup> B. MUÑOZ RUIZ, *El uso de la tecnología de reconocimiento facial de los empleados en la empresa: una medida de control excepcional*, disponible en *Foro de Labos*, en línea.

<sup>32</sup> Disponible en *elpais.com*.

<sup>33</sup> Disponible en *www.eldiario.es*.

<sup>34</sup> Véase la obra referente en materia del impacto de la IA en el Derecho del Trabajo: P. RIVAS VALLEJO, *La aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, Aranzadi, 2021. Véase también J.L. GOÑI SEIN, *Innovaciones tecnológicas, inteligencia artificial y derechos humanos en el trabajo*, *Documentación Laboral*, número 117, (2019); H. ÁLVAREZ CUESTA, *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo. Desafíos y propuestas*, Aranzadi, 2020; A.J. VALVERDE ASENCIO, *Implantación de los sistemas de Inteligencia Artificial y Trabajo*, Bomarzo, 2020. Hay que destacar también los exhaustivos comentarios realizados por E. ROJO TORRECILLA, en su blog (El Blog de Eduardo Rojo). Destacamos, por su contenido y carácter reciente, las entradas del 28 de agosto tituladas Tecnología y relaciones laborales. A vueltas con el impacto de la Inteligencia Artificial, algoritmos, robótica y tecnologías conexas en el mundo del trabajo (I y II),

menos (pero llegará) en la negociación colectiva<sup>35</sup> y nada de momento en el ámbito judicial.

Son numerosas referencias existentes en la CDD sobre el uso de estas herramientas, lo que quiere poner de manifiesto la necesidad de la protección de los derechos fundamentales ante las decisiones automatizadas que lleve a cabo la empresa, no sólo durante el contrato de trabajo o en la extinción, sino también en la fase de selección de personal. Además, se quiere enfatizar en la necesidad de informar a los representantes de los trabajadores, como ocurre en el resto de herramientas digitales, así como la evaluación de su impacto.

Se necesita aún una mayor concreción para poder establecer actuaciones concretas en las empresas para garantizar un buen uso de esta tecnología respetando los derechos fundamentales. De momento, y al margen de lo que ya se haya avanzado en la CDD al incluir expresamente estas herramientas, ya sí hay una obligación de informar a los representantes de los trabajadores sobre «los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles», tal y como señala la nueva letra d) del artículo 64.4 introducido por la conocida ‘Ley Rider’ (Real Decreto-ley 9/2021).

Es necesario regular esta materia, de momento en la negociación colectiva. La Unión Europea regulará la Inteligencia Artificial en el ámbito laboral, como muestra ya la reciente propuesta de Reglamento sobre IA<sup>36</sup>.

### 3.3. *La promoción del teletrabajo*

El teletrabajo se puede definir como una forma de organización del trabajo cuando ésta se realiza en el domicilio de la persona trabajadora

disponible en el Blog de Eduardo Rojo, entradas del 28 de agosto de 2021. También son de indudable interés numerosas entradas del blog del Foro de Labos, también en línea.

<sup>35</sup> La negociación colectiva en esta materia es prácticamente inexistente. Es de destacar el III Convenio Colectivo de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias (BOE número 143, de 15 de junio de 2019), y sobre todo, por su contenido y por su carácter más reciente, el Convenio Colectivo del sector de la banca (BOE número 76, de 30 de marzo de 2021).

<sup>36</sup> Es de destacar también la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de febrero sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica, en línea, donde se muestra como prioridad que haya transparencia y una explicación de los algoritmos. Además, en la propuesta de Reglamento sobre IA que la Comisión Europea presentó el 21 de abril de 2021 se considera sistema de IA de alto riesgo los que afectan a la relación laboral.

o en el lugar elegido por ésta, durante toda la jornada o parte de ella con carácter regular, y que se lleva a cabo mediante «el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación»<sup>37</sup>.

Aunque en España el teletrabajo antes de la pandemia ha tenido poca implantación, algunos convenios colectivos sí hacían referencia a esta modalidad de trabajo, en la línea con lo establecido en el Acuerdo Marco Europeo sobre el teletrabajo de 2002 firmado por representantes de trabajadores y empresarios a nivel europeo. Además, ya había un reconocimiento legal en el Estatuto de los Trabajadores. Concretamente, en la reforma del año 2012<sup>38</sup>, se sustituyó el artículo 13 ET que regulaba el «contrato de trabajo a domicilio» por el «trabajo a distancia», y posteriormente en 2019<sup>39</sup>, también se realiza una modificación del artículo 34.8 ET para posibilitar a los trabajadores solicitar el trabajo a distancia para hacer posible la conciliación de la vida familiar y laboral.

El ‘boom’ del teletrabajo llega a nuestro país -y a nivel mundial- en el momento en que se produce un confinamiento en marzo de 2020 por la COVID-19 y prácticamente en todas ellas se tuvo que improvisar cómo teletrabajar. Concretamente en España, tres días después de que se decretara el estado de alarma, se publica con carácter de urgencia una batería de medidas para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, y entre ellas estaba la medida para priorizar el trabajo a distancia<sup>40</sup>, con el fin mantener la actividad laboral y al mismo tiempo contener el virus. A partir de este momento, nace el llamado ‘teletrabajo COVID’.

Esta situación de emergencia sanitaria aceleró la necesidad de crear una norma para regular aspectos del teletrabajo ya para el futuro, previniendo que el teletrabajo, después de la pandemia se convertirá en una forma de trabajar que convivirá -y en algunos sectores primará- con el trabajo presencial. Se reguló como una modalidad de trabajo a distancia en el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, para aplicar al sector privado, empresas y fundaciones de carácter públi-

<sup>37</sup> Artículo 2.b) Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.

<sup>38</sup> Artículo 6 del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y posteriormente en la Ley 3/2012, de 6 de julio, del mismo nombre.

<sup>39</sup> Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la educación.

<sup>40</sup> Artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

co<sup>41</sup> y actualmente este Real Decreto-ley se ha derogado al publicarse el texto definitivo del trabajo a distancia por la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia. El Decreto-Ley citado no ha llegado a aplicarse porque de la Disposición final décima del RD 8/2020, donde se regulaba el teletrabajo COVID19, se deduce que después de varias ampliaciones de su vigencia, esta modalidad de trabajo excepcional se aplicará hasta el 9 de agosto de 2021. La ahora vigente ley de trabajo a distancia, señala en la disposición transitoria tercera que el trabajo a distancia implantado excepcionalmente como medida de contención sanitaria derivada de la COVID-19, se mantendrá hasta que haya medidas de contención sanitaria. Esto significa que la nueva ley está pensada para un trabajo pospandemia. Habrá que analizar esta norma más adelante, y veamos sus aciertos, pero también limitaciones<sup>42</sup>.

La Carta de Derechos Digitales, en su versión definitiva incluye expresamente el teletrabajo como medio donde también se garantizarán los derechos fundamentales de los trabajadores. Además, la CCDD señala que se promoverán las condiciones de acceso al trabajo a distancia en el marco de la Ley 10/2021, de 9 de julio.

### 3.4. *El derecho de información de los representantes de los trabajadores*

La Carta de Derechos Digitales, dedica algunos apartados dentro del título sobre los Derechos en el ámbito laboral, a la información de los representantes de los trabajadores:

-En primer lugar, la CDD señala que la representación legal de las personas trabajadoras será informada del uso de los dispositivos digitales, y esta información alcanzará los «parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que

<sup>41</sup> El teletrabajo para las Administraciones Públicas se regula en el Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos ...

<sup>42</sup> Se puede consultar VV.AA. (M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, A. TODOLÍ SIGNES): *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Aranzadi, 2021; W. SANGUINETI RAYMOND, *La noción jurídica de teletrabajo y el teletrabajo realmente existente*, en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 72, 2020. Para un análisis jurídico que compara el teletrabajo en el sector privado y en las Administraciones Públicas, véase C. GALA DURÁN, *La reciente regulación del teletrabajo en el sector privado: ¿un modelo a seguir?*, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 4, número extra, 2021, 40-53.

afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles». (apartado 2 b)

-En segundo lugar, la CDD, señala que en los procesos de transformación digital “representación legal de las personas trabajadoras tiene derecho a ser informada con la debida antelación sobre los cambios tecnológicos que vayan a producirse” (apartado 4 b)

Se puede deducir la importancia que se le ha querido conceder a la información a las personas trabajadoras a través de sus representantes, de los cambios tecnológicos y de las decisiones automatizadas tomadas en la empresa. Pero este derecho no es nuevo, ya antes de que se produjera la explosión de la transformación digital en las empresas, se incluyeron en el artículo 64 del Estatuto de los trabajadores<sup>43</sup> derechos de información que pueden aplicarse en el momento actual. Se reconoce el derecho al comité de empresa de ser informado y consultado por el empresario sobre «aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores» (64.1 ET), y también «a ser informado y consultado sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo» (64.5 ET). Esto significa que se podría incluir en estos preceptos el derecho de información y consulta de los representantes de los trabajadores ante los cambios producidos por la transformación digital de las empresas. Pero, se ha querido dar un paso más, e incluir en este importante artículo 64 ET, con efectos del 12 de agosto de 2021<sup>44</sup>, un derecho de información concreta sobre la utilización de algoritmos e inteligencia artificial. Señala que el comité de empresa, con la periodicidad que proceda en cada caso, tendrá derecho a «ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles» (64.4. d ET)<sup>45</sup>. Habrá que esperar un tiempo para conocer cuál es la realidad

<sup>43</sup> Para un análisis completo, véase J.L. MONEREO PÉREZ, *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas, Madrid, 1992.

<sup>44</sup> Regulado en el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores.

<sup>45</sup> No hay que olvidar que, aunque este precepto no señale el derecho de información al trabajador de forma individual de la existencia de decisiones automatizadas, sí está recogido en el RGPD (artículo 14.2. g), y artículo 22, Reglamento comunitario directamente aplicable al ordenamiento español.

práctica de este precepto en un momento donde las empresas (sobre todo las grandes empresas) cada vez más están utilizando la IA en su gestión.

En cuanto a los derechos de información a los representantes de los trabajadores sobre el uso de las herramientas digitales de gestión empresarial también están reguladas en la LOPDGDD. Si recordamos al analizar estos derechos, la ley recogía un derecho de participación de los representantes de los trabajadores en la elaboración de los criterios de uso de los dispositivos digitales, la previa audiencia en la elaboración de la política interna de la empresa que regule el derecho a la desconexión (art. 88), y la información sobre la videovigilancia, grabación de sonidos y sistemas de geolocalización (artículos 87, 88 y 89 LOPDGDD).

Pero la CDD no sólo hace referencia al derecho de información de los representantes de los trabajadores, sino también al derecho de las personas trabajadoras “a ser informados sobre la política de uso de tales dispositivos digitales, incluidos los criterios para una eventual utilización para fines privados”. Esta referencia en la CDD no es nueva, va en la línea con lo establecido en la LOPDGDD, donde se establece como obligatoria la información al trabajador del uso de los dispositivos digitales, de la videovigilancia y grabación de sonidos y de los sistemas de geolocalización utilizados (artículos 87, 89 y 90). Además, también hay una obligación de informar al trabajador sobre las decisiones automatizadas que lleve a cabo la empresa (artículo 22 RGPD). La CDD ha incluido en su última versión un último párrafo donde se extiende también el derecho a la información (además del derecho a la formación) de las personas trabajadoras «respecto de las condiciones de uso de los entornos digitales destinados a la prestación laboral con particular atención a aquellas obligaciones ordenadas a garantizar la seguridad y resiliencia de los sistemas».

### 3.5. *El derecho a la formación digital*

La Carta de Derechos Digitales, también dentro de los derechos digitales en el ámbito laboral incluye la obligación de proporcionar a las personas trabajadoras «una formación adecuada que permita su adaptación a las nuevas condiciones laborales» en los procesos de transformación digital. En otros apartados de la Carta se reconoce con carácter general el derecho a la educación digital.

Con la referencia expresa de la formación de las personas trabajadoras se ha querido resaltar la importancia de la formación concretamente para hacer posible el mantenimiento del empleo, que va en consonancia con

el llamamiento a nivel internacional y europeo sobre la necesidad de la formación durante toda la vida.<sup>46</sup> En España, la Constitución reconoce el derecho a la promoción del trabajador a través del trabajo (artículo 35.1. CE) y también se incluye, dentro de los principios rectores de la política social y económica que han de inspirar la legislación y la actuación de los poderes públicos, el de «fomentar una política que garantice la formación y readaptación profesionales» (40.2 CE).

La formación profesional para el mantenimiento del empleo está reconocida con carácter general en el artículo 4.2 b ET, así como en el artículo 23 del ET, y también se blinda la posibilidad de despedir a un trabajador por falta de adaptación a las modificaciones introducidas en el puesto de trabajo sin haber transcurrido una formación previa (artículo 52 b) ET). Los programas e iniciativas que se llevan a cabo para hacer posible la formación para el mantenimiento del empleo están regulados actualmente en la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral y por el Real Decreto 694/2017, de 3 de julio por el que se desarrolla la citada ley. Aquí concretamente no hay una regulación específica sobre formación en competencias digitales, aunque hay iniciativas de formación que van en este sentido. Pero quizás, es necesario plantearse si se podrían mejorar los programas de formación para personas trabajadoras, pues de los informes recientes<sup>47</sup>, se deduce una falta de uso del sistema de cofinan-

<sup>46</sup> Sobre el análisis internacional y europeo sobre la necesidad de la educación en competencias digitales, véase C. SERRANO FALCÓN, *Robótica avanzada y relaciones laborales: dificultades, análisis y propuestas*, en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L. Director): *El futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social en un panorama de reformas estructurales: desafíos para el trabajo decente. Congreso Internacional, Laborum*, 2018, en línea. Con carácter reciente, es de destacar las constantes referencias desde la Unión Europea de la necesidad de la formación digital. Véase la Comunicación ‘Brújula Digital para 2030: la vía europea de la Década Digital’, disponible en inglés en línea, y también en la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2021, sobre la IA en los sectores educativo, cultural y audiovisual, en línea.

También se ha manifestado recientemente el Consejo Económico y Social (CES) en el Informe 1/2021 sobre *La Digitalización de la Economía. Actualización del Informe 3/2017*, en línea.

<sup>47</sup> Pero según el Informe Anual del año 2019 sobre la ‘Formación programada por las Empresas’ elaborado por la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo (FUNDAE) sólo el 19.8% de las empresas que pueden beneficiarse de tal formación la han utilizado. [www.fundae.es](http://www.fundae.es).

Estos malos datos se han agudizado en el año 2020, lógicamente producidos por la pandemia COVID-19. Véase Informe FUNDAE: Formación para el empleo. Balance de la situación 2020, [www.fundae.es](http://www.fundae.es).

ciación público-privada para hacer posible la formación programada por las empresas. Están previstos cambios en las políticas públicas tanto en Europa (Plan de Acción de Educación Digital de la Comisión Europea), como a nivel nacional. Se puede deducir de la hoja de ruta establecida en ‘España Digital 2025’ y las medidas concretas en el Plan Nacional de Competencias Digitales.

### 3.6. La protección frente al ciberacoso

No existe en el ordenamiento laboral español un concepto sobre acoso laboral, y menos sobre ciberacoso. Siguiendo el reciente Convenio 190 OIT, sobre la violencia y acoso, que ha entrado en vigor el 25 de junio de 2021<sup>48</sup>, y concretamente en el mundo del trabajo, se define la violencia y el acoso como el «conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género» (artículo 1). Pero, además, incluye en su ámbito de aplicación la violencia y el acoso «en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnología de la información y de la comunicación» (artículo 3 d), lo que incluye por tanto el ciberacoso<sup>49</sup>.

Las controversias sobre el acoso laboral se producen desde hace muchos años, y prueba de ello son las numerosas decisiones judiciales, en todos los órdenes jurisdiccionales desde principios del siglo XXI. En particular, también son recientes las controversias sobre el ciberacoso en la última década<sup>50</sup>. Destacamos, entre otras, controversias producidas por

<sup>48</sup> Fue adoptado en la Conferencia Internacional del Trabajo del 21 de junio de 2019. Hay que tener en cuenta también la Recomendación número 206 que lo complementa.

<sup>49</sup> Para un análisis del Convenio 190 OIT véase VV.AA. (M. CORREA CARRASCO, M<sup>A</sup>. G. QUINTERO LIMA), *Violencia y acoso en el trabajo. Significado y alcance del convenio número 190 OIT en el marco del trabajo decente*, (ODS 3,5,8 de la agenda 2030), Dykinson, SL, 2021; V. DE STEFANO, I. DURRI, C. STYLOGIANNIS, M. WOUTERS, *Actualización de las necesidades del sistema. Mejora de la protección frente al ciberacoso y a la violencia y acoso en el mundo del trabajo posibilitados por las TIC*, Documento de trabajo de la OIT 1 (Ginebra, OIT), en línea.

<sup>50</sup> Véase P. RIVAS VALLEJO, *El acoso por razón de género en el ámbito del trabajo en el Derecho español*; *Revista de Derecho del Trabajo*, Fundación Universitas, 5, (extraordinaria), 2008; F. VICENTE PACHÉS, *Ciberacoso en el trabajo*, Atelier, Barcelona, 2018.

los comentarios en redes sociales para avergonzar, ofender o amenazar a la víctima, o crear un perfil falso de la misma o usurpar su identidad.

A pesar de una falta de regulación específica, existe en España tutela jurídica del acoso y ciberacoso laboral desde una perspectiva preventiva, reparadora, y también punitiva, pero en la práctica dista mucho de su aplicación.

La Carta de Derechos Digitales, en su versión definitiva, ha incluido (no estaba en el proyecto de Carta de Derechos Digitales) la protección de las personas trabajadoras frente al acoso por razón de sexo, por causa discriminatoria y acoso laboral utilizando medios digitales. En definitiva, no viene a incluir un derecho nuevo, pues ya se ha indicado que existe una tutela jurídica del ciberacoso (desde el ET, o la LPRL, o la LISOS...) pero sí es muy oportuna su inclusión para visibilizar la necesidad de profundizar en la protección de este derecho. Además, España, una vez que ratifique el Convenio 190 de la OIT, tendrá que hacer cambios normativos, para dar cumplimiento al contenido del Convenio, pero, sobre todo, marcar una política de educación y prevención del ciberacoso en el trabajo.

#### 4. *Recapitulación: ¿cuáles son las obligaciones legales de las empresas cuando incluyen tecnología digital?*

Hasta ahora se han enumerado y analizado los distintos derechos en el ámbito laboral incluidos en la Carta de Derechos Digitales. Algunos de estos derechos -la mayoría- ya están regulados específicamente. Otros, sin embargo, aparecen por primera vez en la Carta, quizá para poner de manifiesto cómo avanza la realidad, y para tener presente que el uso de las nuevas herramientas digitales se realice garantizando la dignidad y los derechos fundamentales de los trabajadores.

En definitiva, ¿cuáles son las obligaciones actuales, reguladas en la ley, que tienen que cumplir las empresas al usar estas herramientas digitales? Además de las obligaciones legales que la Ley de trabajo a distancia dispone cuando se opta por el teletrabajo, hay una serie de obligaciones para todas las empresas que utilicen tecnología digital, independientemente de su tamaño. Por tanto, cualquier empresa tiene que conocer y cumplir estas obligaciones legales. A continuación se hace una recapitulación sobre cuáles son estas obligaciones, y los problemas que puede haber para que realmente haya un cumplimiento de tales obligaciones por parte de las empresas, y una tutela reparadora por parte de las personas trabajadoras

afectadas. Antes de ello, es necesario también indicar que las obligaciones establecidas por ley no afectan a todas las tecnologías, sino sólo a unas pocas, que además coinciden con las que mayor conflictividad judicial generan. Son concretamente la videovigilancia y grabación de sonidos, sistemas de geolocalización y el uso de los dispositivos puestos a disposición del trabajador, con una especial atención a la desconexión digital, todo ello regulado, como hemos visto, en la LOPDGDD.

Recapitulando, las obligaciones legales para las empresas son las siguientes:

\* Es obligatorio informar al trabajador del uso de los dispositivos digitales, de la videovigilancia y grabación de sonidos y de los sistemas de geolocalización utilizados (artículos 87, 89 y 90 LOPDGDD) y también de las decisiones automatizadas que lleve a cabo la empresa (artículo 22 RGPD). Es necesario también recordar que informar no es prestar consentimiento, sólo hay obligación de informar a título individual, de forma clara, expresa e inequívoca. La forma de poder cumplir esta obligación sería a través del contrato de trabajo, aunque considero que no sería suficiente y ello por dos motivos: porque normalmente aparece una cláusula que el trabajador no suele leer con detenimiento, firma directamente el contrato, y aunque la obligación de informar se cumple, no provocaría concienciar y formar al trabajador sobre su uso adecuado. Y el segundo motivo, porque las tecnologías cambian, y lo que se informó al inicio del contrato, puede cambiar totalmente durante el transcurso del mismo, y por tanto no se entendería cumplida la obligación de información.

\* La ley, también impone la obligación de informar a los representantes de los trabajadores, y considero que se hace extensivo a todo tipo de herramientas digitales que utilice la empresa. Y ello porque el artículo 64 ET ya hace referencia al derecho de información de los representantes sobre «aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores» (64.1 ET), y también «a ser informado y consultado sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo» (64.5 ET). Por tanto, la empresa tendría siempre que informar a los representantes, aunque esto no significa llegar a acuerdos ni que la opinión de los representantes sea vinculante.

Además, de forma específica hay una obligación de informar sobre la videovigilancia, grabación de sonidos, y también de los sistemas de geolocalización utilizados (artículos 89 y 90 LOPDGDD) así como de informar “de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de IA que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y el mantenimien-

to del empleo, incluida la elaboración de perfiles (art. 64. 4 d) ET). Y también hay una obligación de dar audiencia a los representantes de los trabajadores a la hora de elaborar por parte de la empresa los criterios de uso de los dispositivos digitales y de la política interna sobre las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión digital (artículos 87 y 88 LOPDGDD).

\* La empresa sí deberá elaborar, con participación de los representantes de los trabajadores, los «criterios de utilización de los dispositivos digitales» (artículo 87.e LOPDGDD) y elaborará previa audiencia de los representantes de los trabajadores, de «una política interna dirigida a los trabajadores para determinar la forma de ejercer el derecho a la desconexión digital y además que incluya acciones de «sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática» (88.3 LOPDGDD).

\* Pero no hay obligación de concretar y regular en la negociación colectiva los derechos laborales digitales. El artículo 91 LOPDGDD hace alusión a la posibilidad, pero no obligación de que en los convenios colectivos se establezcan «garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de los derechos digitales en el ámbito laboral». Tan sólo se alude a la negociación colectiva expresamente en el artículo 88 LOPDGG sobre la desconexión digital<sup>51</sup>.

##### 5. *Una necesaria aplicación práctica. La creación de un Plan Tecno-Digital en las empresas*

Una vez hecha esta recapitulación, termino este trabajo con una pregunta, que me llevará, a su vez, a una propuesta: ¿realmente las empresas cumplen con estas obligaciones legales? ¿hay realmente una política preventiva sobre criterios de uso de dispositivos digitales? Sin contar con un estudio de campo que nos de una respuesta específica, intuyo que en la

<sup>51</sup> El contenido en materia de tecnología más común en la negociación colectiva versa casi siempre sobre la información a los representantes de los trabajadores cuando hay incorporación de nuevas tecnologías, su modificación sustancial, formación de los trabajadores, la desconexión digital y el teletrabajo, sobre todo relacionado con la seguridad y salud de los trabajadores. M. GARCÍA JIMÉNEZ, *Revolución Industrial 4.0, sociedad cognitiva y relaciones laborales: retos para la negociación colectiva en clave de bienestar de los trabajadores*, *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, número extraordinario 1 (2019).

práctica el cumplimiento es escaso. Además, tampoco existe un régimen sancionador específico en la materia<sup>52</sup>.

Por este motivo, la prioridad ahora es establecer mecanismos para que se conozcan y se respeten los derechos digitales en el día a día de las empresas. Propongo crear un Plan Tecno-Digital para todo tipo de empresa, sectores y trabajadores, con la intención de recopilar en único documento toda la política de uso de las herramientas digitales, el régimen sancionador y disciplinario ante su incumplimiento, cuestiones de privacidad y ciberseguridad en las empresas incluyendo medidas para prevenir situaciones de violencia y ciberacoso en el trabajo. En el Plan también se tendría que incluir un programa sobre educación digital junto con medidas sancionadoras en caso de que las empresas no lo elaboren o/y lo incumplan, así como obligaciones de divulgación en la empresa y un mecanismo de auditoría del Plan<sup>53</sup>.

Esta propuesta se podría regular también desde la Unión Europea, para que todos los países, a través de sus empresas y Administraciones remaran en la misma dirección: la garantía de los derechos digitales.

En definitiva, el propósito de la Carta es muy positivo. Ahora hay que poner todos los mecanismos posibles en marcha para que cuente con una verdadera aplicación práctica.

LA CARTA DE DERECHOS DIGITALES EN ESPAÑA Y SU CONTENIDO LABORAL. UNA NECESARIA APLICACIÓN PRÁCTICA. – Resumen. Este trabajo tiene un claro punto de partida: la Carta de Derechos Digitales (en adelante, CDD) presentada en España el 14 de julio de 2021. Para ello se realiza un análisis de las características y objetivos de la Carta, para valorar sus aciertos y limitaciones.

El núcleo del trabajo se centra en dar a conocer de forma individualizada los

<sup>52</sup> Sobre la falta de un régimen sancionador específico en esta materia, véase MORATO GARCÍA, R.M., *Desconexión digital y registro de la jornada laboral ante el auge del teletrabajo*, en VV.AA. (J. Baz Rodríguez: *Los nuevos derechos...*, cit., pág. 285. Ahora se podrían aplicar preceptos con carácter general, 7.5 y 7.10; 8.11; 11.4, y 12.1 LISOS.

<sup>53</sup> No hay en la actualidad ninguna obligación de realizar un Plan que unifique todos los aspectos digitales en la empresa. Como se ha visto en este estudio, están las obligaciones legales de la LOPDGDD. También, desde la Asociación Española de Normalización (UNE) hay especificaciones (no vinculantes) para que el sector industrial siga en su proceso de digitalización (UNE 0060/2018 y UNE 0061: 2019). También el Instituto Nacional de Seguridad (INCIBE) ha publicado un decálogo de ciberseguridad, sobre todo dirigido a PYMES, donde recomienda contar con políticas internas sobre el uso de dispositivos digitales, entre otras medidas.

derechos laborales contenidos en la Carta, concretamente en el apartado 4.XIX Titulado ‘Derechos en el ámbito laboral’.

Si la finalidad principal de la Carta es informar sobre tales derechos y sobre todo que se apliquen en la práctica, este objetivo aún no está totalmente conseguido. Por ello propongo como posible y factible solución la creación de un Plan Tecno-Digital en las empresas, propuesta que podría implantarse también en cualquier otro país, incluso desde la Unión Europea.

THE DIGITAL RIGHTS CHARTER IN SPAIN AND ITS LABOUR CONTENT. A NECESSARY PRACTICAL APPLICATION. – Summary. This work analyzes the successes and limitations of the ‘Digital Rights Charter’, presented in Spain on July 14 (2021). I am going to analyze the labor rights contained in the Charter, specifically section 4.XIX entitled ‘Rights in the work environment’. A real application of digital rights is necessary in companies. For this reason, I propose the creation of a Techno-Digital Plan in companies.

