



Análisis del artículo 87 de la LOPDGDD: el uso de los dispositivos digitales por la persona trabajadora, su control por parte de la empresa y el devaluado derecho a la intimidad

José Gustavo Quirós Hidalgo

*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de León*

Extracto

La regulación del uso de los dispositivos digitales puestos a disposición de la persona trabajadora para la ejecución de su prestación de servicios era una materia omitida por la legislación laboral, motivo por el cual resultaban aplicables sus previsiones genéricas relativas a las facultades de control y vigilancia de la empresa sobre el cumplimiento por aquella de sus obligaciones profesionales; no obstante, la elevada litigiosidad generada provocó que los tribunales nacionales y comunitarios fueran estableciendo casuísticamente unos criterios interpretativos en este específico ámbito no exentos de incertidumbre, lo que a todas luces reclamaba una mayor seguridad jurídica del ordenamiento jurídico para responder a la utilización de las nuevas tecnologías como una realidad sociolaboral ya consolidada.

Precisamente, a finales de 2018 se promulgó una nueva normativa en materia de protección de datos que vino a introducir y regular los nuevos y denominados «derechos laborales digitales», entre los que se encuentra la garantía de la intimidad de la persona trabajadora frente a la regulación del uso de los dispositivos digitales en el trabajo y su control empresarial. Por tal motivo, el presente estudio examina el contenido de tal derecho y sus requisitos, analizando –teniendo en cuenta la experiencia de la negociación colectiva en esta materia– la obligación legal de establecer criterios sobre su uso profesional o privado –pues es admisible la prohibición del segundo–, la necesaria intervención de la representación de las personas trabajadoras, la preceptiva información previa a cada persona trabajadora y los posibles procedimientos de control por parte de la empresa; todo ello para garantizar el debido respeto a los derechos fundamentales, aun cuando la regla general a partir de esta nueva regulación, que no deja de ofrecer serias dudas interpretativas, parece legitimar una notable intromisión en la intimidad de la persona trabajadora.

Palabras clave: nuevas tecnologías; regulación del uso de dispositivos digitales en el trabajo; control empresarial; derecho a la intimidad de la persona trabajadora.

Fecha de entrada: 08-09-2020 / Fecha de revisión: 28-09-2020 / Fecha de aceptación: 28-09-2020

Cómo citar: Quirós Hidalgo, José Gustavo. (2020). Análisis del artículo 87 de la LOPDGDD: el uso de los dispositivos digitales por la persona trabajadora, su control por parte de la empresa y el devaluado derecho a la intimidad. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 452, 145-170.



Analysis of article 87 of the LOPDGDD: the use of digital devices by the worker, its control by the company and the devalued right to privacy

José Gustavo Quirós Hidalgo

Abstract

The regulation of the use of digital devices by the employee at his work was a matter omitted in the labour legislation, and the generic rules about the power of control by the employer were applicable; however, the high litigation generated caused the national and community Courts to casuistically establish interpretative criteria in this specific area, not exempt from uncertainty, which clearly demanded greater legal certainty of the legal system to respond to the use of the new technologies as a consolidated socio-labor reality.

Because of that, at the end of 2018 the legislator promulgated a new regulation on data protection that came to introduce and regulate the new and so-called «digital labour rights», and one of them is the guarantee of the privacy of the worker against the regulation the use of digital devices at work and its business control. For this reason, this study analyzes the content of such right and its requirements, analyzing –with the experience of collective bargaining– the legal obligation to establish criteria on its professional or private use –the prohibition of the second is admissible–, the necessary intervention of the workers' representatives, the information to each worker and the possible control procedures by the company, all of this to guarantee the respect for fundamental rights, even though the general rule based on this new regulation, which does not stop offering serious interpretative doubts, seems to legitimize a notable interference in the privacy of the worker.

Keywords: new technologies; regulation of the use of digital devices at work; business control; right to privacy.

Citation: Quirós Hidalgo, José Gustavo. (2020). Analysis of article 87 of the LOPDGDD: the use of digital devices by the worker, its control by the company and the devalued right to privacy. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 452, 145-170.





Sumario

1. Del silencio legal y los criterios judiciales sobre el uso y control de las nuevas tecnologías en la empresa a su expresa regulación en la LOPDGDD
2. El artículo 87 de la LOPDGDD: requisitos legales sobre la regulación del uso y control de dispositivos digitales en el ámbito laboral como garantía del derecho a la intimidad
 - 2.1. El obligatorio establecimiento de los criterios de uso con participación de la representación de las personas trabajadoras y la información a las mismas
 - 2.2. De la prohibición total a la admisión y regulación del uso para fines particulares o ajenos a la prestación de servicios
 - 2.2.1. La prohibición del uso privado
 - 2.2.2. Reglas sobre la utilización no profesional
 - 2.3. Los controles empresariales y la debida garantía del respeto a la intimidad de la persona trabajadora
3. El artículo 87 de la LOPDGDD resulta aplicable a los criterios sobre el uso de los medios informáticos por la representación de las personas trabajadoras

Referencias bibliográficas

1. Del silencio legal y los criterios judiciales sobre el uso y control de las nuevas tecnologías en la empresa a su expresa regulación en la LOPDGD

El avance tecnológico ha propiciado que prácticamente en cualquier sector de actividad, empresa o puesto de trabajo resulte necesaria la utilización de los medios informáticos y las nuevas tecnologías para una más eficiente prestación de servicios, pudiendo afirmar que «se hallan insertos en el corazón del proceso productivo» (Falguera Baró, 2004, p. 281). El uso de estos dispositivos (móviles, ordenadores, portátiles, tabletas, GPS, etc.), normalmente propiedad de la empresa y conectados a la red o la intranet corporativa para la ejecución de muy variadas aplicaciones y tareas, presenta un carácter dual, por cuanto mejora el rendimiento de la persona trabajadora pero puede también afectarlo negativamente cuando su empleo se realiza con fines particulares y ajenos al trabajo –vulnerando así la obligación de buena fe, diligencia y cumplimiento de las instrucciones empresariales (arts. 5 y 20.2 Estatuto de los Trabajadores [ET])–, sin perjuicio de otras consecuencias adicionales como eventuales gastos materiales o problemas de ciberseguridad.

Lo anterior justifica el control que la empresa pueda llevar a cabo con la finalidad de comprobar su correcto uso, pero dicha facultad origina un conflicto con derechos fundamentales de la persona empleada como la intimidad, el secreto de las comunicaciones o, entre otros, la protección de datos personales, pudiendo además llegar a obtener y sistematizar abundante información –laboral o no– relativa a la persona trabajadora y susceptible de ser utilizada con sórdidas intenciones.

A tal efecto, la tradicional regulación contenida en el ordenamiento laboral resultaba a todas luces obsoleta por su carácter preinformático (Falguera Baró, 2004, p. 319). En efecto, el artículo 18 del ET, con objeto de evitar hurtos y robos, sigue contemplando el registro empresarial en las taquillas y en los efectos particulares para la protección del patrimonio empresarial y demás personas trabajadoras, debiendo ser realizado en el centro, en horas de trabajo y respetando la dignidad e intimidad de la persona trabajadora, con presencia de una persona representante u otra persona empleada; por su parte, el artículo 20.3 del ET permite adoptar las medidas oportunas de vigilancia y control con observancia igualmente de la debida dignidad de la persona trabajadora «para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales».

Ambos preceptos, con idéntica redacción desde la originaria contenida en la norma estatutaria de 1980 hasta su última refundición en 2015, establecían en definitiva un poder de control generoso y poco preciso y permanecían anclados a épocas con presencia exclusiva de taquillas, tabloneros de corcho, máquinas de escribir o teléfonos fijos, donde las nuevas tecnologías de la informática y la comunicación sonaban a ciencia ficción.

Por tal motivo, esas exiguas reglas legales se mostraban insuficientes para ofrecer regulación y soluciones seguras frente a la multitud de litigios surgidos normalmente a partir de la impugnación judicial de sanciones o despidos acordados por la empresa como consecuencia de un uso indebido detectado en un previo control –aleatorio o intencionado–, muy facilitado a su vez por las nuevas tecnologías.

Superando la amplia admisión inicial al considerar la propiedad empresarial de esos medios como elemento determinante y entendiendo aplicables las garantías previstas en el citado artículo 18 del ET, pronto los tribunales coincidieron en aplicar la doctrina constitucional de la triple proporcionalidad, valorando en cada caso si la medida de control utilizada:

[...] es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (proporcionalidad en sentido estricto)¹.

Sin embargo, un criterio tan general pronto dio lugar a pronunciamientos contradictorios –especialmente entre los diversos tribunales superiores de justicia– en su aplicación a la resolución de supuestos concretos necesitados a buen seguro de una reflexión casuística adicional.

La jurisprudencia ordinaria, asumiendo la alcanzada inicialmente en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)², vino a confirmar que las garantías contempladas por el artículo 18 del ET no podían resultar analógicamente aplicables a la supervisión ejercida por la empresa sobre los medios informáticos. Al tiempo, admitió el uso privado por la persona trabajadora en atención a la expectativa de intimidad que una anterior tolerancia empresarial pudiera haber generado, pero en tales casos la licitud de las posibles y admitidas medidas de comprobación de una correcta utilización debían quedar supeditadas

¹ Sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC) 98/2000, de 10 de abril, y 186/2000, de 10 de julio, sobre la doctrina previamente recogida, entre otras, en SSTC 66/1995, de 8 de mayo; 55/1996, de 28 de marzo, o 37/1998, de 17 de febrero.

² Sentencias del TEDH (STEDH) de 25 de junio de 1997 (caso Halford) y 3 de abril de 2007 (caso Copland).

a los requisitos de existencia de prohibición expresa o regulación de los usos admitidos, la previa información sobre la posibilidad de realizar controles y la proporcionalidad de los mismos³.

Sin embargo, el propio TS vino a matizar poco después que la mera prohibición de uso particular amparaba la realización de controles, por lo que no era necesario dar a conocer previa y expresamente su existencia o los medios a utilizar, pues en tal caso el veto «lleva implícita la advertencia sobre la posible instalación de sistemas de control»⁴.

Por su parte, el TC añadió dos nuevas precisiones: de un lado, para considerar que tampoco quedaba vulnerado el secreto de las comunicaciones por el control efectuado sin previo aviso sobre aquellas realizadas a través de un «canal abierto», entendiendo por tal los medios de la empresa puestos a disposición del operario para el desarrollo de su prestación, pues perdían entonces su carácter confidencial⁵; de otro, para afirmar que la tipificación como infracción por el convenio colectivo aplicable de la utilización de los medios digitales suponía una prohibición expresa del uso extralaboral de los mismos y que, por tal motivo, quedaba excepcionada igualmente la necesidad de una doble advertencia (de prohibición y de control) por inexistencia de expectativa alguna de intimidad⁶, sin que a ello obstara el incumplimiento de la información a la representación unitaria

³ «Esa tolerancia empresarial conforme al uso social crea una expectativa general de confidencialidad de esos usos, expectativa que no puede ser desconocida, aunque tampoco convertirse en un impedimento permanente del control empresarial, pues, aun cuando el trabajador tiene derecho al respeto de su intimidad, no puede imponer ese respeto cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en contra de las instrucciones establecidas por esta. En consecuencia, cuanto debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de la buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios (con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales) e informar a los trabajadores de que va a existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos. De esta manera, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de la existencia de controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado una "expectativa razonable de intimidad"» (Sentencia del Tribunal Supremo –STS– de 26 de septiembre de 2007, rec. 966/2006).

⁴ «Lo decisivo a efectos de considerar la vulneración del derecho fundamental es que, como reitera la sentencia citada, la tolerancia de la empresa es la que crea una expectativa de confidencialidad y, por ende, la posibilidad de un exceso en el control llevado a cabo por el empleador que vulnere el derecho fundamental de la intimidad del trabajador. Pero si hay prohibición de uso personal deja de haber tolerancia y ya no existirá esa expectativa, con independencia de la información que la empresa haya podido proporcionar sobre el control y su alcance, control que, por otra parte, es inherente a la propia prestación de trabajo y a los medios que para ello se utilicen, y así está previsto legalmente» (STS de 6 de octubre de 2011, rec. 4053/2010).

⁵ STC 241/2012, de 17 de diciembre.

⁶ «La expresa prohibición convencional del uso extralaboral del correo electrónico y su consiguiente limitación a fines profesionales, llevaba implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización, al objeto de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales» (STC 170/2013, de 7 de octubre).

ex artículo 64.5 f) del ET respecto de «la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo»⁷.

Finalmente, el TEDH, en la sentencia dictada en Gran Sala en el conocido asunto *Bărbulescu II vs. Rumanía* –sin perjuicio de otros pronunciamientos anteriores y con criterio ya acogido por el TS⁸–, vino a fijar los criterios para el control empresarial de los medios informáticos, a saber: transparencia, debiendo mediar información previa de la existencia de medidas de vigilancia, así como del alcance de los eventuales controles; causalidad o justificación adecuada del control; proporcionalidad, en tanto no fuera posible utilizar otros mecanismos menos intrusivos sobre los derechos de la persona trabajadora; y efectividad de la tutela dispensada en atención a las garantías ofrecidas a la persona empleada⁹.

Fuera de las mentadas cautelas, la empresa tendría a su disposición para acreditar un comportamiento ilícito de la persona trabajadora –a riesgo de incurrir en la ilegalidad del control– solicitar previamente al órgano judicial el «acceso a documentos o archivos, en cualquier tipo de soporte, que pueda afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental» para obtener su autorización mediante auto:

[...] siempre que no existan medios de prueba alternativos y previa ponderación de los intereses afectados a través de un juicio de proporcionalidad y con el mínimo sacrificio, determinando las condiciones de acceso y garantías de conservación y aportación al proceso (art. 90.4 Ley reguladora de la jurisdicción social –LRJS–)¹⁰.

En el expuesto contexto legal –prácticamente inexistente– y judicial –prácticamente interminable–, la predeterminación unilateral de una política empresarial en instrumentos internos –bajo la denominación de reglamentos, códigos de conducta, normas de uso de medios informáticos, reglas de seguridad, etc.– comenzó a adquirir protagonismo como elemento determinante de la legitimidad del uso de estas herramientas y del control patronal.

De forma similar, y al amparo de la libertad y amplitud de contenidos que la legislación reconoce a la negociación colectiva (art. 85.1 ET), los interlocutores sociales comenzaron a mostrar su interés en estas cuestiones introduciendo diversos tipos de cláusulas –normalmente acogiendo los sucesivos criterios y matizaciones de los tribunales– para evitar que el vacío regulatorio implicara tácitamente el reconocimiento del uso social y su expectativa

⁷ Entendiendo tal omisión como carente de relevancia constitucional (STC 186/2000, de 10 de julio).

⁸ STS de 8 de febrero de 2018 (rec. 1121/2015).

⁹ STEDH de 5 de septiembre de 2017 (asunto *Bărbulescu II*), revocando la previa STEDH de 12 de enero de 2016 (asunto *Bărbulescu I*).

¹⁰ Posibilidad muchas veces olvidada o descartada por la empresa, pero especialmente valorada por el Alto Tribunal (STS de 13 de mayo de 2014, rec. 1685/2013).

de intimidad y, en su caso y a mayores, para aportar criterios y reglas sobre su utilización, sobre su prohibición o sobre los concretos mecanismos de control (Ruiz González, 2018, pp. 301 y ss.).

Posteriormente, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos, que derogaba la Directiva 95/46/CE sobre la materia, entró en vigor en nuestro país el 25 de mayo de 2018 y, en consecuencia y poco después, la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), reguló por primera vez los denominados «derechos digitales laborales», acogiendo en gran medida los criterios de la jurisprudencia nacional y comunitaria, si bien resulta patente en todos ellos «la falta de concreción normativa y el carácter meramente programático de algunas de sus previsiones» (Rodríguez Escanciano, 2019, p. 30).

Su disposición final decimotercera dio lugar al nuevo artículo 20 bis del ET, que, bajo la rúbrica de los «derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión», reconoce ya formalmente el citado derecho de la persona trabajadora a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por la empresa «en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales», amén de otros como los de desconexión digital y los relacionados con la videovigilancia y la geolocalización.

La expresa remisión conduce al artículo 87 de la LOPDGDD, que garantiza la intimidad de la persona trabajadora en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empresa, pero permite el control patronal a los exclusivos efectos de comprobar el cumplimiento de las obligaciones o de garantizar la integridad de las herramientas tecnológicas, exigiendo para ello el establecimiento previo de los criterios de utilización profesionales o personales –debiendo observar «los estándares mínimos de protección de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente»–, que han de ser objeto de información a las personas trabajadoras y elaborados con participación de sus representantes, fijando en su caso con precisión los usos privados autorizados y las garantías aplicables.

Cabría discutir si hubiera sido más apropiado insertar estos artículos reguladores de los nuevos derechos digitales laborales en el ET de 2015, con carácter de ley ordinaria, en lugar de en la LOPDGDD, dada la eminente naturaleza laboral de su contenido. No obstante:

[...] se trata de un reducto –el laboral–, que transita por este maremagno de disposiciones relacionadas con los dispositivos digitales, pero que, al tratarse el derecho a la intimidad de un derecho fundamental, debe desarrollarse mediante ley orgánica (art. 81.1 [Constitución española] CE) (Fernández Orrico, 2019).

Adicionalmente, el artículo 91 de la LOPDGDD añade que «los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con [...] la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral». Por tal motivo, y como se verá, la negociación colectiva tiene un gran potencial para asumir un papel protagonista no solo como instrumento idóneo para el desarrollo de esa nueva obligación, sino también en orden a la clarificación de las múltiples dudas interpretativas que sugiere ya el precepto y a la mejora del nivel legal de protección, singularmente por cuanto hace a las garantías de la persona trabajadora en los controles empresariales.

2. El artículo 87 de la LOPDGDD: requisitos legales sobre la regulación del uso y control de dispositivos digitales en el ámbito laboral como garantía del derecho a la intimidad

El citado artículo 87 de la LOPDGDD trata de introducir un justo equilibrio en la triple relación existente entre el habitual uso de dispositivos digitales por la persona trabajadora, su derecho fundamental a la intimidad (arts. 18 CE y 4.2 f) y, ahora, 20 bis ET) y el de la empresa a verificar el cumplimiento por aquella de sus obligaciones y deberes laborales (art. 20.3 ET).

En esa compleja interacción, la nueva norma ha confirmado, aunque no expresamente en su tenor literal, el notable protagonismo de la negociación colectiva a la hora de delimitar los requisitos para garantizar la compatibilidad entre unos y otros, cuales son la necesidad de establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales y de especificar los usos permitidos, la participación en su fijación de la representación de las personas trabajadoras, la información previa a las personas empleadas y la protección de su intimidad en los posibles controles empresariales.

En este sentido, cabe constatar cómo la regulación convencional sobre este extremo sigue obedeciendo por lo general a los mismos patrones utilizados con anterioridad a la entrada en vigor de la LOPDGDD. En efecto, en muchos supuestos constituyen una mera renovación que no supone modificación alguna de su versión precedente¹¹; en otros casos, guardan absoluto silencio sobre estos nuevos derechos digitales; anuncian la creación de una comisión paritaria o conceden un determinado plazo para su regulación¹²; o, en fin, introducen un nuevo apartado específico a tal fin pero reiteran o remiten al artículo 87 de la LOPDGDD¹³, omiten el derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales para

¹¹ Artículo 33.C.3 del Convenio colectivo (CC) de Mercadona, SA, y Forns Valencians Forva, SAU (BOE de 18 de febrero de 2019).

¹² Artículo 47 del CC marco de la Unión General de Trabajadores (BOE de 2 de octubre de 2019).

¹³ Con una redacción idéntica, artículos 72 del CC de la industria del calzado (BOE de 22 de julio de 2019) y 85 del CC estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería (BOE de 2 de octubre de 2019).

ocuparse de la desconexión, la protección de datos o el teletrabajo o, por último y si lo contemplan, no aportan una regulación precisa –tal vez debido a su ámbito sectorial–, sino más bien genérica y abstracta o atribuyen la competencia al nivel empresarial.

Sea como fuere, resulta evidente que en la negociación colectiva reciente los interlocutores sociales parecen haber optado mayoritariamente por seguir transitando la senda de la prohibición absoluta del uso privado de estos medios informáticos aportados por la empresa –incluso también de los personales para el acceso a aplicaciones de mensajería, redes sociales o cualquier finalidad ajena al trabajo–, así como por prever los controles para su verificación –no tanto sus requisitos y procedimientos ni las garantías de quien los sufre–; todo lo cual permite concluir que la intimidad de la persona trabajadora que la legislación pretendía salvaguardar queda a la postre muy diezmada por el juego de la excepción que ampara el veto a la utilización particular y que legitima la vigilancia de la empresa.

2.1. El obligatorio establecimiento de los criterios de uso con participación de la representación de las personas trabajadoras y la información a las mismas

El primer párrafo del artículo 87.3 de la LOPDGDD establece que «los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales» y que «en su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores». Cabe deducir, por tanto, una evidente voluntad de introducir sin ambages ni condicionamientos la obligación legal de predeterminar qué usos –profesionales o privados– pueden hacer las personas empleadas de las nuevas tecnologías puestas a su disposición para el desempeño de sus funciones. En otros términos, la norma exige con meridiana claridad, siempre y en todo caso, una regulación expresa del uso de los medios electrónicos y de los controles patronales –ya venga fijada a nivel empresarial o sectorial, siempre que sea aplicable a la unidad productiva–, lo cual permite tanto denunciar su inexistencia como cuestionar –al menos desde la óptica de la legitimidad y legalidad de la vigilancia de la empresa– la suficiencia de la mera tipificación de estas conductas como infracción laboral a partir de un genérico régimen disciplinario que no las contempla expresamente¹⁴ (Quílez Moreno, 2019, p. 138).

¹⁴ Al amparo de infracciones como «la realización sin el oportuno permiso de trabajos particulares durante la jornada» o «el uso de los medios, herramientas, materiales, máquinas o útiles de la empresa en beneficio propio o para fines particulares, ajenos o distintos al trabajo sin la debida autorización», incluso fuera de la jornada y del lugar de trabajo –por ejemplo, arts. 60.2 d) CC nacional de servicios de prevención ajenos (BOE de 7 de octubre de 2017), 81.7 CC general de la industria textil y de la confección (BOE de 21 de agosto de 2015), 73.8 CC de empresas de seguridad (BOE de 1 de febrero de 2018), 66.8 CC de ámbito estatal del sector de *contact center* (BOE de 12 de julio de 2012) o 49.C.3 CC de oficinas de farmacia (BOE de 8 de mayo de 2014)–. Con mayor motivo, si la pretendida asimilación lo es a conductas mucho más abstractas como el «fraude, la deslealtad y abuso de confianza en las

Por otro lado, el tenor legal exige únicamente que «en su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores», lo que no puede ser equiparado –aunque tal vez hubiera sido lo deseable– a la preceptiva negociación y aprobación por los mismos. Antes, al contrario, el supuesto encaja al menos en las consultas contempladas por el artículo 64.5 f) del ET para «todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo» y, específicamente, para la emisión de informe previo a la ejecución empresarial de cualquier medida relativa a la «implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo». Su omisión constituirá infracción grave de los derechos de información y consulta de la representación (art. 7.7 Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social), pero no invalida los medios de control, salvo cuando su introducción pudiera ser considerada como una modificación sustancial de condiciones de trabajo llevada a cabo sin el preceptivo trámite de consultas (arts. 41 ET y 138.7 LRJS) (Rodríguez Escanciano, 2019, p. 192).

A partir de lo anterior, la referencia a los «representantes de los trabajadores» no debe quedar ceñida –pues no lo hace el propio precepto– al comité de empresa o delegados/as de personal si los hubiera, alcanzando también subjetivamente tanto a los/las delegados/as sindicales en virtud de la asimilación de derechos y competencias que realiza el artículo 10.3.1.º y 3.º de la Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical (LOLS), como incluso a las secciones sindicales, en este caso solo para las pertenecientes a sindicatos más representativos y a los que cuenten con presencia en los órganos de representación unitaria, en tanto el artículo 9.2 b) de la LOLS les atribuye el derecho a la negociación colectiva. Ante la inexistencia de representación de uno u otro tipo, parece posible y oportuna la elección de una comisión *ad hoc* a tal efecto, aplicando analógicamente la prevista por el artículo 41.4 del ET para la modificación sustancial de condiciones de trabajo, porque en tal caso las personas trabajadoras así designadas están ejerciendo, aunque solo sea puntualmente, una representación en los amplios y genéricos términos del artículo 87.3 de la LOPDGDD.

Por idéntico motivo, y aun cuando lo anterior presupone considerar a la empresa como núcleo de la regulación, nada impide su recepción en convenios colectivos de ámbito superior o sectoriales, quedando atribuida en tal caso esa competencia de «participación» –convertida ahora sí en «negociación» en sentido estricto– a los sindicatos legitimados conforme a los artículos 87 y siguientes del ET.

gestiones encomendadas» o «entregarse a juegos, cualesquiera que sean, dentro de la jornada de trabajo» –recogidas en, entre muchos otros, CC para las cajas y entidades financieras de ahorro (BOE de 10 de abril de 2018), CC de peluquerías, institutos de belleza y gimnasios (BOE de 11 de julio de 2018), CC de ámbito estatal de gestorías administrativas (BOE de 23 de febrero de 2017), CC del sector de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE de 20 de diciembre de 2016), CC del sector de empresas de publicidad (BOE de 10 de febrero de 2016) o CC de ámbito estatal para el sector de agencias de viajes (BOE de 21 de noviembre de 2016)–, llega a resultar harto dudoso –por no decir descartado– el ejercicio del poder disciplinario a la luz del mentado criterio judicial que solo admitía como prohibición del uso su expresa previsión al efecto, así como porque el artículo 87 de la LOPDGDD impone la necesaria existencia de criterios de utilización de los dispositivos digitales.

En definitiva, la regulación de los criterios del uso de los dispositivos digitales puede ser realizada a nivel empresarial, a nivel de grupo o a nivel sectorial; no obstante, la tendencia parece evidenciar un mayor protagonismo del primero, en muchos casos por la remisión desde los restantes al ámbito inferior¹⁵ y a buen seguro debido a la mayor «cercanía con el objeto de regulación y especialmente a la heterogeneidad» (Gimeno Díaz de Atauri, 2010, p. 305). Asimismo, y en función de la anterior alternativa en cada caso concurrente, puede ser instrumentalizada a través de la negociación de un convenio colectivo estatutario –pues el necesario carácter general de las reglas de uso impide admitir a tal fin un convenio colectivo extraestatutario por su eficacia limitada– o mediante un trámite de consultas que puede concluir con un auténtico acuerdo de empresa o, en su defecto, con una decisión unilateral por la empresa; en este sentido, solo en tal caso serían válidos los reglamentos, manuales de buenas prácticas o códigos de conducta o éticos de la organización productiva sobre tales extremos, pero no cuando hayan sido elaborados y aprobados sin la exigida «participación» de la representación de las personas trabajadoras, práctica habitual con anterioridad a la entrada en vigor de la LOPDGDD.

Por otra parte, el artículo 87.3, párrafo 3.º, de la LOPDGDD impone que «los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización a los que se refiere este apartado»; interpretada en el contexto de todo el precepto y atendiendo a la doctrina judicial nacional y comunitaria de la que procede, dicha obligación ha de ir referida tanto a los criterios de uso como a los controles y sus garantías, como con posterioridad se reiterará.

A tal efecto, será necesario que la empresa aporte esa información con anterioridad al uso indebido que pretenda sancionar, ya sea en el contrato de trabajo, en anexo al mismo o mediante circular interna o cualquier otro medio del cual quede acreditada constancia, pues a aquella le corresponde la carga de probar, mediando litigio, que existió; y con la extensión completa, incluyendo las categorías de datos personales que pueden ser recogidos, forma y tiempo de los controles, finalidad de los mismos, categorías o grupos de personas trabajadoras a los que afecta, duración de retención de la información, su potencial utilización, las copias de seguridad que puedan realizarse con esos datos, etc. (Baz Rodríguez, 2019, p. 173).

Aun cuando cabría plantearse si la mera tipificación como infracción y la previsión de controles en el convenio colectivo aplicable permiten entender cumplida tal obligación informativa, la respuesta ha de ser negativa (Rodríguez Escanciano, 2019, pp. 190-191), pues el precepto exige con meridiana claridad un comportamiento activo, entendiendo por información, en los términos del artículo 64 del ET, la transmisión de datos por la empresa a fin de que la persona trabajadora tenga conocimiento de una cuestión determinada.

¹⁵ Como ocurre en los artículos 32.2.19 del CC estatal de pastas, papel y cartón (BOE de 19 de mayo de 2016), 48 del CC estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal (BOE de 19 de diciembre de 2019) o 46 del CC de Beer&Food (BOE de 25 de junio de 2020).

2.2. De la prohibición total a la admisión y regulación del uso para fines particulares o ajenos a la prestación de servicios

2.2.1. La prohibición del uso privado

Como ha quedado expuesto, el artículo 87.3 de la LOPDGDD impone la obligatoria existencia de criterios de utilización de los dispositivos digitales, si bien omite cualquier referencia a su alcance. Por tal motivo, la primera alternativa consiste en prohibir de forma absoluta cualquier uso distinto al profesional, adecuado y responsable que justifica su puesta a disposición, pues así lo admite *sensu contrario* en su siguiente párrafo cuando alude al control empresarial cuando «haya admitido su uso con fines privados».

La licitud de tal opción, por otro lado, queda confirmada al comprobar cómo en la negociación colectiva, tanto anterior como posterior a la LOPDGDD, constituye regla de orden mayoritaria acogiendo la asimilación entre tipificación y prohibición para incluir en su régimen disciplinario conductas expresamente relacionadas con el uso particular de los medios tecnológicos¹⁶, existiendo en definitiva esos «criterios de utilización de los dispositivos digitales» que en la actualidad exige el artículo 87.3 de la LOPDGDD¹⁷.

En consecuencia, debe entenderse vetado el uso extralaboral cuando está prevista la sanción para las infracciones laborales –con independencia de su calificación como leve, grave o muy grave y de su más o menos amplia descripción–, expresadas por lo común como la realización de actividades particulares durante la jornada y la utilización de los medios informáticos, electrónicos, tecnológicos o de comunicación externa o interna (correo electrónico, intranet, internet, ordenadores de sobremesa o portátiles, teléfonos móviles, tableta, memorias extraíbles, etc.) proporcionados a la persona empleada para su uso profesional para fines inadecuados, indebidos o distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral salvo permiso expreso de la empresa o en supuestos necesarios y perentorios¹⁸;

¹⁶ Por ejemplo, artículos 22.C.7 del CC de Delcom Operador Logístico, SA (BOE de 1 de agosto de 2020), 36 del CC de Noroto, SAU (BOE de 19 de agosto de 2020) o 34 del CC de la empresa Mediterránea Merch, SL, para los centros de trabajo de Alicante, Murcia y Valencia (BOE de 12 de agosto de 2020); o, en su manifestación más simple, añadiendo a las cláusulas genéricas de incumplimientos la precisión de que «a estos efectos tendrán también la consideración de herramientas los equipos informáticos», artículo 49.12 del CC de la industria azucarera (BOE de 4 de enero de 2019).

¹⁷ Conforme consta, para el TC la tipificación como infracción en el convenio colectivo aplicable de la utilización privada de los medios digitales supone una prohibición expresa de ese uso extralaboral (STC 170/2013, de 7 de octubre).

¹⁸ Artículos 53.4 del CC del sector de grandes almacenes (BOE de 7 de octubre de 2017), 70.22 del CC estatal del corcho (BOE de 18 de octubre de 2017), 46.3 o) del CC estatal de radiodifusión sonora comercial (BOE de 13 de diciembre de 2017), 61.3 o) del CC para el sector de prensa diaria (BOE de 28 de febrero de 2018), 99 ñ) del CC general del sector de la construcción (BOE de 26 de septiembre de 2017) o 15 del CC del Grupo AXA (BOE de 10 de octubre de 2017).

prohibición que en función del sector –singularmente, en los de atención al público o en cuantos la actividad requiere una especial atención y prevención de riesgos– puede llegar a ampliarse a la utilización durante la jornada de los dispositivos particulares de la persona trabajadora excepto urgencia o autorización¹⁹.

2.2.2. Reglas sobre la utilización no profesional

Frente a la primera posibilidad, la sensibilidad de la empresa con la realidad de una sociedad tremenda y constantemente conectada, la asunción de las inevitables micropausas que la persona trabajadora puede igualmente realizar sin medios tecnológicos, la existencia de puestos cuyas funciones no requieren una actividad permanente –por ejemplo, las de atención al público en los momentos en los cuales no hay clientela o personas usuarias– o, entre muchos otros motivos, la dificultad para aplicar y controlar eficazmente esa prohibición total justifican una lógica y recomendable permisividad para admitir y regular el uso privado.

En tal supuesto, el artículo 87.3, párrafo 2.º, de la LOPDGDD supedita un posible control empresarial de los dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su utilización con fines particulares a la determinación específica y precisa de los usos autorizados, citando expresamente y a modo de ejemplo –que no como necesario contenido mínimo– los periodos de uso privado.

En ocasiones, el permiso viene previsto de forma tácita, al estar parcialmente despenalizado –de forma intencionada o no– ese uso privado social cuando es moderado y la tipificación de la infracción –o su calificación como leve, grave o muy grave– exige para su sanción la concurrencia de especiales circunstancias como la reiteración, el abuso, el perjuicio para la empresa o el servicio o, entre otras posibles, el empleo de un tiempo que implique dejación o abandono de funciones²⁰; conceptos cuya labilidad introduce el problema añadido de su compleja delimitación, todo ello sin perjuicio de que pueda llegar a ser sancionado y como consecuencia añadida la persona trabajadora pueda ser objeto de restricciones en lo sucesivo si así está expresamente contemplado en los criterios reguladores. Frente a tal incertidumbre, procede destacar excepciones que, tras anunciar el máximo castigo en alguno de los anteriores supuestos, lo terminan vinculando expresa y concretamente a comportamientos contrarios a las costumbres comúnmente aceptadas como la consulta, obtención

¹⁹ Artículos 53.4 del CC del sector de grandes almacenes (BOE de 7 de octubre de 2017), 55 j) del CC sectorial de ámbito estatal de la administración de loterías (BOE de 7 de diciembre de 2015) u 89.20 del CC estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE de 5 de junio de 2014).

²⁰ Por citar algunos ejemplos, artículos 37.12 del CC del sector de las industrias del frío industrial (BOE de 10 de octubre de 2018), 61 d) del CC estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal (BOE de 19 de diciembre de 2019) o 34 del CC de la empresa Mediterránea Merch, SL, para los centros de trabajo de Alicante, Murcia y Valencia (BOE de 12 de agosto de 2020).

o difusión de material pornográfico, abuso de menores, terrorismo, participación en chats y la descarga de materiales no relacionados con la actividad de la empresa, uso particular con carácter lucrativo, en juegos de azar, sorteos, apuestas o, en fin, envío de imágenes o material ofensivo o discriminatorio²¹.

Sin embargo, resulta de todo punto conveniente establecer de forma precisa el alcance de ese uso privado admitido. En este sentido, y al igual que ha ocurrido en épocas recientes con otras materias, la regulación del uso de los medios tecnológicos en la empresa no solo ha ido ganando interés para los interlocutores sociales, sino que ha llegado a constituir un nuevo contenido independiente en los convenios²², contando con su propio y exclusivo artículo, capítulo o anexo²³, tratando en su momento de acoger el aluvión de criterios judiciales e incluso solventando positivamente ahora su adaptación al artículo 87.3 de la LOPDGDD. Supera así su débil inclusión en el régimen disciplinario, el cual además gana relevancia porque debe ampliar su elenco de infracciones para dar cabida a cuantas derivan de la inobservancia de aquellas específicas reglas para, en definitiva, respetar el principio de legalidad y tipicidad ante una eventual sanción²⁴.

Al descender al análisis y exposición de los términos a los que podría quedar sujeto el uso privado de los dispositivos digitales, partiendo de la experiencia negocial –que por lo común presenta una estructura similar y ligeras variaciones en cada caso concreto²⁵–, cabe recordar que el artículo 87.3 de la LOPDGDD exige literalmente «que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados», lo que invita a evitar ambiguos e indeterminados enunciados como «no alterar el normal desarrollo del trabajo», «no poner en riesgo los sistemas de comunicaciones o el funcionamiento de la red interna» o «deberá ser responsable, moderada y

²¹ Artículos 48.11 y 49.21 del CC estatal de estaciones de servicio (BOE de 19 de octubre de 2017), 54.3 s) del Acuerdo marco del Grupo Repsol (BOE de 4 de enero de 2018) u 86.3.17.º del CC del grupo de empresas de Acciona Energía (BOE de 21 de octubre de 2014).

²² Como así reconocen los propios interlocutores al justificar la regulación e inclusión de esta materia, afirmando que son «conscientes de la importancia que el uso generalizado de las nuevas tecnologías de la información y del conocimiento tiene en el ámbito laboral y de la problemática que puede derivarse de una incorrecta utilización de las mismas» –arts. 168 CC de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU (BOE de 13 de noviembre de 2019) o 128 CC marco del Grupo Endesa (BOE de 17 de junio de 2020)–.

²³ O, como posibilidad intermedia, un apartado específico pero ubicado en el régimen disciplinario al considerar la infracción de la prohibición de uso absoluta que establece como falta muy grave –art. 33 CC de Mercadona, SA, y Forns Valencians Forva, SAU (BOE de 18 de febrero de 2019)–.

²⁴ Es decir, es necesario regular el uso de los medios tecnológicos y contemplar expresamente el incumplimiento de dichas reglas como infracción; un ejemplo de lo contrario en el artículo 100 b) 6 del CC estatal de reforma juvenil y protección de menores (BOE de 23 de noviembre de 2018).

²⁵ Los mejores ejemplos en el CC del Grupo Vodafone España (BOE de 7 de octubre de 2016), CC Grupo Unidad Editorial (BOE de 7 de octubre de 2017), CC estatal de reforma juvenil y protección de menores (BOE de 23 de noviembre de 2018), CC de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU (BOE de 13 de noviembre de 2019) o CC marco del Grupo Endesa (BOE de 17 de junio de 2020).

mantenerse dentro de unos límites razonables, tanto en la frecuencia de su utilización como en relación con la memoria informática y recursos consumidos»²⁶.

A partir de esa premisa, el tratamiento debe incluir un recordatorio de la condición de herramienta de trabajo y la propiedad empresarial sobre el material informático proporcionado a las personas empleadas para desempeñar más eficientemente sus funciones laborales, debiendo ser utilizado con la diligencia debida para evitar perjuicios derivados del mal uso.

Pero, más en concreto, las muy variadas y posibles reglas de uso a adoptar –cuya inobservancia puede implicar, junto a la aplicación de las correspondientes sanciones, restricciones en el posterior acceso a las herramientas– quedarán a buen seguro enunciadas a modo de delimitación negativa y excluyente, de tal forma que cualquier otro supuesto no contemplado habrá de ser valorado como utilización privada admitida, pudiendo ser las siguientes las más habituales:

- Identificación de las páginas web que no se pueden visitar, especialmente con referencia a aquellas de carácter o contenido racista, erótico, sexual o cualquier otro contrario a la dignidad y los principios morales o que supongan coste adicional o cargas económicas adicionales.
- Denegación del acceso a internet para practicar juegos de cualquier tipo o participar en sorteos.
- Enumeración de los programas o aplicaciones que no pueden ser descargadas o usadas, como pudieran ser singularmente las redes sociales, o de las alteraciones sobre la configuración de los equipos.
- Comunicación a la empresa de cualquier incidente de seguridad relacionado con las TIC.
- Determinación de la frecuencia o el tiempo que puede emplearse en los usos no prohibidos expresamente, pero realizados con fines personales.
- Envío de un determinado número de correos electrónicos personales o no profesionales en un periodo temporal de referencia, ya sea el día, la semana o el mes, o indicación de los posibles destinatarios o receptores.
- Seguimiento de cadenas o remisión de correos electrónicos masivos, en su caso también con límite cuantitativo.
- Envío de mensajes con imágenes o vídeos de carácter ofensivo, inapropiado o con contenidos discriminatorios, así como los que promuevan el acoso sexual o moral o inciten a la violencia, pudiendo la empresa incluir una rúbrica final para no asumir eventuales responsabilidades.

²⁶ Artículo 83 del CC de Iberdrola Grupo (BOE de 9 de agosto de 2017).

- Establecimiento, con la finalidad de evitar sobrecargas, de cuotas de espacio disponible para cada cuenta de correo electrónico, cuya superación determine la restricción automática de envíos y recepciones.
- Fijación de topes en los datos de consumo o en los servicios de almacenamiento *online*.
- Implantación de normas sobre la utilización de dispositivos personales en el lugar y tiempo de trabajo (*bring your own devices*, BYOD)²⁷.
- Descarga y conservación en unidades de red y en dispositivos físicos de materiales o ficheros ajenos al trabajo y protegidos por derechos de propiedad intelectual o industrial, por lo común referidos a juegos, *software*, música, imágenes o vídeos.
- Exigencia de autorización para trasladar los dispositivos a dependencias distintas de las inicialmente designadas.
- Utilización exclusiva de los medios informáticos con la clave de usuario personal, secreta e intransferible, sin poder publicarla o compartirla, así como advertencias sobre la elección de claves o contraseñas para que sean seguras.
- Realización de los usos privados fuera del horario de trabajo o exclusión para el desempeño de una actividad profesional por cuenta propia o ajena distinta a la de la empresa.
- Confidencialidad en el tratamiento de las bases de datos a las que tenga acceso, así como de la información contenida en archivos, carpetas, discos duros u ordenadores, relativas a clientela, personas proveedoras, expedientes, personas asesoras y otras personas profesionales relacionadas con la empresa y, en general, cuantas maneje con ocasión de la relación laboral, prohibiendo su tráfico, transmisión, manipulación o extracción.
- Obligación de devolver, a la extinción del contrato, el material informático en las debidas condiciones con toda la información profesional almacenada –pudiendo retirar la personal– y de facilitar las claves de acceso al ordenador, programas, bases de datos, archivos protegidos, intranet, internet y correo electrónico.

2.3. Los controles empresariales y la debida garantía del respeto a la intimidad de la persona trabajadora

El artículo 87.2 de la LOPDGDD permite a la empresa «acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores», quedando por tanto

²⁷ Con detalle, artículo 6.2.1 del CC del Centro Farmacéutico, SL (BOE de 19 de junio de 2020).

vedado el control sobre los instrumentos propiedad de la persona trabajadora, sin que ello signifique que una utilización indebida de los mismos deba quedar impune (Rodríguez Escanciano, 2019, pp. 190 y 194)²⁸; y lo hace exclusivamente con dos finalidades, como son la de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y la de garantizar la integridad y seguridad de dichos dispositivos, en alusión al *hardware*, al *software*, así como a la propia red o al conjunto de datos personales de la clientela, personal, personas proveedoras, etc.; en cualquier caso, actúan como causas autónomas e independientes²⁹ y con independencia del consentimiento de la persona trabajadora³⁰ (Baz Rodríguez, 2019, p. 161).

Adicionalmente, el artículo 87.3 permite también los controles cuando se haya admitido la utilización privada, y aun participando de ese idéntico objetivo de comprobar el correcto desempeño de sus cometidos, su licitud queda en este caso condicionada no solo a la previa existencia tanto de criterios precisos sobre esos usos particulares consentidos y a la información dada a la persona trabajadora, sino adicionalmente a que el acceso y vigilancia tenga lugar fuera de esos usos privados permitidos.

En definitiva, las reglas sobre el uso de los medios tecnológicos y los términos de la vigilancia patronal aparecen inexorablemente unidos, aunque por lo general en la negociación colectiva prima este último aspecto, omitiendo *de facto* el establecimiento de criterios precisos más allá de la prohibición y tipificación de los usos de carácter personal³¹.

Los mecanismos y los procedimientos a disposición de la empresa para efectuar estos controles son numerosos y eficaces, y vienen muy facilitados por las propias tecnologías cuyo empleo abusivo se pretende evitar, pudiendo consistir en los tradicionales sistemas de videovigilancia (en sus múltiples posibilidades), intervención de las conversaciones telefónicas mantenidas mientras se prestan servicios desde terminales de la compañía, control de acceso y localización o inspecciones en el correo electrónico, revisión de la navegación

²⁸ Con ejemplos en las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 18 de junio de 2014 (rec. 280/2014) o Aragón de 18 de mayo de 2016 (rec. 300/2016).

²⁹ STS de 26 de septiembre de 2007 (rec. 966/2006).

³⁰ De ahí la evidente ilicitud de cláusulas contractuales o convencionales como la siguiente:

El empleado manifiesta que ha sido informado de las auditorías periódicas que con carácter aleatorio la empresa puede realizar sobre el uso y destino que se hace de dichas herramientas informáticas y, en consecuencia, consiente sin reserva alguna que, dichas auditorías, se lleven a cabo sobre todas las herramientas informáticas que pueda utilizar en el desarrollo de sus funciones (CC del Centro Farmacéutico, SL –BOE de 31 de julio de 2019–).

³¹ Incluso a veces contemplando la existencia de controles sin mayor concreción –disp. adic. primera CC de ámbito estatal de Mapfre Grupo Asegurador (BOE de 21 de agosto de 2014); en similar sentido, aunque en conexión con la prohibición absoluta de uso, arts. 33.C.3 CC de Mercadona, SA, y Forns Valencians Forva, SAU (BOE de 18 de febrero de 2019) o 36 CC de Noroto, SAU (BOE de 19 de agosto de 2020)–.

y las descargas realizadas, instalación de programas espía capaces de revelar la práctica totalidad de aspectos relativos al equipo informático asignado a la persona empleada –desde los programas y aplicaciones utilizados, las páginas visitadas y el tiempo de permanencia, hasta el número de pulsaciones por minuto– o, en fin, la supervisión del uso de las redes sociales. Por lo general, los interlocutores sociales no muestran especial interés en estas cuestiones, limitándose a reconocer los controles y a ofrecer fórmulas abstractas y mínimas aclaraciones, entre las que cabe destacar –por su frecuencia– la genérica alusión a las comprobaciones oportunas y a una auditoría o –con similar imprecisión sobre los parámetros de forma, lugar y tiempo– a la monitorización remota, la indexación de la navegación o la revisión del correo electrónico.

Como cabe comprobar a la vista de la amplitud utilizada en la descripción legal y convencional de tales facultades y de las enormes facilidades para llevar a cabo el control (Reis de Araujo, 2019, pp. 203 y ss.), el ámbito de una posible intromisión en el derecho fundamental a la intimidad podría quedar notablemente ampliado (Fernández Orrico, 2019) por la posibilidad de obtener datos sensibles relativos a la esfera personal –ideología, orientación sexual, religiosa o política, aficiones, etc.– con el riesgo de un eventual uso ilegítimo, amén de en otros como la libertad de expresión e información, dignidad, secreto de las comunicaciones, protección de datos personales o libertad informática o autodeterminación informativa.

Por tal motivo, y como contrapartida, la legislación exige el establecimiento de garantías para preservar la intimidad de la persona trabajadora en el uso de los dispositivos digitales, estén o no permitidos los de carácter privado (art. 87.1 y 3 LOPDGDD); procedimiento en el cual la empresa debe ahora contar igualmente con la participación de la representación de las personas trabajadoras, pues aparece prevista de forma expresa por el artículo 87.3 de la LOPDGDD no solo para fijar los criterios de uso, sino también, como elementos inseparables que son, «los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente».

Las posibles previsiones en los criterios de uso y control, más allá de meras declaraciones sobre la necesidad de guardar en su adopción y aplicación la consideración debida a la dignidad, intimidad y demás derechos fundamentales de la persona trabajadora, pueden venir dadas por limitar la inspección a la existencia de indicios razonables de uso indebido o delito o de riesgo o perjuicio empresarial³², configurarla como medida subsidiaria si la situación «no pudiera ser aclarada mediante sistemas menos invasivos de la intimidad»³³,

³² Artículos 85 del CC del grupo de empresas de Acciona Energía (BOE de 21 de octubre de 2014), 15 del CC Grupo AXA (BOE de 10 de octubre de 2017), 168 del CC de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU (BOE de 13 de noviembre de 2019) o 131 a) del CC marco del Grupo Endesa (BOE de 17 de junio de 2020).

³³ Artículo 131 a) del CC marco del Grupo Endesa (BOE de 17 de junio de 2020).

ser realizada en horario laboral y en presencia de la propia persona trabajadora y de algún representante u otros testigos³⁴, debiendo informar previamente a ambos en cada concreto supuesto, levantar acta de la actuación, etc. No obstante, en muchos casos y especialmente en los referidos al uso de internet con los diversos equipos informáticos o tecnológicos, el control solo exigirá realmente el conocimiento y la información de su existencia, pues es realizado de forma continua y remota mediante la instalación de sistemas de rastreo y registro en el servidor central o en cada dispositivo.

Con todo, y aun cuando estén preestablecidas tanto las reglas de actuación que debe observar la persona trabajadora en el manejo de las herramientas tecnológicas como el ulterior control que la empresa puede llevar a cabo y la persona trabajadora esté informada de todo ello, la garantía del derecho a la intimidad exige la concurrencia del principio de proporcionalidad –a valorar en cada caso concreto– para descartar el carácter abusivo de los controles, no en vano los criterios de utilización han de atender a «los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente» (art. 87.3, párr. 1.º, LOPDGDD) (Preciado Domènech, 2019, p. 140), de tal forma que los mismos deberán estar justificados, resultar necesarios en defecto de otra medida de prevención o de control, quedar limitados al objeto de la comprobación, ofrecer garantías adecuadas a la persona trabajadora y, en fin, no podrán provocar perjuicios superiores sobre otros bienes o valores en conflicto que los beneficios pretendidos (Baz Rodríguez, 2019, pp. 184-187).

Por último, la norma no ha distinguido entre controles ordinarios y extraordinarios para abordar aquellos supuestos puntuales fundados en indicios de incumplimientos laborales graves y que exceden del protocolo habitual de supervisión, a diferencia de cuanto hace en el artículo 89 de la LOPDGDD respecto de la videovigilancia (Rodríguez Escanciano, 2019, p. 194); tampoco entre controles defensivos e indirectos (Baz Rodríguez, 2019, pp. 163 y ss.). Así pues, cabe entender que los controles ocultos quedan proscritos, debiendo observar cualquier medida de vigilancia el régimen jurídico contemplado por el artículo 87 de la LOPDGDD; no obstante, en cierta forma constituye un debate baldío, pues –de nuevo–, existiendo al menos advertencias genéricas pero claras de prohibición de uso privado y de realización de controles y estando la persona trabajadora informada de ello, desaparece ese carácter de clandestinidad, aunque eso tampoco le atribuye automáticamente la debida proporcionalidad.

Sea como fuere, todo lo anterior pone de manifiesto un mayor interés en la preferencia de intervención posterior sobre la prevención de comportamientos no deseados a través

³⁴ Artículos 85 del CC del grupo de empresas de Acciona Energía (BOE de 21 de octubre de 2014), 15 del CC Grupo AXA (BOE de 10 de octubre de 2017), 168 del CC de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU (BOE de 13 de noviembre de 2019) o 131 del CC marco del Grupo Endesa (BOE de 17 de junio de 2020).

de sistemas informáticos como bloqueos, filtros o advertencias³⁵, lo cual ninguna dificultad plantea y mayor protección ofrece a los derechos de la persona trabajadora mediante el recurso a la propia tecnología.

3. El artículo 87 de la LOPDGDD resulta aplicable a los criterios sobre el uso de los medios informáticos por la representación de las personas trabajadoras

Para el ejercicio de sus funciones y con la finalidad de mantener una debida comunicación con las personas trabajadoras, el artículo 81 del ET reconoce a los/las delegados/as de personal y al comité de empresa el derecho a usar un local adecuado siempre que las características de la empresa lo permitan, así como, en cualquier caso, uno o varios tabloneros de anuncios.

Por su parte, el artículo 8.1 de la LOLS atribuye igualmente a las secciones sindicales que pertenezcan a las organizaciones obreras más representativas o cuenten con miembros en la representación unitaria la prerrogativa de utilizar un tablón de anuncios situado en el centro de trabajo y en lugar que garantice un acceso adecuado a la información oportuna por sus afiliados y afiliadas y un local cuando el centro o empresa supere las 250 personas empleadas.

De nuevo el legislador, tanto en la refundición del ET de 2015 como en la LOPDGDD, parece haber permanecido en modo analógico, ignorando la realidad y las facilidades que ofrecen las nuevas tecnologías en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo y renunciando a regular su expresión actual a través, fundamentalmente, del correo electrónico y de los tabloneros de anuncios virtuales en la red como medio principal de difusión de información sindical (Rodríguez Escanciano, 2019, p. 30).

A pesar de ello, la práctica diaria transita por otros derroteros y, sin perjuicio de la pervivencia y el aprovechamiento de los instrumentos físicos tradicionales, hace ya tiempo que el TC consideró las comunicaciones sindicales como parte del derecho a la libertad sindical –otorgando así el rango de fundamental por su directo encaje en el art. 28.1 CE– y reconoció la facultad de los sindicatos a utilizar el sistema informático de la empresa entendiendo que las decisiones dirigidas a impedir este uso constituyen «actos meramente negativos tendentes a obstaculizar el contenido esencial de la libertad sindical», siempre que su uso se ajuste a la adecuación de los medios, no perjudique la finalidad para la que se crearon, respete los límites y reglas establecidos a verificar en cada caso concreto y no suponga

³⁵ Como hace el artículo 83 del CC de Iberdrola Grupo (BOE de 9 de agosto de 2017).

mayores costes o un gravamen adicional para la unidad productiva, siendo por tanto lícito que la misma predetermine esas condiciones de utilización colectiva, pero sin excluirla en términos absolutos³⁶.

En parecidos términos, el TS, partiendo de la inexistencia de una obligación legal para la creación por parte de la empresa de cuentas de correo para la representación unitaria, califica como conducta antisindical:

[...] la injustificada negativa a permitir la utilización del sistema de correo electrónico ya preexistente que pudiera haber desarrollado para el uso empresarial, cuando queda acreditado que no se perturba con ello el normal funcionamiento de su actividad, y no supone la imposición de mayores cargas, gravámenes o incremento de costes³⁷.

Sea como fuere, y a pesar del aparente silencio, nada obsta para entender aplicable el artículo 87 de la LOPDGDD en esta sede, de tal forma que cuando el citado precepto contempla la obligación de establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales aludiría no solo a los usos estrictamente profesionales de cada persona trabajadora en su puesto y para la prestación de los servicios objeto del contrato, sino también a los de naturaleza colectiva como representante legal o sindical o como persona representada o afiliada a un sindicato –al fin y al cabo, personas trabajadoras unas y otras–, que habrán de ser considerados con tal carácter pues su íntima relación con el trabajo impide atribuirles el de personal o particular para que puedan ser, en su caso, prohibidos; en consecuencia, el contenido de los mentados criterios debe incluir también las reglas sobre el empleo de los medios tecnológicos en las funciones representativas y sindicales, observando el mismo régimen jurídico expuesto en los epígrafes precedentes.

Una vez más, pues, el contexto habilita y justifica la negociación por los interlocutores sociales de estas cuestiones, siendo muy frecuente la inclusión de cláusulas de diverso contenido y alcance en los convenios colectivos. En tal sentido, cabe advertir que los principios que las inspiran resultan totalmente opuestos a los que presiden las de la persona trabajadora singular: en primer lugar, parece atraer mayor interés, pues no resultan extraños los supuestos donde aparece ordenado en el específico capítulo relativo a las relaciones colectivas de trabajo, mientras se omite la regulación del uso individual; en segundo

³⁶ Por tanto, si en la empresa existen medios telemáticos, el titular de la empresa tendrá que consentir o tolerar su uso en ejercicio de la libertad sindical siempre que ese sea un uso razonable que en ningún caso podrá interferir u obstaculizar el tráfico empresarial (STC 281/2005, de 5 de noviembre).

³⁷ STS de 21 de febrero de 2019 (rec. 214/2017); en el mismo sentido, SSTS de 22 de junio de 2011 (rec. 153/2010), 17 de mayo de 2012 (rec. 202/2011), 17 de diciembre de 2013 (rec. 109/2012) o 14 de julio de 2016 (rec. 199/2015).

término, la premisa inicial no es la prohibición absoluta, sino su admisión³⁸; tercero, los términos y requisitos para su ejercicio merecen el protagonismo frente al control empresarial, no pocas veces omitido para estos usos representativos; por último, es patente la imprecisión al distinguir entre representación unitaria y sindical, lo que en ocasiones conlleva un absurdo y desigual trato para una y otra.

Más en concreto, las previsiones generales y comunes pueden venir dadas por evitar el uso ajeno a la actividad sindical, no interferir o perturbar el trabajo del personal, implantarlo siempre y cuando no suponga la asunción de mayores costes o gravámenes para la empresa o, en fin, atribuir una única cuenta a cada órgano o sección sindical, debiendo la misma ser gestionada por la o las personas libremente elegidas por el sindicato y comunicadas a la dirección de la organización productiva³⁹.

Desde un punto de vista subjetivo, pueden existir limitaciones a los sindicatos no firmantes del convenio y en centros con menos de un concreto número de personas empleadas⁴⁰ o –mucho más habitual– a las secciones que no cuenten con un mínimo del 10 % de representatividad o con presencia en la representación unitaria⁴¹.

Excepcionalmente, la finalidad de su empleo puede quedar restringida a supuestos tasados, como en los procesos de negociación colectiva y de elecciones sindicales, así como cuando concurren circunstancias especiales que lo justifiquen. Muy común resulta otro tipo de condicionantes como no poder utilizar para los envíos el ordenador o terminal del puesto del trabajo para hacerlo con el asignado al efecto⁴².

Sea como fuere, se recomienda un uso prudente, sin remisiones masivas que puedan llegar a bloquear los servidores de las empresas⁴³, prohibiendo los envíos desde servidores

³⁸ Por ofrecer una muestra, tras tipificar el uso de las nuevas tecnologías por la persona trabajadora para fines privados como conducta sancionable, el convenio establece que «queda expresamente permitido el empleo de tales medios para los representantes legales de los trabajadores en el ejercicio de sus funciones de representación» –art. 70.15 CC estatal del corcho (BOE de 14 de mayo de 2020)–.

³⁹ Por ejemplo, artículos 74 (bis) del CC de ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados (BOE de 26 de octubre de 2016), 80 del CC general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (BOE de 1 de junio de 2017), 91 del CC nacional de servicios de prevención ajenos (BOE de 7 de octubre de 2017) o 47 del CC del Grupo Asegurador Reale (BOE de 13 de junio de 2017).

⁴⁰ Por ejemplo, 150 –art. 51 CC para el sector de prensa diaria (BOE de 28 de febrero de 2018)–.

⁴¹ Artículo 70 del CC de Zurich Insurance, PLC, Sucursal en España; Zurich Vida, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA, Sociedad Unipersonal y Zurich Services AIE (BOE de 3 de mayo de 2016).

⁴² Anexo IV.2 i) del CC del Grupo Unidad Editorial (BOE de 7 de octubre de 2017) o artículo 96.2 del CC marco del Grupo Endesa (BOE de 17 de junio de 2020).

⁴³ Artículo 45 del CC de ámbito estatal de gestorías administrativas (BOE de 23 de febrero de 2017).

externos no corporativos⁴⁴ o para ámbitos territoriales ajenos al de la representación⁴⁵. En no pocas ocasiones se sustituye la transmisión de la información por un mero aviso de que la misma se encuentra disponible en la red interna de la empresa para su visualización por las personas trabajadoras destinatarias⁴⁶, máxime cuando el correo electrónico solo está previsto para las comunicaciones entre los propios representantes, con sus respectivas federaciones sindicales o con la dirección de la empleadora⁴⁷.

Con idéntico objetivo, se determinan los momentos oportunos para su utilización, tales como el correspondiente al crédito horario⁴⁸ o fuera del horario laboral mínimo y común a todas las personas trabajadoras⁴⁹, topes en el tamaño de los documentos adjuntos⁵⁰ o, en fin, la frecuencia y número máximo de correos en atención a la representatividad ostentada por las secciones sindicales⁵¹.

Por cuanto hace a su contenido, deberá mantener un tono respetuoso, vetando comunicados insultantes o despectivos a otros sindicatos, personas afiliadas, trabajadoras, proveedoras, terceras o clientela vinculados de cualquier manera con la actividad de la empresa⁵². Aun cuando no sea frecuente expresarlo, cabe entender que habrá de estar relacionado –a entender en sentido amplio– con el trabajo y, sobre todo, sujeto a los mismos controles técnicos y a las cautelas legales en materia de protección de datos⁵³.

⁴⁴ Artículo 47 del CC del Grupo Vodafone España (BOE de 7 de octubre de 2016).

⁴⁵ Artículo 91 del CC nacional de servicios de prevención ajenos (BOE de 7 de octubre de 2017).

⁴⁶ Artículos 74 (bis) del CC de ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados (BOE de 26 de octubre de 2016) u 80 del CC general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (BOE de 1 de junio de 2017).

⁴⁷ Artículo 87.2 del CC general de la industria química (BOE de 8 de agosto de 2018).

⁴⁸ Artículo 96.4 del CC marco del Grupo Endesa (BOE de 17 de junio de 2020).

⁴⁹ Denominado «periodo de coincidencia» –art. 44.5 CC del Grupo de empresas Generali España (BOE de 17 de julio de 2017)–.

⁵⁰ Por ejemplo, 20 megas –anexo IV.2 i) CC del Grupo Unidad Editorial (BOE de 7 de octubre de 2017)–.

⁵¹ Desde el 10,00 hasta el 30 % de representatividad: 5 al mes. Desde el 30,01 hasta el 50 % de representatividad: 6 al mes. Desde el 50,01 hasta el 100 % de representatividad: 8 al mes –art. 44.5 CC del Grupo de empresas Generali España (BOE de 17 de julio de 2017)–. Hasta el 1 % de representatividad, 1 al trimestre; del 1,01 al 10 %, 1 al mes; del 10,01 al 30 %, 3 al mes; del 30,01 al 50 %, 4 al mes; del 50,01 al 70 %, 5 al mes; del 70,01 al 80 %, 6 al mes; del 80,01 al 100 %, 7 al mes –art. 43.6 CC de ámbito estatal de Mapfre Grupo Asegurador (BOE de 21 de agosto de 2014)–.

⁵² Artículos 135.2 del CC del Grupo HC Energía (BOE de 24 de febrero de 2014) o 47 del CC del Grupo Vodafone España (BOE de 7 de octubre de 2016).

⁵³ Artículos 61 del CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE de 2 de enero de 2017), 62 del CC del sector de la banca (BOE de 15 de junio de 2016) o 91 del CC nacional de servicios de prevención ajenos (BOE de 7 de octubre de 2017).

Por el contrario, muy escasas son las reglas encargadas de permitir y, en su caso, perfilar los exactos términos de un posible control empresarial de las comunicaciones y del uso efectuado por la representación. En este sentido, en algunos convenios se recoge la renuncia expresa a esa facultad de vigilancia, al menos referida al acceso de las personas trabajadoras a la información facilitada por la representación de las mismas⁵⁴; algo coherente con su carácter confidencial y que reserva una eventual revisión a la concurrencia de motivos excepcionales que lo justifiquen⁵⁵. Por tal motivo, y en tanto corresponde a los sindicatos determinar el contenido de la información transmitida, resulta anecdótico –y al borde de la legalidad– algún ejemplo que impone la supervisión previa por la empresa de sus comunicados⁵⁶.

Por último, y por si duda hubiere, el necesario servicio de mantenimiento técnico y de seguridad queda a cargo de la compañía, lo cual no debe impedir el menoscabo de los derechos sindicales⁵⁷.

⁵⁴ Artículo 82.2 del CC del Grupo Parcial Cepsa (BOE de 28 de febrero de 2018).

⁵⁵ En tal supuesto, la causas «deberán ser notificadas previamente al comité, que obviamente asistiría a tal revisión» –anexo IV.2 i) CC del Grupo Unidad Editorial (BOE de 7 de octubre de 2017)–.

⁵⁶ Artículo 47 del CC del Grupo Vodafone España (BOE de 7 de octubre de 2016).

⁵⁷ Artículo 47 del CC del Grupo Asegurador Reale (BOE de 13 de junio de 2017).



Referencias bibliográficas

- Baz Rodríguez, Jesús. (2019). *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*. Bosch.
- Falguera Baró, Miguel Ángel. (2004). Criterios doctrinales en relación con el uso por el trabajador de los medios informáticos empresariales para fines extraproductivos. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 15, 279-319.
- Fernández Orrico, Francisco Javier. (2019). Protección de la intimidad del trabajador frente a dispositivos digitales: análisis de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 222, 31-76.
- Gimeno Díaz de Atauri, Pablo. (2010). Nuevas tecnologías, innovación y negociación colectiva. En Ricardo Escudero Rodríguez (Coord.), *Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización* (pp. 299-314). Cinca.
- Preciado Domènech, Carlos Hugo. (2019). *Los derechos digitales de las personas trabajadoras. Aspectos laborales de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos y garantía de los derechos digitales*. Aranzadi.
- Quílez Moreno, José María. (2019). La garantía de derechos digitales en el ámbito laboral: el nuevo art. 20 bis del Estatuto de los Trabajadores. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 217, 127-152.
- Reis de Araujo, Adriane. (2019). *El poder de control empresarial en la web 2.0 y la dignidad del trabajador: el uso laboral de los dispositivos móviles y entornos colaborativos*. Bomarzo.
- Rodríguez Escanciano, Susana. (2019). *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*. Aranzadi.
- Ruiz González, Carlota. (2018). *La incidencia de las tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones laborales*. Laborum.