

DERECHO DEL TRABAJO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

Conflicto entre las tecnologías de información
y comunicación y el derecho a la intimidad y
propia imagen

Catarina Capeáns Amenedo

Prólogo de Luis Fernando de Castro Mejuto



eBook en
www.colex.es

1.ª EDICIÓN



DERECHO DEL TRABAJO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

*Conflicto entre las tecnologías de información y
comunicación y el derecho a la intimidad y propia imagen*

1.ª EDICIÓN 2020

Catarina Capeáns Amenedo

*Abogada especialista en Derecho Laboral
(Coordinadora)*

José Juan Candamio Boutureira

*Graduado Social
Coordinador del Departamento Laboral de Iberley Información Legal*

Prólogo realizado por

Luis Fernando de Castro Mejuto

Presidente de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia

COLEX 2020

Copyright © 2020

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal) El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados, no obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex, SL, habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder al texto con las eventuales correcciones de erratas, además, como complemento a su libro, dispondrá de un servicio de actualizaciones.

© Editorial Colex, S.L.
Polígono Pocomaco, parcela I, Edificio Diana, portal centro 2,
A Coruña, 15190, A Coruña (Galicia)
info@colex.es
www.colex.es

I.S.B.N.: 978-84-1359-003-5
Dep. Legal: C 455-2020

SUMARIO

PRÓLOGO	11
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO II. PROTECCIÓN DE DATOS. CONFIDENCIALIDAD. DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN	17
1. Protección de datos en las relaciones laborales	17
1.1. Conceptos del Reglamento General de Protección de Datos (en adelante RGPD) y de la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales (en adelante LOPDGDD)	17
1.2. Obligaciones del RGPD para la empresa	22
1.2.1. Registro de actividades de tratamiento (RAT)	22
1.2.2. Análisis de riesgos	24
1.2.3. Evaluación de impacto (EIPD)	26
1.3. Incidencia de la protección de datos en el ámbito laboral	28
1.3.1. Derechos recogidos en la LOPDGDD	28
1.3.2. Recogida de datos especialmente protegidos	30
1.3.3. Protección de datos en la selección de personal	35
1.4. Pronunciamientos judiciales de interés	38
1.5. Canales de denuncia interna o mecanismos de <i>Whistleblowing</i>	39
1.5.1. Antecedentes	39
1.5.2. Canales de denuncia e instrumentos	40
1.5.3. Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión	41
1.5.4. <i>Whistleblowing</i> y protección de datos	44
2. Obligación de confidencialidad	46
2.1. Definición de confidencialidad	46
2.2. Datos protegidos por la empresa (listados de clientes, secretos comerciales, knowhow...). ¿Cómo protegerlos y que problemas pueden surgir? ..	51
2.3. Cláusulas o pactos de confidencialidad en el contrato de trabajo	55
2.4. Supuestos de incumplimiento de la obligación de confidencialidad	58
2.4.1. Incumplimiento durante la relación laboral	59
2.4.2. Incumplimiento tras la extinción de la relación laboral	60
2.4.3. Uso por el trabajador de documentación interna de la empresa	62
3. Derecho a la intimidad de la persona trabajadora	62
3.1. Derecho a la intimidad de la persona trabajadora	62

SUMARIO

3.2. Monitorización por el empresario del correo de la persona trabajadora.	63
3.2.1. Aviso previo y posible lesión o afectación de derechos fundamentales .	66
3.2.2. Test Barbulescu	68
3.2.3. Validez como prueba. Pronunciamientos judiciales de interés	69
3.3. Registro de ordenador, registro de taquillas y efectos personales: limitaciones a la capacidad de control.	71
3.4. Videovigilancia en el trabajo	74
3.4.1. Control de la prestación de la persona trabajadora a través de videovigilancia. Intimidad y control audiovisual	74
3.4.1.A) LOPDGDD	74
3.4.1.B) Perspectiva de la Agencia Española de Protección de Datos	76
3.4.1.C) Perspectiva del Tribunal Constitucional	78
3.4.1.D) Perspectiva del Tribunal Supremo	82
3.4.1.E) Perspectiva del TEDH	84
3.4.2. Conclusión: obligación de informar a la persona trabajadora de que hay cámaras de videovigilancia. Ya no es suficiente un cartel indicativo de «zona videovigilada»	86
3.5. Grabación de sonidos	89
3.6. Regulación y uso de los datos obtenidos por geoposición en la relación laboral	90
3.6.1. Regulación del uso del mecanismo de geolocalización.	90
3.6.2. Utilización como medio de prueba para una eventual sanción disciplinaria o despido.	91
4. Derecho a la propia imagen	96
4.1. Uso de imagen o de la voz del trabajador por el empresario	96
4.2. Apariencia física e indumentaria. Imposición del “dress code” o Código de vestimenta	98
4.2.1. Dress code, ¿qué es y qué beneficios e inconvenientes plantea? Diferencias entre el dress code y el uniforme	98
4.2.2. Limitaciones al dress code o uniforme. Pronunciamientos judiciales de interés	100
CAPÍTULO III. INCIDENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL AMBITO LABORAL	105
1. Correo electrónico	105
1.1. Uso del correo corporativo	105
1.2. Uso del correo personal	107
1.3. Pronunciamientos judiciales de interés.	109
2. WhatsApp	110
2.1. Comunicaciones con la persona trabajadora por este medio	110
2.2. Validez de las comunicaciones realizadas por WhatsApp. Pronunciamientos judiciales de interés	111
2.3. El WhatsApp como medio de prueba	115
2.3.1. Documento electrónico	115
2.3.2. Posibles causas de impugnación.	117
2.3.3. Pronunciamientos judiciales de interés	120
3. Redes sociales	121
3.1. Impacto de las redes sociales en el ámbito laboral.	121

SUMARIO

3.2. Pronunciamientos judiciales de interés.	126
3.2.1. Insultos y comentarios ofensivos difundidos en perfiles públicos por los trabajadores hacia la empresa y/o hacia otros compañeros o superiores .	126
3.2.2. Acoso moral y sexual mediante RRSS.	127
3.2.3. Conductas de apología o enaltecimiento de los actos de terrorismo . .	128
3.2.4. Realización de actividades incompatibles con la incapacidad temporal	129
3.2.5. Libertad de expresión sindical y redes sociales.	130
4. El contenido de las redes sociales y mensajería instantánea como elemento probatorio en el procedimiento laboral	131
4.1. Medios de prueba	134
4.2. Pericial informática	136
4.2.1. Prueba pericial	136
4.2.2. Pericial Informática	137
4.2.3. Valoración de la prueba pericial.	139
5. El derecho a la desconexión digital	142
5.1. Definición y regulación	142
5.2. Tendencia “BYOD”	144
5.3. Particularidades del teletrabajo o trabajo a distancia. Novedades legislativas para tener en cuenta	145
5.4. Consecuencias y aplicación práctica. ¿Qué puede ocurrir si no se responde al teléfono, correo electrónico o WhatsApp del jefe fuera del horario laboral? ¿Y dentro del horario laboral?	147
5.5. Incumplimientos y sanciones	148
6. Economía “colaborativa”, apps y relación laboral	149
6.1. Definición: ¿qué es la economía colaborativa?	149
6.2. Consecuencias o aplicación práctica: ¿qué incidencia tiene con las apps y las relaciones laborales?	151
7. Registro y control de la jornada de trabajo.	156
7.1. Antecedentes en las obligaciones normativas sobre el registro de la jornada laboral de las personas trabajadoras	156
7.2. Contenido de la obligación: ampliación del registro a la jornada de todas las personas trabajadoras	158
7.2.1. Sistema de registro	159
7.2.2. Contenido del registro de jornada.	159
7.3. Problemática en la aplicación del registro horario	161
7.3.1. Puestos de trabajo móviles o itinerantes	161
7.3.2. Teletrabajo	162
7.4. La utilización de software de gestión como control del trabajo: notas sobre los datos biométricos y el valor probatorio de los logs de actividad de los usuarios	163
7.5. Incumplimientos y sanciones	164
7.6. Pronunciamientos judiciales de interés.	165
8. Nuevos riesgos digitales en el ámbito laboral	169
9. Protocolos en la empresa	171
CAPÍTULO IV. SOBRE EL FUTURO DE LAS RELACIONES LABORALES. LO QUE SE AVECINA.	183

PRÓLOGO

Es un hecho incontestable que la tecnología ha invadido todos los aspectos de nuestra vida, tanto personal como profesional. Y ello ha producido cambios importantes en las costumbres sociales y, también, en las relaciones laborales; cambios que –cada vez más– se suceden de una manera frenética en muy diversas facetas (relación interpersonal, localización, acceso a la información, fiscalización, conocimiento de aspectos íntimos, etc.).

La cuestión es que el ordenamiento jurídico sigue yendo un paso por detrás de esas innovaciones –e injerencias, qué duda cabe– tecnológicas, por lo que la respuesta a los problemas anudados a las mismas o es limitada o directamente inexistente en la mayoría de los casos. Las soluciones responden a una concepción superada del Derecho del Trabajo, pudiendo traerse a colación, como supuesto paradigmático, la mención que se hace en el ET o en la LOLS (artículos 81 y 8.2.a), respectivamente) al tablón de anuncios, configurado como uno netamente físico, cuando en un mundo digitalizado como el presente, el provecho podría obtenerse a través de uno virtual, que facilitase la consulta continua y a distancia por parte del personal de la empresa, descartando la utilidad de uno físico, siquiera dicha limitación podría superarse a través de la negociación colectiva. Es solo un ejemplo, pero significativo de la dinámica jurídica laboral española en la que el desarrollo tecnológico no se ha visto acompañado de las necesarias reformas legislativas, a pesar de la incorporación de alguna previsión parcial y muy genérica (como el artículo 20 bis ET, introducido por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre).

Por ello, es imprescindible conseguir aportar soluciones particulares, ya sean doctrinales ya jurisprudenciales, que puedan servir para abordar de una forma clara los problemas que ciertos aspectos no tan beneficiosos de esa implementación digital están provocando. Piénsese en la constante conexión a la empleadora a través de Apps o de dispositivos electrónicos (el propio correo electrónico u otros programas de mensajería instantánea) y el derecho que un empleado tiene a desconectarse o ver respetado su derecho al descanso y a la libertad; el uso de las redes sociales no sólo desde el punto de vista del empresario, sino también en los excesos que pueden plantearse por parte de un trabajador, y la vinculación que pueda tener con derechos fundamentales (derecho a la propia imagen, derecho al honor, etc.); o, en fin, el control absoluto que permite la tecnología sobre los movimientos, actuaciones, conversaciones, gestos e, incluso, durante las necesarias micropausas a lo largo de la jornada (Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 98/2000, de 10 de abril), como una suerte de Panóptico laboral, en los términos planteados por J. BETHAM y entendido como la mirada ideal y perfecta, porque todo lo ve, sin ser visto y cuyo origen se sitúa en el campo penitenciario.

Y, en este panorama necesitado de soluciones prácticas, es donde descuella este libro *Derecho del Trabajo y Nuevas Tecnologías*, habida cuenta que plantea –y resuelve– de manera magistral los diferentes aspectos que –relacionados con las

TIC– impregnan la relación laboral. No trata sólo de hacer una mera enumeración de aquellos problemas que puedan surgir en diversos ámbitos, sino de analizar de manera metódica todas y cada una de las posibilidades que se ofrecen ante las diferentes situaciones, ya se trate de la protección de datos, la confidencialidad o el derecho a la intimidad, ya de otros más específicos que han tenido respuestas dispares (registro de jornada, uso de la mensajería instantánea, las redes sociales y la economía colaborativa), sin olvidarse de reflexionar sobre el futuro del Derecho del Trabajo en este mundo digitalizado.

El examen que se plantea en esta monografía delimita de manera precisa cuáles son los grandes apartados a los que debe prestarse atención, sin olvidar una cita de otros más marginales, y, sobre todo, en los que va a generar conflictos el devenir de la relación laboral y que, a día de hoy, todavía se encuentran –en muchas ocasiones– huérfanos de solución jurisprudencial, siquiera puedan existir pautas o, incluso, líneas dibujadas en algún pronunciamiento concreto, al que se da cumplida referencia y estudio en este magnífico libro, recogiendo abundantes citas concernientes a los distintos aspectos de que se tratan.

Parte aquel de una división en tres grandes apartados, tras la introducción, un segundo bloque que se corresponde con lo que podría identificarse con los derechos de los empleados (todos ellos relacionados con su intimidad, propia imagen y datos personales), un tercer gran bloque sobre la incidencia de las TIC en las relaciones dentro de la empresa y finalmente el futuro de las relaciones laborales ante lo que se avecina. No obstante, el contenido de estos apartados va más allá de una mera exposición dogmática de cada institución o problema, habida cuenta que el planteamiento realizado por C. CAPEÁNS –y ahí está el indiscutible valor de su monografía– es fundamentalmente práctico, dirigido al operador, a aquel que persigue encontrar respuesta a un determinado problema en su empresa o ayuda de cómo encarar la situación ya generada. Y ello, lo hace desgranando concienzudamente cada uno de los derechos de los trabajadores en las diferentes posibilidades que nos podemos encontrar, agotando cualquier hipótesis jurídica y –por encima de todo– ofreciendo soluciones. Y así, a título de ejemplo, pese a que podría hacerse con cualquiera de los derechos recogidos del primer apartado dedicado a la «Protección de datos en las relaciones laborales», «Obligación de confidencialidad», al «Derecho a la intimidad del trabajador» y al «Derecho a la propia imagen», respectivamente; a título de ejemplo –repito–, en el último de los bloques (el relativo a la propia imagen) no sólo se encara el análisis del uso corporativo de la imagen del empleado y las visiones contradictorias de los tribunales sobre ella, sino también el de la voz e, incluso, el de las intervenciones escritas por los trabajadores en distintos medios y el uso que el empresario podría llegar a hacer, añadiendo un exhaustivo estudio sobre las posibilidades concernientes a la vestimenta y aspecto, la imposición de un uniforme, su distinción del *dress code*, la discriminación que se puede generar en la empresa, la existencia de una normativa interna propia de vestimenta y las reales –pues se producen con frecuencia– medidas empresariales que puede comportar su vulneración e, incluso, la mera apariencia física que no infringe aquél.

En el tercero de los apartados, que se centra en la valoración de las diversas herramientas informáticas empleadas en el actual desarrollo de la relación laboral (correo electrónico, *WhatsApp* y redes sociales), se incluyen cuatro aportaciones que entiendo sobresalientes: una, la relativa al empleo de esos recursos como medios de prueba en los procesos laborales; otra, el derecho a la desconexión digital; la tercera, los problemas derivados de la denominada economía colaborativa;

y la última, el registro y el control de la jornada del trabajo. En cada una de ellas recoge cuestiones netamente actuales y algunas con soluciones judiciales parciales o, incluso, oscilantes, como en el caso de las grandes plataformas dedicadas a la economía colaborativa (*Uber, Deliveroo, Glovo,...*), en las que se han dictado algunos pronunciamientos aislados y que probablemente deberán resolverse a través de una reforma legislativa en la misma línea que la marcada por Francia o Italia, al regular la figura del repartidor autónomo que canaliza las relaciones –y sus especiales características– en estas plataformas con sus *riders*.

Como corolario de todo lo antedicho, la condición de abogada en ejercicio de la autora le permite, apoyándose en su extensa y provechosa experiencia en el campo jurídico-laboral, que acompaña con un profundo conocimiento teórico, abordar cada uno de los temas con una perspectiva práctica, perfectamente encadrada y dirigida a resolver cualquier duda que se pueda presentar en el devenir de una relación laboral. Y ahí reside el valor que considero esencial de su obra: aúna un planteamiento teórico exhaustivo con una completa respuesta práctica, combinado con una redacción clara y sintética, que facilita su comprensión, incluso a los profanos en la materia. Realmente, obras como la suya son necesarias en el panorama jurídico actual, pues reúne actualidad (de los problemas), cabal sentido jurídico (en las soluciones) y claridad (en la exposición).

Luis Fernando de Castro Mejuto

*Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia
Magistrado especialista del orden social*

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

La utilización de nuevas tecnologías en las empresas está suponiendo sin duda una revolución en las relaciones laborales a la que podríamos adjudicar efectos ventajosos y desventajas.

En un lado de la balanza encontraríamos aspectos como la agilización de procesos, la información en tiempo real, las mejoras en la comunicación, el incremento de la eficacia, o la flexibilidad laboral. No obstante, del otro lado vemos factores negativos, como la mayor dependencia directa o indirectamente de tecnología, la necesidad de contar con perfiles profesionales avanzados tecnológicamente y sobre todo una definición mucho más difusa del horario laboral.

Lo indudable, en cualquier caso, es que, en las últimas décadas, las tecnologías de información y comunicación (TICs) han revolucionado el mundo laboral por completo, dando lugar a la aparición de nuevas formas de trabajo, comunicación, gestión y organización que necesitan concreciones en el ámbito laboral y para las que el legislador muchas veces llega tarde; es por ello que en muchas ocasiones son los tribunales, quienes al resolver cuestiones reales que se suscitan van fijando líneas interpretativas fundamentales. Con esta obra se pretende realizar un análisis no solo de la legislación en vigor en la materia sino un desarrollo de los pronunciamientos jurisprudenciales más importantes que son los que nos han marcado las pautas.

En un primer gran bloque tratamos derechos de la persona trabajadora en su relación laboral, como la protección de datos, la confidencialidad, el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen, y como todos ellos recobran un nuevo significado tras la llegada de las TICs. En materia de protección de datos es necesario conocer los límites que rigen en el ámbito laboral para no infringir derechos; en particular analizaremos el sistema de canal de denuncia interna (*whistleblowing*) que procede de la normativa europea y que tendremos que empezar a implantar en el tejido empresarial del país. En materia de confidencialidad resulta cada día más importante para las empresas establecer mecanismos adecuados para proteger su know-how y cómo actuar en caso de incumplimiento de la obligación de confidencialidad por parte de la persona trabajadora. En cuanto al derecho a la intimidad de la persona trabajadora tras la llegada de las TICs al mercado laboral es necesario establecer límites a la capacidad de control del empresario en materia de uso del correo electrónico, en los casos de videovigilancia o geolocalización. En materia del derecho a la propia imagen de la persona trabajadora en un mundo en el que las empresas se exponen cada día más en páginas web o redes sociales, muchas veces haciendo uso de los perfiles de las personas trabajadoras, es necesario conocer las reglas de este uso, cómo establecer límites a los contenidos de redes sociales o cómo enfrentarnos a retos relativos a la uniformidad o *dress code*.

En un segundo gran bloque hemos incluido la incidencia de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral, y en el que analizamos el uso por parte de las empresas de nuevos medios de comunicación en la prestación de servicios como son el correo electrónico, WhatsApp y redes sociales, y la necesidad de conjugar el uso de las TICs con el respeto a los derechos de la persona trabajadora. Analizamos asimismo si todas estas formas de comunicación pueden ser usados como medio de prueba en un proceso laboral y de qué manera pueden aportarse en el juzgado. Añadimos un apartado relativo al derecho a la desconexión digital introducido por la LOPDGDD para conocer que implicaciones puede tener en el ámbito laboral, un apartado relativo a la economía colaborativa que comienza a tener incidencia en nuestro mercado laboral y un apartado relativo al registro horario puesto que el control de la jornada de trabajo ha de realizarse siempre con respeto a los derechos de la persona trabajadora.

Por último, y como conclusión, nos damos cuenta de la necesidad actual de suplir mediante normativa interna de cada empresa la ausencia de normativa expresa sobre muchas materias. Y por ello tratamos sobre la necesidad, que se hace cada día más imperiosa, de elaborar procedimientos internos, protocolos que faciliten el conocimiento por las personas trabajadora de cómo puede hacer uso de las TICs en el puesto de trabajo. Procedimientos que sin duda dan mayor seguridad jurídica a las dos partes de la relación laboral.

CAPÍTULO II. PROTECCIÓN DE DATOS. CONFIDENCIALIDAD. DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN

1. Protección de datos en las relaciones laborales

1.1. Conceptos del Reglamento General de Protección de Datos (en adelante RGPD) y de la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales (en adelante LOPDGDD)

La empresa, o sus asesores, deben conocer y cumplir las exigencias sobre protección de datos recogidas en la normativa actual. Exigencias, que como veremos no solo abarcan en el ámbito laboral formalidades asociadas a la LOPDGDD o RGPD, sino que han de estar presentes desde la fase previa a la contratación (Procesos de selección, gestión del «*curriculum vitae*», tratamiento informatizado y perfiles de candidatos) hasta la extinción de la relación laboral e incluso con posterioridad a la relación laboral.

Antes del análisis de los distintos puntos de interés en esta materia, tan poco abordada desde el punto de vista laboral, hemos de abordar –a modo introductorio– aquellos conceptos sobre los que, tanto inicialmente el Reglamento General de Protección de Datos (en adelante RGPD), como posteriormente la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales (en adelante LOPDGDD), articulan el tratamiento de datos para garantizar su correcta protección. Es necesario conocer los conceptos utilizados por la normativa para poder abordar posteriormente su incidencia en el ámbito laboral.

a) Exactitud de los datos. El art. 5.1 apartado d) del RGPD expone que los datos personales serán exactos y, si fuera necesario, actualizados. El considerando 39 reseña que *“deben tomarse todas las medidas razonables para garantizar que se rectifiquen o supriman los datos personales que sean inexactos”*. La obligación del responsable de corregir aquellos datos que sean inexactos es correlativa al derecho de rectificación de los interesados expresamente reconocido en el artículo 16 del RGPD. El principio de exactitud de los datos aparece también reconocido en el art. 4 de la LOPDGDD.

El principio de exactitud de los datos determina a su vez la necesidad de articular procedimientos que permitan al responsable realizar la actualización continua

DERECHO DEL TRABAJO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

Los últimos veinte años han supuesto la llegada e implantación masiva, tanto a nivel laboral como personal, de las llamadas nuevas tecnologías o tecnologías de la información y la comunicación.

En el ámbito de las relaciones laborales, nos encontramos con nuevos mecanismos de comunicación, sistemas informáticos de organización empresarial, sistemas de control o incluso formas de marketing que, por su novedad y su capacidad de reinventarse a gran velocidad, apenas han sido regulados.

Son los operadores jurídicos los que, sin antecedentes y sobre los escasos mimbres legislativos, han creado, denunciado o validado actuaciones empresariales o procedimientos internos, que solo muy recientemente han empezado a introducirse en la negociación colectiva.

Esta obra pretende realizar un análisis de la legislación de referencia en la materia y de los pronunciamientos jurisprudenciales más importantes.

Con todo ello, abordamos la necesidad de suplir mediante normativa interna de la empresa la ausencia de normativa legal o convencional sobre muchas materias y el nacimiento de los procedimientos internos y protocolos.

