



Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña

Vol. 25 (2021), pp. 137-170

ISSNe: 2530-6324 || ISSN: 1138-039X

DOI: <https://doi.org/10.17979/afdudc.2021.25.0.8802>

EL PODER DE DIRECCIÓN Y LOS MEDIOS DE CONTROL DEL EMPRESARIO EN EL TELETRABAJO

THE EMPLOYER'S MANAGEMENT POWER AND CONTROL MEANS IN REMOTE WORK

ISABEL OLMOS PARÉS

Magistrada Sala Social del TSJ de Galicia

Doctora en Derecho por la UDC

<https://orcid.org/0000-0001-8240-3898>

Recibido: 10/06/2021

Aceptado: 22/10/2021

Resumen: La nueva regulación del trabajo a distancia, en especial el teletrabajo, nos plantea la cuestión de si el poder de dirección de empresario se reduce o por el contrario se incrementa. Este trabajo aborda cuáles son los principales aspectos del poder de dirección del empresario en el trabajo a distancia: el horario de trabajo, el tiempo de disponibilidad, pero también las instrucciones sobre protección de datos o de información, así como todo lo relativo a la utilización de los dispositivos digitales puestos a disposición del trabajador por el empresario.

Palabras clave: Teletrabajo, Poder de dirección, Horario, Tiempo de disponibilidad, Dispositivos, Medios de control, Intimidad.

Abstract: The new regulation of remote work, especially teleworking, raises the question of whether the managerial power of the employer is reduced or on the contrary increased. This work deals with the main aspects of the entrepreneur's power of direction in remote work: working hours, availability time, but also instructions on data or information protection, as well as everything related to the use of the digital devices made available to the worker by the employer.

Keywords: Telecommuting, Remote work, Management power, Working hours, Uptime, device, Control means, Privacy.

Sumario: **I. INTRODUCCION. II. CONCEPTO DE TELETRABAJO. III. PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO EN EL TRABAJO A DISTANCIA** 1. La voluntariedad del teletrabajo. 2. Horario de trabajo. A. Registro de la jornada. B. Tiempo de disponibilidad en el trabajo a distancia. C. Tiempo de descanso. La desconexión digital. 3. Instrucciones del empresario en materia de protección de datos e información. A. Política de protección de datos de la empresa. B. Obligaciones del trabajador. 4. Medios de control del empresario. Los dispositivos digitales. A. Dispositivos digitales de la empresa para uso exclusivo del teletrabajo. B. Dispositivos digitales de la empresa de uso dual o compartido. C. Dispositivos digitales particulares del teletrabajador. 5. Otros medios de control. A. La videovigilancia. B. Grabación de sonidos. C. Geolocalización. **BIBLIOGRAFÍA.**

* * *

I. INTRODUCCION

«Trabajo en casa», es una expresión que se ha extendido como la pólvora en los últimos meses, pero hace ya cuarenta años que un europarlamentario danés, Freddy Blak (PSE) presentó por escrito una pregunta a la Comisión Europea sobre el asunto: “Entorno laboral en los trabajos a domicilio”, y entre otras cosas inquirió: “¿Es consciente la Comisión de que muchas directivas relativas al entorno laboral destinadas a proteger al trabajador no tienen ningún efecto para los trabajadores a domicilio, dado que las directivas en cuestión presuponen que el trabajo transcurre en lugares de trabajo más tradicionales? En ese momento, un análisis realizado por el Ministerio de Investigación en Dinamarca concluía que el número de puestos de trabajo a domicilio iba a aumentar de manera explosiva durante los siguientes 3 a 5 años¹.”

¹ PREGUNTA ESCRITA n. 3205/97 del Freddy BLAK a la Comisión. Entorno laboral en los trabajos a domicilio, Diario Oficial n° C 134 de 30/04/1998 p. 0114. La respuesta del Sr. Flynn en nombre de la Comisión (24 de noviembre de 1997) fue: “La Comisión es consciente de que el número de trabajadores a domicilio en Europa aumenta. Según los datos de la Comisión relativos a 1992, en la Comunidad trabajan habitualmente a domicilio 6,9 millones de personas, lo que equivale al 4,9 % de la población activa. La Comisión no está en condiciones de cuantificar el aumento del número de trabajadores a domicilio que se producirá en los próximos años. En su Programa de acción social a medio plazo (1995-1997) (COM(95)134 final), la Comisión reconoció la necesidad de realizar un esfuerzo a nivel europeo para mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores a domicilio”. Por otra parte, Con fecha 27 de mayo de 1998, la Comisión aprobó una Recomendación en la que invita a los Estados miembros a ratificar el Convenio n° 177 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo al trabajo a domicilio. España no lo ha ratificado. De los 27 países de la UE solo lo han ratificado Irlanda, Bélgica, Países Bajos, Bulgaria y Finlandia. La OIT, en fecha 20 de junio de 1996, adoptó el referido Convenio n° 177 y una Recomendación sobre los trabajadores a domicilio. El Convenio ofrece un elevado nivel de protección a los trabajadores a domicilio. No obstante, con vistas a garantizar su aplicación en el territorio de la UE, debería ser ratificado por todos los Estados miembros. En lo que a la protección se refiere, el Convenio de la OIT establece las obligaciones que se imponen a los Estados miembros para que apliquen una política de trabajo a domicilio destinada a mejorar la situación de los trabajadores a domicilio. Además, el Convenio establece expresamente que las políticas nacionales sobre trabajo a domicilio deberán promover, en la medida en que sea posible, la igualdad de trato entre trabajadores a domicilio y otros trabajadores asalariados, garantizando de ese modo a los trabajadores a

Han pasado más de 40 años y pese a la universalización de las nuevas tecnologías², con la consiguiente expansión de la llamada economía de la información³, ha sido una crisis sanitaria la que ha obligado a legislar, dada la circunstancia de que el trabajo a distancia se ha mostrado como el mecanismo más eficaz para asegurar el mantenimiento de la actividad durante la pandemia y garantizar la prevención frente al contagio⁴.

En efecto, desde el 13 de octubre de 2020 está vigente en España una nueva norma a la que se remite el art. 13 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET)⁵, al disponer que las personas trabajadoras podrán prestar su trabajo a distancia en los términos previstos en el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre (en adelante el RDL)⁶.

Hasta la fecha, solo existía el archiconocido Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, suscrito por los interlocutores sociales europeos en julio de 2002 y revisado en 2009, que no se había traducido en una regulación, a nivel empresarial o de las

domicilio de la Comunidad un entorno de trabajo de equivalentes condiciones al que existe en los lugares tradicionales de trabajo

² Sobre esta cuestión véase la ponencia sobre el teletrabajo de ESCUDERO RODRIGUEZ, R., “Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo”, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999., 2000, ISBN 84-8417-021-7, págs. 761-872, *Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales*, número 28, 1999 del Ministerio de Trabajo. Véase también a SANCHEZ MANGAS, R., “Productividad y nuevas formas de organización del trabajo en la sociedad de la información”, Documento de trabajo número 81/2005, Fundación Alternativas, pág. 44.

³ El término «sociedad de la información» describe una sociedad en la que un grado significativo de actividad se centra en la creación, distribución, utilización y reutilización de la información. Esta actividad se lleva a cabo mediante lo que se conocen como tecnologías de la información y la comunicación (TIC). La utilización de las TIC, el crecimiento de internet y la liberalización de los mercados de las telecomunicaciones han revolucionado las vidas cotidianas de los europeos durante los últimos veinticinco años y brindan oportunidades como el teletrabajo, los servicios de aprendizaje electrónico y de sanidad electrónica, entre otros. Sobre esta cuestión véase GALA DURÁN, C., “Teletrabajo y sistema de Seguridad Social”, *Relaciones Laborales*, núm. 15-16, 2001. págs. 1189 y ss.; ALIAGA CASANOVA, A.C., “El teletrabajo, la necesidad de su regulación legal”, *Revista General de Derecho*, núm. 682-683, 2001, págs. 6657 y ss.; y MARTIN FLOREZ, L., “Outsourcing y teletrabajo: consideraciones jurídico-laborales sobre nuevos sistemas de organización del trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 71, 1995, págs. 401 y ss.

⁴ Conforme a la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre (BOE» núm. 253, de 23/09/2020), en Finlandia, durante la pandemia, el uso del teletrabajo alcanzó el sesenta por ciento y según la encuesta de Eurofound «Living, working and COVID-19», casi cuatro de cada diez personas trabajadoras (un treinta y siete por ciento) empezaron a teletrabajar a causa de la pandemia (un treinta por ciento en España). En todo caso, téngase en cuenta que conforme a la Disposición transitoria tercera del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia relativa a “Trabajo a distancia como medida de contención sanitaria derivada de la COVID-19”: “Al trabajo a distancia implantado excepcionalmente en aplicación del artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, o como consecuencia de las medidas de contención sanitaria derivadas de la COVID-19, y mientras estas se mantengan, le seguirá resultando de aplicación la normativa laboral ordinaria”.

⁵ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, publicado en BOE núm. 255 de 24 de octubre de 2015, vigencia desde 13 de noviembre de 2015. Revisión vigente desde 13 de octubre de 2020.

⁶ Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, publicado en BOE núm. 253 de 23 de septiembre de 2020, Vigencia desde 13 de octubre de 2020

Administraciones Públicas, del teletrabajo, pero que ha servido ahora para orientar el contenido de la reciente disposición legal española como veremos⁷.

Son indudables las ventajas del trabajo a distancia, en especial del teletrabajo, pues moderniza la organización del trabajo de las empresas y Administraciones Públicas, y por otro da una mayor autonomía en la realización de sus tareas a las personas trabajadoras⁸, no obstante, también presenta posibles inconvenientes: protección de datos, brechas de seguridad, tecnoestrés, horario continuo, fatiga informática, conectividad digital permanente, mayor aislamiento laboral, pérdida de la identidad corporativa, deficiencias en el intercambio de información entre las personas que trabajan presencialmente y aquellas que lo hacen de manera exclusiva a distancia, dificultades asociadas a la falta de servicios básicos en el territorio, como la conectividad digital o servicios para la conciliación laboral y familiar, o traslado a la persona trabajadora de costes de la actividad productiva sin compensación alguna, entre otros⁹.

II. CONCEPTO DE TELETRABAJO

La ley distingue el trabajo a instancia del teletrabajo, de modo que este se considera una subespecie del primero¹⁰. El trabajo a distancia y el teletrabajo tienen en común que la prestación de servicios se produce en el marco de un contrato de trabajo por cuenta ajena, se distingue así del teletrabajo autónomo, pero se desarrolla fuera de las dependencias de la empresa, en un lugar elegido por el trabajador al menos un treinta por ciento de la jornada en un periodo de referencia de tres meses¹¹. La diferencia se encuentra en el modo en que se materializa la prestación de servicios, pues en el teletrabajo la prestación es posible y se lleva a cabo gracias al uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación, lo que no ocurre en el trabajo a distancia que no es teletrabajo, lo que nos transporta a formas más tradicionales, pequeños talleres familiares textiles o en general de tipo manual, predominantemente compuesto por mujeres, con muy poca o ninguna conexión con el empleador.

Debería añadir que el teletrabajo no siempre se puede prestar en el domicilio del trabajador (teletrabajo a domicilio), sino también en otro lugar donde se concentran teletrabajadores de diversas empresas (telecentros) o, utilizando terminología más

⁷ Otros Acuerdos dignos de mención son los siguientes: Acuerdo Europeo sobre Teletrabajo en las telecomunicaciones (2001), Acuerdo Europeo sobre Teletrabajo en el sector eléctrico (2004); y el Acuerdo Europeo sobre Teletrabajo en el de la administración local y regional (2004).

⁸ El Acuerdo Marco Europeo así lo entendió. Por eso su objeto era elaborar un marco general a escala europea sobre las condiciones laborales de teletrabajadoras y teletrabajadores y compaginar las necesidades de flexibilidad y seguridad que son comunes a estos y a las empresas. En el mismo se define el teletrabajo del mismo modo que lo ha hecho la nueva norma española, si bien no establece un porcentaje mínimo de horas trabajadas a distancia como elemento de la definición.

⁹ Véase la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.

¹⁰ Véase el art. 2, “Definiciones”, del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia

¹¹ Véase el art. 1, párrafo segundo del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.

actualizada, los denominados emplazamientos nómadas¹², o bien sin tener un lugar fijo en el que prestar sus servicios (teletrabajo pendular o itinerante), de modo que no todo trabajo a domicilio es teletrabajo. Lo que de verdad identifica al teletrabajo es que se produzca fuera de la sede de la empresa, en un lugar elegido por el trabajador, y que se esté comunicado con éste con medios electrónicos¹³. Por esto se le llama también “trabajo remoto”¹⁴.

Un principio fundamental en la regulación del trabajo a distancia según la nueva ley es el de igualdad de trato¹⁵. Éste se traduce, en lo que afecta a las condiciones de empleo, que los trabajadores a distancia se benefician de los mismos derechos, garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables, que los trabajadores comparables que trabajan en los locales de la empresa. La ley menciona expresamente, entre las condiciones laborales donde se manifiesta el principio de igualdad de trato, la retribución, estabilidad en el empleo, tiempo de trabajo, formación y promoción profesional¹⁶. No obstante, teniendo en cuenta las peculiaridades de este tipo de trabajo, pueden ser necesarios acuerdos específicos complementarios individuales o colectivos.

La segunda nota esencial característica de la nueva regulación es que el trabajo a distancia será voluntario para la persona trabajadora y para el empresario y requerirá la firma de lo que la nueva ley denomina acuerdo de trabajo a distancia, el que podrá formar parte del contrato inicial o realizarse en un momento posterior, sin que pueda ser impuesto en aplicación del artículo 41 del ET, todo ello sin perjuicio del derecho al trabajo a distancia que pueda reconocer la legislación o la negociación colectiva¹⁷.

¹² DE LA VILLA GIL, L.E., “Trabajo a distancia”, en AA.VV. (GOERLICH PESET, J.M., Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2016, pág. 317.

¹³ La definición que el art. 2 del RDL hace del trabajo a distancia en el sentido de que trabajo a distancia es “la forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta” puede verse limitada por la imposición de la empresa de que no se trabaje, por razones de seguridad o protección de datos, en lugares públicos o por ejemplo, co-workings.

¹⁴ Asimismo, la Organización Internacional del Trabajo reguló, en su Convenio nº 177 y en la Recomendación nº 184, el trabajo a domicilio, entendiéndose que esta modalidad se produce cuando se realiza la actividad laboral en el domicilio de la persona trabajadora o en otro local que esta escoja, distinto de los locales de trabajo de la empresa, a cambio de una remuneración y con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones de la misma. Véase al respecto, USHAKOVA, T., “Teletrabajo y relación laboral, el enfoque de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en AA.VV. (Lourdes Mella Méndez, ed. lit., y Alicia Villalba Sánchez, coord.), *Trabajo a distancia y teletrabajo. Estudios sobre el régimen jurídico en Derecho Español y Comparado*, Pamplona, Monografías Aranzadi, 2015, ISBN 978-84-9098-797-1, pág. 43.

¹⁵ También en el Acuerdo Marco Europeo que contiene nueve cláusulas referidas a las siguientes materias: voluntariedad; condiciones de empleo; protección de datos; vida privada; equipos; salud y seguridad; organización del trabajo; formación; y derechos colectivos. De todas ellas destacan dos que debemos considerar centrales. Por un lado, el principio de igualdad de trato, y por otro, el principio de voluntariedad. Los dos ocupan un lugar preferente en la nueva Ley.

¹⁶ Véase el art. 4, apartado 1, del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.

¹⁷ Véase el art. 5.1 del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.

La voluntariedad se plasma, pues, con la suscripción del citado acuerdo de trabajo a distancia que deberá realizarse por escrito y que deberá formalizarse antes de que se inicie el trabajo a distancia¹⁸.

III. PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO EN EL TRABAJO A DISTANCIA

El acuerdo por escrito tiene por objeto no solo garantizar la voluntariedad a través de un mutuo acuerdo entre las partes sino también el de establecer un contenido mínimo obligatorio del acuerdo de trabajo a distancia, sin perjuicio de la regulación recogida al respecto en los convenios o acuerdos colectivos. La norma enumera en diferentes apartados cuál es ese contenido obligatorio. Entre ellos, nos encontramos elementos imprescindibles como puede ser el lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora para el desarrollo de sus funciones o el centro de trabajo de la empresa al que queda adscrita la persona trabajadora a distancia y donde, en su caso, desarrollará la parte de la jornada de trabajo presencial. Me interesa, sin embargo, centrarme en aquellos aspectos que están más directamente conectados con el ejercicio del poder de dirección empresarial y no tanto con el bienestar del trabajador¹⁹.

Debe tenerse en cuenta que si bien la finalidad principal del acuerdo es, en esencia, la de reflejar que el trabajador está de acuerdo en trabajar a distancia (voluntariedad), también lo es la de establecer el horario, las reglas de disponibilidad, las instrucciones del empresario, los medios de control de la actividad, los procedimientos a seguir en el caso de producirse dificultades técnicas que impidan el normal desarrollo del trabajo a distancia, los plazos de preaviso para el ejercicio de las situaciones de reversibilidad, lo que refleja que el poder de dirección del empresario no solo no desaparece sino que se incrementa.

1. La voluntariedad del teletrabajo

El trabajo a distancia será voluntario para la persona trabajadora y para la empleadora. Así está dispuesto expresamente en el art. 5.1. del RDL, lo que en principio parece indicar que es el trabajo a distancia el que es voluntario, no el presencial. Pero la voluntariedad se extiende hasta tal punto que el trabajador no solo puede negarse a teletrabajar, sino que si acepta, luego puede volver al trabajo presencial a través del ejercicio del derecho a la reversión. Es decir que tan voluntario es el cambio entre un trabajo presencial a otro a distancia como a la inversa. Ese es el sentido de la expresión

¹⁸ Conforme al art. 6, apartado 2, del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia: “La empresa deberá entregar a la representación legal de las personas trabajadoras una copia de todos los acuerdos de trabajo a distancia que se realicen y de sus actualizaciones, excluyendo aquellos datos que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, pudieran afectar a la intimidad personal, de conformidad con lo previsto en el artículo 8.4 del Estatuto de los Trabajadores. El tratamiento de la información facilitada estará sometido a los principios y garantías previstos en la normativa aplicable en materia de protección de datos.

¹⁹ Véase al respecto DE LA CASA QUESADA, S., “Tiempo de trabajo y bienestar de los trabajadores, una renovada relación de conflicto en la sociedad digital”, Universidad de Jaén, Estudios financieros, *Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, ISSN 1138-9532, núm. Extra 1, 2019, págs. 113-145.

contenida en el art. 5.3 del RDL cuando establece que “La decisión de trabajar a distancia desde una modalidad de trabajo presencial será reversible para la empresa y la persona trabajadora”.

La garantía de este principio tiene una serie de consecuencias en orden al poder de dirección empresarial, pues si el teletrabajo no forma parte del contenido del puesto y el empresario ofrece la posibilidad de teletrabajar, el trabajador puede rechazarla sin que el empresario pueda imponerla a través del procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo previsto en el art. 41 del ET. Y del mismo modo, tampoco podrá ser impuesta la reversión hacia un trabajo presencial a través de ese procedimiento, sin perjuicio claro está de una modificación de la presencialidad que no pueda considerarse sustancial, al mantener en régimen de trabajo a distancia un 30% de la jornada. Es lógico, pues el art. 41 del ET se refiere a las modificaciones sustanciales que se produzcan en el marco de un determinado contrato de trabajo, pero no a las condiciones que puedan determinar un cambio en el régimen contractual²⁰. Del mismo modo, tampoco el empresario podrá extinguir el contrato de trabajo por negarse el trabajador a teletrabajar ni tampoco por el ejercicio de la reversibilidad al trabajo presencial por parte del trabajador²¹. Tampoco el empresario puede represaliar al trabajador, por ejemplo, a través de una modificación del salario basado en la petición del trabajador afectado de volver a la situación anterior de trabajo presencial, a salvo de aquellas cantidades que estuviesen vinculadas al trabajo a distancia como sería la cantidad fijada en compensación de gastos.

Desde la perspectiva del empresario, este también podrá negarse a la petición de trabajo a distancia del trabajador, salvo que el mismo se ampare y se justifique como medida razonable y proporcionada para hacer efectivo el derecho de conciliación²², pero también podrá ejercer el derecho a la reversión en el caso de que haya aceptado una petición de trabajo a distancia²³.

En todo caso, el ejercicio del derecho a la reversión se halla estrictamente vinculado al acuerdo de trabajo a distancia, el cual debe fijar los plazos de preaviso para su ejercicio, teniendo en cuenta que el referido acuerdo debe fijar también la duración del mismo. Es posible, pues, que aunque la situación de trabajo a distancia se haya pactado durante un cierto tiempo, por ejemplo dos años, se haya previsto también la posibilidad de revertir la situación durante el transcurso de esos dos años, pudiendo por tanto, ante de que llegue este término, volver al trabajo presencial.

Por lo tanto, la reversión implica una modificación que no será sustancial si está permitida por el pacto de determinación que se ha llevado a cabo para acordar el trabajo a distancia; por el contrario, si no está permitida, será sustancial y por tanto, como hemos visto no podrá ser impuesta. El pacto pues de duración del trabajo a distancia y las condiciones de ejercicio del derecho de reversión cobran especial relevancia. Hay que tener

²⁰ Véase la sentencia del TS, Sala Social, de 11 de abril de 2005 (Rec. 143/04).

²¹ Véase el art. 5.2 del RDL.

²² Véase el art. 34.8 del ET.

²³ Véase la Sentencia del Juzgado de lo Social 4 de Madrid de 29 de septiembre de 2020 (autos 143/2020), dónde se declara procedente el despido de una trabajadora que disminuyó su rendimiento por la negativa de la empresa a su petición de teletrabajo.

en cuenta en este sentido que, bien en virtud del principio “*pacta sunt servanda*” del artículo 1.091 CC, bien como consecuencia de la “fuerza vinculante” atribuida a cualquier convenio colectivo, las partes están obligadas a respetar la determinación acordada al respecto.

En otro orden de cosas, la reversión también será posible por razón de “las dificultades para el desarrollo adecuado de la actividad laboral a distancia”, lo que conduce a pensar en la extinción del contrato por causas objetivas. A este respecto, el ET establece como causa de extinción la ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa²⁴; así como la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables²⁵. Sin embargo, en los casos en que la ineptitud o falta de adaptación se produzcan en el contexto de un trabajo a distancia, por ejemplo, en el teletrabajo, debido a la dificultad de adaptación a los medios tecnológicos, la consecuencia no puede ser la extinción del contrato sino la reversión de la prestación de servicios a la modalidad presencial previa; para ello, el acuerdo de trabajo a distancia prevé el procedimiento a seguir en estos casos. La nueva ley es consciente de las dificultades, técnicas u otras, imputables o no a la persona trabajadora, que eventualmente pudieran producirse, sobre todo en caso de teletrabajo; de este modo, el trabajador no podrá ser objeto de despido ni tampoco podrá sufrir perjuicio alguno ni modificación en las condiciones pactadas, en particular en materia de tiempo de trabajo o de retribución, por las mismas²⁶.

Cosa distinta ocurrirá si el teletrabajo forma parte del contrato de trabajo desde el momento de su suscripción, pues entonces la utilización de esos medios tecnológicos y sus posibles modificaciones estarán comprendidos dentro de sus obligaciones laborales y seguirán el régimen común.

2. Horario de trabajo

El trabajo a distancia, al igual que sucede con el trabajo presencial deberá desarrollarse dentro de un horario determinado, de modo que se alternen tiempos de trabajo con tiempos de descanso. La mención que el RDL realiza al horario de trabajo es novedosa en nuestro ordenamiento jurídico laboral²⁷. La referencia al mismo en el ET es prácticamente inexistente, salvo en el actual apartado 9 del art. 34 que introdujo el registro diario de jornada²⁸. Y es que el horario cobra especial importancia en el trabajo a distancia,

²⁴ Véase el art. 52 a) del ET.

²⁵ Véase el art. 52 b) del ET.

²⁶ Véase el art. 4, apartado 2, del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.

²⁷ El art. 7 c) del RD 28/2020 establece como contenido mínimo obligatorio del acuerdo, entre otros extremos, del “Horario de trabajo de la persona trabajadora y dentro de él, en su caso, reglas de disponibilidad”.

²⁸ El apartado 9 del art. 34 del ET, sobre el registro de la jornada ordinaria fue introducido por Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (BOE» núm. 61, de 12/03/2019, entrada en vigor 13/03/2019). Conforme al art. 34.9 primer párrafo del ET, “La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo”.

en la medida de que no se distingue el lugar de trabajo del lugar de descanso. Lo que es evidente, por razón de las características propias de este tipo de organización empresarial, es que la persona trabajadora podrá flexibilizar el horario de prestación de servicios establecido en mayor proporción que un trabajador presencial. Sin embargo, ello puede resultar peligroso, pues si bien es cierto que, por ejemplo, el trabajo a domicilio puede ayudar a los trabajadores a gestionar sus vidas privadas (especialmente al eliminar el «tiempo muerto» que se pierde de ida y vuelta al trabajo), también es cierto que, si no se gestiona adecuadamente, puede conducir a que se diluyan las líneas divisorias entre la prestación de cuidados, el horario laboral y el tiempo libre, lo que afecta de forma principal a las mujeres²⁹.

A. Registro de la jornada

Si el trabajador presta sus servicios en su domicilio, el tiempo de trabajo debe quedar claramente determinado a través del registro de la jornada, que por exclusión registrará también el tiempo de descanso. Teniendo en cuenta que la transición entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso no se traduce en un cambio físico del espacio en donde se halla la persona trabajadora, es decir, el empleado no se desplaza, sino que permanece en el mismo lugar donde ha desarrollado su jornada de trabajo, será más importante que nunca el cumplimiento de la obligación del registro de la jornada, la cual llevará implícita la desconexión digital (en el caso del teletrabajo), de la que hablaré después, es decir, el abandono de las aplicaciones informáticas propias de la empresa, incluidas las de comunicación, sin perjuicio de que el teletrabajador puede seguir utilizando el ordenador o la tableta para uso personal, si ha sido autorizado para ello, no en vano, el descanso tiene una finalidad claramente ligada a la seguridad y salud en el trabajo³⁰.

El cumplimiento del horario se verifica a través del registro diario, ya que el mismo está destinado a modular la fijación del trabajo por objetivos (“destajo tecnológico”) o la perpetua disponibilidad (“presentismo digital”)³¹. A tal efecto, el RDL establece la aplicación al trabajo a distancia del mismo sistema de registro horario que se regula en el artículo 34.9 del ET para los trabajadores presenciales³², de conformidad con lo establecido

²⁹ BARBUCCI, G., Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La brecha digital de género» (Dictamen exploratorio solicitado por el Parlamento Europeo) (2018/C 440/06), Diario Oficial de la Unión Europea, 6.12.2018.

³⁰ Conforme a la Directiva 2003/88/CE del parlamento europeo y del consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Las disposiciones de la Directiva 2003/88, en especial sus artículos 3, 5 y 6, precisan el derecho fundamental del art 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (en adelante la CDFUE), a la que el artículo 6 TUE, apartado 1, reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados [...]. El art. 31 de la CDFUE, tras reconocer en su apartado 1 que «todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad», dispone en su apartado 2 que «todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas».

³¹ ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia”, *Lan Harremanak*, núm. 43, 2020, págs. 157 y ss.

³² Dicho precepto fue introducido en el ET una vez fueron públicas las Conclusiones Generales del Abogado General en el asunto C-55/18, ECLI:EU:C:2019:87, que dio lugar luego a la STJUE de 14 de mayo de 2019, "CCOO/Deutsche Bank" (C-55/18), ECLI:EU:C:2019:402, relativa a la obligación de llevar un registro de la jornada diaria de trabajo y la aplicación horizontal de obligaciones instrumentales. Véase asimismo a NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “La STJUE de 14 de mayo de 2019, "CCOO/Deutsche Bank"

en la negociación colectiva, a los efectos de reflejar fielmente el tiempo que la persona trabajadora dedica a la actividad laboral a distancia, sin perjuicio de la flexibilidad horaria, y deberá incluir, entre otros, el momento de inicio y finalización de la jornada³³.

La empresa es la encargada de organizar y registrar el horario de trabajo sin que se pueda trasladar esa función al propio empleado³⁴. En el caso del teletrabajo ese registro podrá garantizarse gracias también a las nuevas tecnologías, la mejor opción es utilizar una solución digital que permita a los empleados registrar su jornada, por ejemplo, a través del encendido y apagado del dispositivo electrónico utilizado (fichar con el ordenador o con el smartphone a través de la geolocalización); o la inserción manual por parte del trabajador de los datos pertenecientes a su jornada laboral. En ese sentido, el registro de la jornada puede ser mucho más eficiente tanto para el trabajador como para la empresa, pues disminuye casi a cero el error humano propio de las anotaciones manuales, ayuda al cumplimiento del horario y facilita la prueba en caso de reclamación de horas extras. El departamento de RRHH puede obtener informes semanales o mensuales en apenas un click. De todos modos, nada impide que ese tipo de control se establezca también para trabajadores presenciales que prestan servicios a través de las nuevas tecnologías, eliminando otro tipo de controles, como puede ser los de control biométrico o los de huella digital, que en tiempos de pandemia han debido ser suprimidos³⁵. En definitiva, el registro de horas a través de un software ofrece transparencia e información de interés a los empleados y a la empresa.

Cosa distinta será que todo el tiempo registrado como prestación efectiva de servicios constituya en efecto tiempo de trabajo, es decir, ¿cómo saber que el teletrabajador está realmente trabajando? Algunas de las aplicaciones informáticas diseñadas para registrar la jornada laboral van más allá del registro de la hora en la que el trabajador comienza y finaliza su jornada. Muchas de ellas están preparadas para que el empleado pueda indicar las tareas que va realizando o incluso las hay que ofrecen la posibilidad de imputar tiempo a cada tarea, pero ya no estamos ante una cuestión relativa al cumplimiento del horario, sino del cumplimiento a las instrucciones de la empresa al que más adelante me referiré.

(C-55/18), relativa a la obligación de llevar un registro de la jornada diaria de trabajo y la aplicación horizontal de obligaciones instrumentales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, ISSN 1138-4026, Año núm. 23, núm. 64, 2019, págs. 929-961.

³³ Véase el art. 14 del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.

³⁴ Puede consultarse al respecto la Guía sobre el Registro de Jornada del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social (<https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/GuiaRegistroJornada.pdf>).

³⁵ Téngase en cuenta que a raíz de la pandemia por COVID, el art. 4.2 de la Orden SND/414/2020, de 16 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 2 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, estableció que: “El fichaje con huella dactilar será sustituido por cualquier otro sistema de control horario que garantice las medidas higiénicas adecuadas para la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, o bien se deberá desinfectar el dispositivo de fichaje antes y después de cada uso, advirtiendo a los trabajadores de esta medida”.

B. Tiempo de disponibilidad en el trabajo a distancia

El RDL sobre el trabajo distancia contempla la posibilidad de que en el acuerdo de trabajo a distancia se pacten e incluyan reglas de disponibilidad, las que entiendo referidas a la posibilidad de que el trabajador pueda estar disponible para responder de un modo u otro a las necesidades del empresario después de haber concluido su jornada³⁶, lo que plantea la duda de en qué medida puede considerarse que un teletrabajador sigue trabajando, por razón de hallarse disponible para la empresa, en su domicilio (lugar de trabajo) o fuera de él.

El concepto de tiempo de trabajo es comunitario, lo que implica un concepto autónomo. En ese sentido, de la Directiva 2003/88³⁷, podemos extraer los siguientes elementos que lo definen: 1) un criterio espacial (mientras “permanezca en el trabajo”); 2) un criterio de autoridad (estar “a disposición del empresario”); y 3) un criterio profesional (“en ejercicio de su actividad o de sus funciones”).

Vemos cómo la Directiva no contempla el trabajo a distancia o el teletrabajo, solo piensa en un trabajo de tipo presencial, donde el trabajador se desplaza a prestar sus servicios al centro de trabajo al que se halla adscrito, de manera que deja de trabajar cuando lo abandona. Nada impide, no obstante, una aplicación analógica, de manera que encontrarse en el puesto de trabajo para un teletrabajador a domicilio equivale a seguir trabajando, lo que tiene el riesgo de que por el mero hecho de que siga disponible en su domicilio, sin poder salir, pueda considerarse tiempo de trabajo, pese a no estar realizado sus funciones, sino otras propias de su vida privada. Y viceversa, puede seguir trabajando, pese a no estar en su puesto de trabajo (domicilio), si está obligado a volver a conectarse desde donde esté o acudiendo de nuevo a su domicilio o al centro al que está adscrito o a otro lugar determinado por el empresario en un plazo relativamente breve.

Ese tipo de situaciones son las que han determinado que el elemento espacial haya evolucionado en la Jurisprudencia del TJUE hasta casi desaparecer, pues el mencionado Tribunal, tratando de mantener el sistema binario de la Directiva: o es tiempo de trabajo o es tiempo de descanso, sin otras categorías posibles; y por otro, siguiendo una interpretación teleológica que cumpla con los objetivos de seguridad y salud en el trabajo, se ha apartado de una interpretación literal de la Directiva³⁸.

³⁶ Véase el art. 7 c), del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.

³⁷ El art. 2 de la Directiva 2003/88/CE establece la definición de tiempo de trabajo y de tiempo de descanso. Según el mismo, tiempo de trabajo es todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales; Período de descanso es todo período que no sea tiempo de trabajo. La Jurisprudencia del TJUE interpretando la Directiva 2003/88/CE ha mantenido un sistema binario. Véase a tal efecto, la STJUE de 7 de mayo de 2020, C-96/19, ECLI:EU:C:2020:353, o la de 30 de abril de 2020, C-211/19, ECLI:EU:C:2020:344. Véase también las Conclusiones del Abogado General Sr. Pitruzzella presentadas el 6 de octubre de 2020, C-580/19, punto 51, ECLI:EU:C:2020:797.

³⁸ Por ejemplo, véase la sentencia de 3 de octubre de 2000, Simap, C-303/98, EU:C:2000:528, apartado 48, relativa a guardias médicas, donde el Tribunal de Justicia ha seguido una línea evolutiva coherente para ofrecer un marco interpretativo sólido de los conceptos de tiempo de trabajo y descanso, con el fin de adscribir en uno u otro concepto los períodos en que los trabajadores se encuentran en esa situación particular. Desde sus primeras sentencias sobre este tema, el Tribunal de Justicia ha distinguido entre: 1) guardias

En ese sentido, el TJUE ha considerado que el hecho de que el trabajador no se halle físicamente en su puesto no impide que pueda seguir trabajando, pues lo determinante es que siga sujeto a las obligaciones impuestas por el empresario y no tanto, por ejemplo, el hecho de que esté en su puesto o en un lugar fijado por empresario³⁹. En ese sentido, existe doctrina jurisprudencial del TJUE en el sentido de que si el trabajador está presente en un lugar determinado por el empresario, a disposición del mismo para responder a su llamada y el plazo de reacción a la llamada es particularmente breve, entonces ese tiempo de disponibilidad continuada puede considerarse tiempo de trabajo⁴⁰. Del mismo modo ocurrirá si el trabajador se halla en una situación de disponibilidad como la anterior, esto es, sujeto a un plazo breve de respuesta, aunque pueda elegir el lugar donde se halle⁴¹.

Por lo tanto, en lo que atañe a la cuestión de la definición del concepto de tiempo de trabajo, conviene tener en cuenta que, a la luz de la digitalización del trabajo y de la existencia del teletrabajo, el aspecto relativo a la imposición por parte del empresario de un lugar de concreto en el que el trabajador deba encontrarse debería desempeñar una función secundaria a la hora de definir el mismo.

El factor determinante para que los períodos de disponibilidad se califiquen de tiempo de trabajo es la sujeción a las obligaciones impuestas por el empresario y, en particular, el plazo de reacción a la llamada, y no el hecho de encontrarse en un lugar

presenciales en el lugar de trabajo (guardias en el lugar de trabajo) y 2) guardias en las que los trabajadores deben estar permanentemente localizables sin estar, no obstante, obligados a permanecer en el lugar de trabajo (períodos de disponibilidad continuada). El primer supuesto no genera problemas de interpretación particulares, pues es pacífico que un trabajador al que se le obliga a estar presente y disponible en el lugar de trabajo para prestar sus servicios profesionales está ejerciendo sus funciones y, por tanto, en tiempo de trabajo, incluso durante el tiempo en el que no efectúa de forma concreta ninguna prestación profesional. Pero, el segundo es más complejo desde el punto de vista interpretativo, pues, aun estando a disposición de su empresario al tener que estar localizables, los médicos no estaban obligados a permanecer en sus puestos de trabajo, de modo que podían gestionar su tiempo más libremente y dedicarse a sus aficiones. Por consiguiente, se concluyó que ese período estaba comprendido en la categoría de «período de descanso» a excepción del tiempo efectivamente dedicado a prestar servicios a raíz de la llamada.

³⁹ Véase el punto 69 de las CONCLUSIONES del Abogado General Sr. Pitruzzella presentadas el 6 de octubre de 2020, Asunto C-580/19, ECLI:EU:C:2020:797.

⁴⁰ Véase la STJUE de 21 de febrero de 2018, Matzak, C-518/15, EU:C:2018:82, relativa al servicio de guardia localizada de un bombero voluntario que, durante el período en el que se encontraba de guardia localizada estaba obligado a permanecer en su domicilio a la espera de recibir llamadas a las que debía responder, so pena de sanciones disciplinarias, desplazándose al parque de bomberos en un plazo de ocho minutos, listo con su indumentaria de trabajo.

⁴¹ Véase la STJUE de 9 de marzo de 2021 y las CONCLUSIONES del Abogado General Sr. Pitruzzella presentadas el 6 de octubre de 2020, Asunto C-580/19, ECLI:EU:C:2020:797, relativo al servicio en régimen de disponibilidad de un bombero profesional, jefe de grupo. Durante ese servicio, el trabajador está obligado a permanecer siempre localizable, pero sin que el empresario haya establecido un lugar de permanencia determinado. Mientras realiza el servicio de disponibilidad, el demandante puede elegir el lugar en el que se encuentre, pero de forma que, en caso necesario, pueda llegar al término municipal de Offenbach del Meno en uniforme y con el vehículo de intervención urgente en veinte minutos. Además los hechos reflejan que el demandante realizó un total de 126 períodos de disponibilidad en un periodo de dos años, durante los cuales se vio obligado a atender alertas o a intervenir físicamente 20 veces. El demandante solicitó que los períodos en los que había estado en situación de disponibilidad se reconocieran como tiempo de trabajo y le fueran retribuidos.

determinado por el empresario o hallarse más o menos cerca del lugar de trabajo. También pueden existir otros criterios subsidiarios que ayuden a adoptar una solución en los supuestos dudosos. Esos indicios complementarios guardan relación con el ejercicio del poder de dirección del empresario —y con la consiguiente posición de subordinación del trabajador, parte débil de la relación— y no tanto con situaciones objetivas ajenas a la esfera de control del empresario. Me explico, dichos indicios pueden ser, por ejemplo, el margen de maniobra del trabajador frente a la llamada (imposibilidad de intervenir a distancia, imposibilidad de ser eventualmente sustituido por otro trabajador), las consecuencias disciplinarias previstas en caso de ausencia de intervención o retraso en acudir, la exigencia de acudir a la llamada con una determinada vestimenta técnica, la disponibilidad de un vehículo de servicio para llegar al lugar de la intervención, la franja horaria y la duración del período de disponibilidad, así como la posible frecuencia de las intervenciones, pues si estas se suelen repetir a menudo durante los períodos de disponibilidad, el trabajador podría quedar comprometido de tal forma que se reduciría casi a cero la posibilidad de programar su tiempo libre durante esos períodos, lo cual, si concurre asimismo la circunstancia de que la llamada requiere un tiempo breve de reacción, puede poner en grave peligro la efectividad de su descanso⁴².

En consecuencia, si un trabajador que presta sus servicios en su domicilio debe estar disponible a requerimiento de la empresa para resolver cualquier incidencia que se presente, lo relevante no es, tampoco, el lugar donde deba permanecer mientras tanto. El empresario puede ponerse en contacto con su empleado a través de medios electrónicos portátiles (teléfonos móviles, tabletas, ordenadores portátiles), en cualquier momento, de modo que con independencia de que el trabajador se halle o no en su domicilio, lo importante es el tiempo de respuesta que tiene para acudir allí desde donde tiene que conectarse⁴³, aunque durante el tiempo de disponibilidad permanezca en su domicilio o en cualquier otro lugar por él elegido. Además, en el trabajo a distancia, tampoco tienen por qué coincidir el lugar de prestación de los servicios con el lugar donde se debe estar disponible⁴⁴.

En conclusión, del mismo modo que sucede en el caso del trabajo presencial, cuando el trabajador no se encuentra en el lugar de trabajo lo determinante es la sujeción a las obligaciones impuestas por el empresario y, en particular, el plazo de reacción a la llamada, y no el hecho de encontrarse en un lugar determinado por el empresario o cerca del lugar de trabajo⁴⁵.

⁴² Véase el punto 111 y ss. de las CONCLUSIONES del Abogado General Sr. Pitruzzella presentadas el 6 de octubre de 2020, Asunto C-580/19, ECLI:EU:C:2020:797.

⁴³ Normalmente será en su domicilio, si es allí donde se hallan los medios o equipos puestos a su disposición por la empresa, sobre todo si existen instrucciones concretas como pueden ser las de no conectarse desde lugares públicos o la conexión a redes WIFI abiertas no seguras.

⁴⁴ El lugar de prestación de los servicios forma parte del contenido obligatorio mínimo del Acuerdo de trabajo a distancia conforme al art. 7 f), del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.

⁴⁵ En los asuntos en los que recayeron el auto de 4 de marzo de 2011, Grigore (C-258/10, no publicado, EU:C:2011:122) y la sentencia de 10 de septiembre de 2015, Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras, C-266/14, EU:C:2015:578, a efectos de calificar la situación de disponibilidad, se consideró indiferente la circunstancia de que el trabajador se encontrase o no en un lugar establecido por el empresario o que estuviera cerca del lugar de trabajo.

C. Tiempo de descanso. La desconexión digital

Si el teletrabajo se define por el uso prevalente o exclusivo de las nuevas tecnologías, el descanso solo se puede garantizar a través de la desconexión digital, pues el hecho de que el trabajador haya dejado de realizar sus funciones no basta para entender que realmente ha dejado de estar a disposición del empresario, si debe responder a los correos o a las llamadas de la empresa y éstas se siguen produciendo después de finalizar su jornada.

Es por eso que el RDL establece expresamente que las personas que trabajan a distancia, particularmente en teletrabajo, tienen derecho a la desconexión digital fuera de su horario de trabajo en los términos establecidos en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre. Sin embargo, la citada norma se limita a establecer el derecho de un modo genérico al señalar que “Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar”.

En realidad, este derecho resulta más concretado en el RDL cuando establece no solo el derecho del trabajador sino el deber empresarial de garantizar la desconexión, lo que conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables⁴⁶.

No se trata de un derecho nuevo y autónomo, sino lo que se ha llamado un derecho escoba⁴⁷, teniendo en cuenta que por un lado existen razones de seguridad y salud laboral que lo imponen⁴⁸, pero por otro, derechos de conciliación de la vida laboral y familiar.

Sin embargo, la nueva norma no ha establecido la obligación de que los convenios colectivos incorporen como contenido mínimo las modalidades de desconexión digital y en

⁴⁶ Véase el art. 18.1 2 párrafo del RDL 28/2020, de 22 de septiembre.

⁴⁷ MUÑOZ RUIZ, A.B., “El derecho a la desconexión digital”, *Revista Trabajo y Derecho*, Monográfico núm. 12, noviembre 2020. <https://e-archivo.uc3m.es>.

⁴⁸ Esta conexión con la prevención de riesgos laborales está presente en el RDL 28/2020, de 22 de septiembre, cuando en el art. 16 relativo a la “Evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva”, dispone que: “1. La evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva del trabajo a distancia deberán tener en cuenta los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, poniendo especial atención en los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos. En particular, deberá tenerse en cuenta la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada” y 2.” La empresa, previa audiencia de la representación legal de las personas trabajadoras, elaborará una política interna dirigida a personas trabajadoras, incluidas las que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática”.

cambio sí ha establecido la obligatoriedad de la empresa en orden a establecer una política interna sobre esta cuestión⁴⁹.

En todo caso, también formara parte del contenido del acuerdo entre empresario y trabajador sobre el trabajo a distancia que, como hemos visto, debe contener tanto el horario como en su caso las reglas de disponibilidad, cuya vertiente negativa es precisamente la desconexión, esto es, a no desarrollar actividades fuera de la jornada, ni a ser contactado por el empleador a través de medios digitales o electrónicos, sin que su actitud negativa, pasiva o evasiva signifique desaprobación alguna en el ámbito de la relación de trabajo⁵⁰.

Una concreción específica de dicho derecho la podemos encontrar también en el nuevo RDL al establecer la prohibición de programas en los dispositivos que son propiedad del trabajador, pues en estos casos, la desconexión no sería posible, pues el mismo seguiría ligado a través de sus propios dispositivos a las necesidades de la empresa.

En realidad, la mejor garantía del derecho es que la propia empresa asuma el deber que le impone la norma y establezca reglas precisas en su propia política de empresa, aunque lo deseable sería que las diferentes modalidades de desconexión se pudieran incorporar al convenio de empresa o al sectorial correspondiente⁵¹.

La otra cara de la desconexión es lo que se ha llamado la reconexión⁵², es decir, la obligación del trabajador a conectarse de nuevo, pese a no hallarse dentro de su horario de trabajo y precisamente por esa razón, estaba ya desconectado. La reconexión debe producirse en casos extraordinarios o de fuerza mayor, a salvo de los tiempos de disponibilidad pactados. La necesidad de establecer criterios precisos de reconexión es tan necesaria como la de los criterios de la desconexión, pues de nada sirve el derecho a desconectarse si el mismo puede quedar sin efecto ante la más mínima necesidad de la empresa, y no ante verdaderas circunstancias excepcionales⁵³.

⁴⁹ Véase como el art. 18.2 establece en primer lugar que: “La empresa, previa audiencia de la representación legal de las personas trabajadoras, elaborará una política interna dirigida a personas trabajadoras, incluidas las que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática”; y por otro, en el segundo párrafo, que: “Los convenios o acuerdos colectivos de trabajo podrán establecer los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso”.

⁵⁰ VALLECILLO GÁMEZ, M.R., “El derecho a la desconexión, ¿novedad digital o esnobismo del viejo derecho al descanso?”, *Revista Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros), núm. 408, 2017, págs. 167 y ss.; véase también a MERCADER UGUINA, J.R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, págs. 24 y ss.

⁵¹ Debe recordarse que este deber era absoluto en la redacción originaria de este derecho a la desconexión digital, pero que en la actual redacción del precepto ha desaparecido el adjetivo “absoluta”, tras la expresión “limitación”:

⁵² MUÑOZ RUIZ, A.B., “El derecho”, cit., <https://e-archivo.uc3m.es>.

⁵³ Véase la DA 1ª del RDL 28/2020 de 22 de septiembre cuando dispone que. “Los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer, en atención a la especificidad de la actividad concreta de su ámbito, la identificación de los puestos de trabajo y funciones susceptibles de ser realizados a través del trabajo a distancia, las condiciones de acceso y desarrollo de la actividad laboral mediante esta modalidad, la duración

3. Instrucciones del empresario en materia de protección de datos e información

El ejercicio del poder empresarial se manifiesta, en esencia, a través de las instrucciones que el empresario imparte a su trabajador y dos, a través de la facultad de control del empresario en relación al cumplimiento de las mismas. En muchos casos, la existencia de instrucciones permite identificar quien es el verdadero empresario, lo que no impide que en el caso del trabajo a distancia, éstas sean emitidas y recibidas a través de medios telemáticos⁵⁴.

El RDL que regula el trabajo a distancia identifica dos tipos de instrucciones como propias de este tipo de organización de trabajo y por ello formando parte del contenido mínimo obligatorio del acuerdo suscrito al efecto, lo que indica que el poder de dirección y el control de la actividad pueden ser más intensos que en el trabajo presencial⁵⁵, lo que se ha dado en llamar el látigo digital⁵⁶. La primera, hace referencia a las instrucciones dictadas por la empresa (con la participación de la representación legal de las personas trabajadoras), en materia de protección de datos, específicamente aplicables en el trabajo a distancia. El segundo, a las instrucciones dictadas por la empresa, también previa información a la representación legal de las personas trabajadoras, sobre seguridad de la información, específicamente aplicables en el trabajo a distancia⁵⁷.

¿Qué instrucciones específicas en materia de protección de datos y de la información existen en el trabajo a distancia?

A. Política de protección de datos la empresa

La empresa en cuanto organización responsable del tratamiento de datos de sus trabajadores o clientes tiene una serie de obligaciones derivadas de esa cualidad con independencia de que sus trabajadores trabajen o no a distancia. Sin embargo, también es cierto que el trabajo en remoto con utilización de las nuevas tecnologías representa ciertos riesgos añadidos en ese sentido. A tal efecto, siguiendo las Recomendaciones para proteger los datos personales en situaciones de movilidad y teletrabajo de la AGENCIA ESPANOLA DE PROTECCION DE DATOS⁵⁸, el empresario deberá (1), definir una

máxima del trabajo a distancia, así como contenidos adicionales en el acuerdo de trabajo a distancia y cuantas otras cuestiones se consideren necesario regular.

⁵⁴ Véase el voto particular a la STSJ, de 22 de septiembre de 2020 (Recurso de Suplicación 827/2019), sobre cesión ilegal

⁵⁵ Véase a LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P., “Una mirada periférica al teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia en el derecho español”, en AA.VV. (Lourdes Mella Méndez, ed. lit. y Alicia Villalba Sánchez, coord.), Trabajo a distancia y teletrabajo. Estudios sobre el régimen jurídico en Derecho Español y Comparado, Pamplona, Monografías Aranzadi, 2015, ISBN 978-84-9098-797-1., pág. 43.

⁵⁶ TODOLÍ SIGNES, A., “El cumplimiento de la primera Ley de la robótica: análisis de los riesgos laborales asociados a un algoritmo/inteligencia artificial dirigiendo el trabajo”, *Labour&LawIssues*, vol. 5, núm. 2, 2019, pág. 6.

⁵⁷ Véase a tal efecto, el art. 7, letras j) y k) del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.

⁵⁸ Véanse las Recomendaciones para proteger los datos personales en situaciones de movilidad y teletrabajo de la AGENCIA ESPANOLA DE PROTECCION DE DATOS (AEPD)

política de protección de la información para situaciones de trabajo en remoto basada en la política de protección de datos y seguridad de la información de la entidad.

Además, la empresa (2), deberá restringir el acceso a la información. La restricción implica establecer o definir cuáles son los perfiles o niveles (puestos de trabajo), que van a tener acceso a los recursos y a la información en función de los roles de cada persona empleada, de una forma incluso más restrictiva respecto de los concedidos en los accesos desde la red interna. Incluso tendrá que aplicar restricciones de acceso adicionales en función del tipo de dispositivo desde el que se acceda a la información (equipos portátiles corporativos securizados, equipos personales externos y dispositivos móviles como smartphones o tabletas) y también dependiendo de la ubicación desde la que se accede.

Asimismo, el empresario (3), deberá configurar periódicamente los equipos y dispositivos utilizados en las situaciones de movilidad⁵⁹. Si se permite el uso de dispositivos personales de los trabajadores, al suponer un mayor riesgo por no incorporar los mismos controles de los equipos corporativos, se podrá exigir unos requisitos mínimos de seguridad (por ejemplo, contar con un sistema operativo y software original y actualizado), o habrá que valorar la posibilidad de establecer mayores niveles de restricción⁶⁰.

Otra de las recomendaciones es la de (4), establecer sistemas de monitorización encaminados a identificar patrones anormales de comportamiento en el tráfico de red cursado en el marco de la solución de acceso remoto y movilidad con el objetivo de evitar la propagación de malware por la red corporativa y el acceso y uso no autorizado de recursos. A tal efecto, se debe informar al personal, sobre la existencia y el alcance de estas actividades de control y supervisión.

Esta política de la empresa ha de estar recogida en una guía referenciada en el acuerdo de teletrabajo y ajustada a la situación concreta de las tareas a realizar.

<https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-04/nota-tecnica-protecter-datos-teletrabajo.pdf>; así como el informe RBP/18 Recomendaciones de seguridad de situaciones de teletrabajo y refuerzo en vigilancia publicado por el CCN-CERT incluye controles y medidas de seguridad específicas a tener en cuenta durante una situación de trabajo en remoto, así como una relación de empresas que operan en nuestro país en el sector de la ciberseguridad y que ofrecen servicios y soluciones en el contexto de accesos remotos a los recursos corporativos. <https://www.ccn-cert.cni.es/informes/informes-ccn-cert-publicos/4691-ccn-cert-bp-18-recomendaciones-de-seguridad-para-situaciones-de-teletrabajo-y-refuerzo-en-vigilancia-1.html>.

⁵⁹ Los equipos corporativos utilizados como clientes tienen que: o estar actualizados a nivel de aplicación y sistema operativo, o tener deshabilitados los servicios que no sean necesarios, o tener una configuración por defecto de mínimos privilegios fijada por los servicios TIC que no pueda ser desactivada ni modificada por el empleado o instalar únicamente las aplicaciones autorizadas por la organización, o contar con software antivirus actualizado, o disponer de un cortafuegos local activado, o tener activados solo las comunicaciones (wifi, bluetooth, NFC, ...) y puertos (USB u otros) necesarios para llevar a cabo las tareas encomendadas. o incorporar mecanismos de cifrado de la información.

⁶⁰ Por ejemplo, el restringir la conexión a una red segregada que únicamente proporcione un acceso limitado a aquellos recursos que se hayan identificado como menos críticos y sometidos a menor nivel de riesgo.

B. Obligaciones del trabajador

El empleado que teletrabaja está obligado a respetar la política de protección de datos y de la información definida por la empresa, observando las medidas y recomendaciones recogidas en las guías, así como del resto de las normas y procedimientos que la desarrollen y, especialmente, lo que concierne al deber de confidencialidad en relación a los datos personales a los que tuviera acceso en el desempeño de sus funciones laborales.

Idealmente, estas obligaciones podrían ser las que siguen⁶¹:

a) **Proteger el dispositivo utilizado para teletrabajar y el acceso al mismo**, definiendo y utilizando contraseñas de acceso robustas y diferentes a las utilizadas para acceder a cuentas de correo personales, redes sociales y otro tipo de aplicaciones de uso privado; la de no descargar ni instalar aplicaciones o software que no hayan sido previamente autorizados por la empresa; evitar la conexión de los dispositivos a la red corporativa desde lugares públicos, así como la conexión a redes WIFI abiertas no seguras; mantener protegidos los mecanismos de autenticación definidos (certificados, contraseñas, tokens, sistemas de doble factor, ...) para validarse ante los sistemas de control de acceso remoto de la organización.

Si se dispone de un equipo corporativo, no se debe utilizar con fines particulares, salvo acuerdo en contrario, de lo que trataré a continuación, evitando el acceso a redes sociales, correo electrónico personal, páginas web con reclamos y publicidad impactante, así como otros sitios susceptibles de contener virus o favorecer la ejecución de código dañino.

Si el equipo utilizado para establecer la conexión remota es personal, debe evitarse simultanear la actividad personal con la profesional y definir perfiles independientes para desarrollar cada tipo de tarea.

Otras obligaciones serán las relativas al sistema antivirus instalado en el equipo, que deberá estar operativo y actualizado, verificar la legitimidad de los correos electrónicos recibidos, desactivar las conexiones WIFI, bluetooth y similares que no estén siendo utilizadas si pueden ser gestionadas por la persona empleada y la de desconectarse, finalizando la sesión de acceso remoto y apagar o bloquear el acceso al dispositivo.

b) **Garantizar la protección de la información**, por ejemplo, la que se maneja en lugares públicos o en el entorno doméstico. Si habitualmente se genera y trabaja con papel, es importante minimizar o evitar la entrada y salida de documentación en este soporte y extremar las precauciones para evitar accesos no autorizados por parte de terceros⁶².

⁶¹ Véanse las Recomendaciones para proteger los datos personales en situaciones de movilidad y teletrabajo de la AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD), cit.

⁶² Según las Recomendaciones citadas *ut supra*, la información en soporte papel, incluyendo borradores, no se puede desechar sin garantizar que es adecuadamente destruida. Si es posible, se recomienda no arrojar papeles enteros o en trozos en papeleras de hoteles, lugares públicos o en la basura doméstica a los que alguien podría acceder y recuperar información de carácter personal. Conviene extremar las precauciones para

También se debería evitar exponer la pantalla a la mirada de terceros. Si se trabaja habitualmente desde lugares públicos, es recomendable utilizar un filtro de privacidad para la pantalla. Incluso, en la medida de lo posible es aconsejable prevenir que se puedan escuchar conversaciones por parte de terceros ajenos utilizando, por ejemplo, auriculares o retirándose a un espacio en el que la persona empleada no esté acompañada.

c) **Guardar la información en los espacios de red habilitados**, evitando almacenar la información generada de forma local en el dispositivo utilizado, siendo preferible hacer uso de los recursos de almacenamiento compartidos o en la nube proporcionados por la organización⁶³.

4. Medios de control del empresario. Los dispositivos digitales

El hecho de que empresario y trabajador no se encuentren en el mismo espacio físico no impide el ejercicio de la facultad de dirección y control del primero sobre el segundo. En todo caso, podrá existir una subordinación informática o virtual. Su característica principal es que los propios dispositivos digitales puestos a disposición del trabajador sirven como instrumentos del ejercicio de la facultad de dirección del empresario⁶⁴. De esta manera, el concepto clásico de subordinación o dependencia es

evitar el acceso no autorizado a la información personal, propia y de terceros, manejada, no dejando a la vista ningún soporte de información en el lugar donde se desarrolle el teletrabajo y bloqueando las sesiones de los dispositivos cuando estos estén desatendidos.

⁶³ Siguiendo las citadas Recomendaciones citadas *ut supra*, si se permite la utilización de equipos personales, no utilizar bajo ningún concepto aplicaciones no autorizadas en la política de la entidad para compartir información (servicios en nube de alojamiento de archivos, correos personales, mensajería rápida, etc.). Será recomendable revisar y eliminar periódicamente la información residual que pueda quedar almacenadas en el dispositivo, como archivos temporales del navegador o descargas de documentos. Si hay sospecha de que la información ha podido verse comprometida comunicar con carácter inmediato la brecha de seguridad. En fin, ante cualquier cuestión que pueda suscitarse en el contexto de las situaciones de teletrabajo o movilidad y que puedan representar un riesgo para la protección de la información y el acceso a los recursos corporativos el empleado debe consultar con el Delegado de Protección de Datos y con el responsable de seguridad de la información, o los perfiles responsables designados al efecto, trasladándoles toda información de interés de la que tenga constancia.

⁶⁴ En razón del tipo de conexión con el empresario, el teletrabajo se clasifica en teletrabajo desconectado u "off line", en que el teletrabajador desarrolla su actividad informática a partir de unas instrucciones iniciales sin ninguna conexión con el ordenador central de la empresa y con un control final por parte del empresario; teletrabajo "one way line", en que el teletrabajador presta sus servicios con un videoterminal conectado con el ordenador central de la empresa en un único sentido, de tal forma que los datos afluyen directamente a éste último sin que sea posible interactuar electrónicamente por parte de la empresa con el terminal externo; y, por último, teletrabajo interactivo u "on line", en que el teletrabajador opera con un videoterminal inserto en una red de comunicaciones electrónicas que permite un diálogo interactivo entre el ordenador central y los terminales externos. Finalmente, parece oportuno tener en cuenta una última distinción, esta vez en atención al tipo de empresa para la que el teletrabajador va a prestar sus servicios. Así, desde un punto de vista tecnológico, cabe diferenciar tres tipos posibles de empresas: a) empresas reales tecnológicamente avanzadas, en el sentido de que han incorporado de forma intensiva el uso de nuevas tecnologías a sus procesos productivos; b) empresas reales tecnológicamente avanzadas que también ofrecen y eventualmente prestan sus servicios o parte de los mismos vía Internet; c) empresas virtuales u "on line", que nacen y actúan en la Red, esto es, que únicamente ofrecen y prestan sus servicios a través de Internet. Véase a tal efecto a SERRANO OLIVARES, R., "Jurisdicción competente y ley aplicable al ciberempleo transnacional: algunas propuestas sobre cómo afrontar el riesgo de "dumping social", *Derecho social y nuevas tecnologías*, Colección Cuadernos de Derecho Judicial, vol. 15, 2004.

también virtual⁶⁵, lo que no significa que sea menos intenso, antes al contrario, el control a través de las aplicaciones informáticas puede ser más exigente y estricto, hasta el punto de provocar la intromisión en la esfera privada del trabajador⁶⁶.

Por otro lado, precisamente porque el teletrabajo se define por razón del uso exclusivo o prevalente de las nuevas tecnologías es por lo que cobra especial relevancia el uso en un entorno privado de los dispositivos digitales puestos a disposición por el empresario y el control de la prestación laboral a través de los mismos⁶⁷. Podemos distinguir, sin embargo, tres situaciones: aquella en la cual la empresa ha prohibido todo uso personal o privado de los medios telemáticos; aquella que ha permitido un uso dual de los medios en cuestión y, en tercer lugar, cuando los medios telemáticos son propios del trabajador.

A. Dispositivos digitales de la empresa para uso exclusivo del teletrabajo

La prohibición del uso privado de los medios materiales de la empresa debe ser terminante, clara y precisa. También debe transmitirse de forma clara que podrán realizarse los controles oportunos para verificar que se cumple con esa y otras directrices empresariales⁶⁸. La comunicación debe ser, además, previa⁶⁹.

En el caso de que la comunicación previa se haya efectuado⁷⁰, en teoría no existirán contenidos privados a los que poder acceder, ni una expectativa razonable de

⁶⁵ THIBAU ARANDA lo califica como “telesubordinación”, en *El Teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, Madrid, (CES), 2001, págs. 44 y ss.

⁶⁶ MELLÁ MÉNDEZ, L., *Trabajo a distancia y teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*, AA.VV., Lourdes Mella Méndez (ed. lit.), Alicia Villalba Sánchez (coord.), Pamplona. Monografías Aranzadi, 2015, pág. 121.

⁶⁷ RAMOS LUJÁN, H.V., “La intimidad de los trabajadores y las nuevas tecnologías”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, ISSN 0213-0556, núm. 2, 2003, págs. 233-266.

⁶⁸ Véase el art. 87 *in fine*, de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE núm. 294, de 06/12/2018, Entrada en vigor: 07/12/2018). Véase también la Sentencia Gran Sala del TEDH caso Bárbulescu v. Rumanía (5-9-17), que revoca 1º fallo del TEDH (12-1-16), donde se le da la razón al trabajador, el Sr. Bárbulescu, que trabajaba como ingeniero encargado de compras. Por petición de sus jefes, implantó una cuenta en Yahoo Messenger para responder las preguntas de sus clientes. Una vez pasados tres años, le informan que dicha cuenta había sido monitorizada y le muestran claras evidencias del uso de dicha cuenta para asuntos personales, y le comunican su despido. La ausencia de una comunicación previa al trabajador informando de que su actividad puede ser monitorizada, el grado de intromisión del empresario (durante varios meses) y la inexistencia de justificación legítima para monitorizar y acceder convierten el despido es nulo.

⁶⁹ Para eliminar el requisito de dicha comunicación expresa y previa sería necesario contar con una regulación normativa clara y expresa capaz de dar a conocer tanto las circunstancias como las condiciones de la limitación, pues conforme a la doctrina del TEDH, no son suficientes habilitaciones genéricas que permitan adoptar las medidas que se consideren necesarias para efectuar el mencionado control. Véase a tal efecto, la STEDH de 3 de abril de 2007, Caso Copland contra Reino Unido (TEDH\2007\23), apartados 45-47.

⁷⁰ Tanto la prohibición como la información de que la empresa puede realizar lo necesario para la vigilancia y supervisión de todo lo relacionado con cuentas de correo de la empresa y acceso a internet etc., suelen formar parte del mismo protocolo sobre el uso de correo electrónico, teléfono, ordenadores, herramientas, coches y en general material propiedad de la empresa. Véase a tal efecto, la STSJ de Andalucía (Granada), de 5 de octubre de 2018 (Recurso: 1262/2018), donde la empresa había aprobado con los RRTT un protocolo comunicado al trabajador despedido en el que se prohíbe el acceso a internet con fines diferentes a

privacidad o confidencialidad, de modo que nunca podría alegarse la vulneración del derecho fundamental a la intimidad con ocasión del control empresarial. No es tan sencillo, pues no debemos olvidar que la prohibición puede constituir en sí misma una injerencia en el derecho a la intimidad de los trabajadores o que este derecho fundamental no deja de existir porque el instrumento a través del que se ejercita o se hace realidad sea de titularidad empresarial y este haya impedido su uso privado⁷¹, lo que tiene sus consecuencias en orden al control empresarial, como veremos a continuación.

El RDL que regula el trabajo a distancia establece expresamente que la utilización de los medios telemáticos y el control de la prestación laboral mediante dispositivos automáticos garantizará adecuadamente el derecho a la intimidad y a la protección de datos, en los términos previstos en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPD), de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de los medios utilizados⁷², términos que pretenden asegurar, a la postre, que no se utilice un determinado medio de control si puede haber otro menos invasivo de los derechos fundamentales del trabajador⁷³.

Por su parte, la LOPD establece que el empleador solo puede acceder a los contenidos generados o derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de: (1) controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y (2), para garantizar la integridad de dichos dispositivos⁷⁴.

Del texto del art. 87 de la referida ley, parece desprenderse que se limita a regular los requisitos a cumplir para que un empresario pueda acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores cuando le ha permitido, en parte, un uso privado, pero como ya se ha dicho, también en el caso de que el uso privado haya sido prohibido de forma terminante, puede existir un derecho a la intimidad que debe ser

la actividad laboral, indicando de forma expresa que quedan registrados todos los accesos a internet realizados desde los ordenadores de la empresa, prohibiendo el uso de internet para fines particulares.

⁷¹ CARRIZOSA PRIETO, E., "El control empresarial sobre el uso de los equipos informáticos y la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 6 octubre 2011", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, ISSN 0213-0750, núm. 116, 2012, págs. 251-268.

⁷² Véase el art. 17. 1, del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia. El referido precepto aplica el conocido como PIN de constitucionalidad: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto [juicio de idoneidad]; si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia [juicio de necesidad]; y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto [juicio de proporcionalidad en sentido estricto]" [STC 96/2012, de 7 de mayo, FJ 10; o SSTC 14/2003, de 28 de enero, FJ 9 ; y 89/2006, de 27 de marzo , FJ 3] (FJ 5).

⁷³ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "El teletrabajo y sus fuentes de regulación. Especial consideración a la autonomía colectiva", *Revista Galega de Dereito Social*, 2ª ET- (11,2020), pág. 79.

⁷⁴ El art. 87.1 de la LOPD (BOE núm. 294, de 06/12/2018, entrada en vigor: 07/12/2018), dispone que: «Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador». y 2. El empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos».

protegido. Y es que cuando el control empresarial se materializa, no puede desconocer la posible existencia de una esfera de privacidad, puede encontrarse con contenidos generados por los referidos dispositivos que forman parte de la esfera privada del trabajador, por mucho que haya prohibido el uso privado de los mismos. Puede no existir una expectativa de confidencialidad, pero permanece el derecho a la intimidad que debe respetarse cuando la empresa ejerce su legítima facultad de control, la cual es posible, en esencia, por tratarse de un medio material de la misma⁷⁵. En ese sentido, no estamos en el ámbito del art.18 del ET⁷⁶, que trata sobre la inviolabilidad de la persona del trabajador⁷⁷; no hay inviolabilidad porque los medios son de la empresa, sino del poder de dirección y control⁷⁸, y por ello estamos ante una facultad de la empresa ante la que el trabajador no puede alegar vulneración de la intimidad siempre que la misma se ejerza dentro de los límites, esto es, un equilibrio proporcionado entre los derechos de intimidad y privacidad de sus empleados en el ámbito del trabajo y las potestades directivas y de control y de acceso a los medios digitales facilitados a los mismos⁷⁹, a los efectos de no vulnerar derechos fundamentales en

⁷⁵ La STS de 26 de septiembre de 2007 (Recurso 966/2006), estableció que «el art. 18 del ET está atribuyendo al empresario un control que excede del que deriva de su posición en el contrato de trabajo y que, por tanto, queda fuera del marco del artículo 20 del ET...[...] En los registros el empresario actúa, de forma exorbitante y excepcional, fuera del marco contractual de los poderes que le concede el artículo 20 del ET, pues tanto la persona del trabajador, como sus efectos personales y la taquilla forman parte de la esfera privada de aquél y quedan fuera del ámbito de ejecución del contrato de trabajo al que se extienden los poderes del artículo 20 del ET. Por el contrario, las medidas de control sobre los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores se encuentran, en principio, dentro del ámbito normal de esos poderes: el ordenador es un instrumento de producción del que es titular el empresario "como propietario o por otro título" y éste tiene, por tanto, facultades de control de la utilización, que incluyen lógicamente su examen. Por otra parte, con el ordenador se ejecuta la prestación de trabajo y, en consecuencia, el empresario puede verificar en él su correcto cumplimiento, lo que no sucede en los supuestos del art. 18, pues incluso respecto a la taquilla, que es un bien mueble del empresario, hay una cesión de uso a favor del trabajador que delimita una utilización por éste que, aunque vinculada causalmente al contrato de trabajo, queda al margen de su ejecución y de los poderes empresariales del artículo 20 del ET para entrar dentro de la esfera personal del trabajador. De ahí que los elementos que definen las garantías y los límites del artículo 18 del ET, no sean aplicables al control de los medios informáticos.

⁷⁶ El art. 18 del ET sobre «Inviolabilidad de la persona del trabajador», establece que: «Solo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible».

⁷⁷ Un análisis más detenido del precepto en DURÁN LÓPEZ, F., «Inviolabilidad de la persona del trabajador», en AA.VV., *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. IV, Edersa, Madrid, 1983, pág. 536; GOÑI SEI, J. L. y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. (pr.), *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 161 y ss.; MARTÍNEZ FONS, D., *El poder de control del empresario en la relación laboral*, CES, Madrid, 2002, págs. 275 y ss.

⁷⁸ De igual modo, el ET, en el art. 20 dispone que el empresario podrá adoptar las medidas más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, pero la consideración debida a su dignidad se ha de aplicar en la adopción y aplicación de tales medidas.

⁷⁹ MARTÍNEZ RANDULFE, F., «Derecho a la intimidad y relaciones laborales: Aproximaciones», en AA.VV., *Derechos Fundamentales y Contrato de Trabajo*, Comares, Granada, 1998, págs. 57 y ss., señala que la legitimidad de cualquier medida en este sentido requiere el conocimiento previo por parte de los trabajadores y el establecimiento de garantías ex post.

relación a la información que pudiera estar contenida en archivos privados⁸⁰. En concreto, se deberán atender a las siguientes exigencias⁸¹:

1. La necesidad: la indispensabilidad del mecanismo, por no existir otros mecanismos alternativos igual de eficaces, pero menos lesivos.
2. Minimización de datos o proporcionalidad: La recopilación de datos debe ser la mínima para poder constatar la existencia de la infracción, por ejemplo, sin acceder al correo personal corporativo, dado que la vigilancia del contenido de las comunicaciones es por su naturaleza un método mucho más invasivo y requiere justificaciones más fundamentadas, centrando la búsqueda sobre las sospechas existentes y que justifican la intromisión. En todo caso, debe hacerse una distinción entre el control del flujo de comunicaciones y el de su contenido. La proporcionalidad implica a su vez, claridad y transparencia, de manera que los datos deberán ser tratados con fines determinados, explícitos y legítimos, no siendo tratados ulteriormente de manera incompatible con los mismos⁸².
3. Idoneidad: la adecuación del concreto mecanismo de control para obtener la finalidad perseguida.

Por otro lado, en muchos casos, gracias a las nuevas tecnologías, no será necesario el control, ya que pueden incorporarse a los equipos o a la propia red aplicaciones automatizadas que, por ejemplo, impiden o restringen el acceso a la información o impiden el acceso a determinadas páginas web, sin que el trabajador tenga oportunidad de desobedecer ni la empresa necesidad de controlar.

En un segundo grupo de casos, como reconoce el RDL, los medios de control pueden estar incorporados a los propios dispositivos. El RDL utiliza la expresión “dispositivos automáticos”, de tal modo que el control empresarial pueda realizarse sin acceder físicamente a los mismos. Hay aplicaciones preparadas para que el empleado pueda indicar las tareas que va realizando o incluso las hay que ofrecen la posibilidad de imputar tiempo a cada tarea, programas informáticos que monitorizan el equipo, registran el acceso a las aplicaciones y hacen capturas de pantalla cada cierto tiempo u otras que detectan el

⁸⁰ Conforme al art. 20.3 del ET: «3. El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad».

⁸¹ Véase la STS de 8 de febrero del 2018, que se pronuncia sobre la doctrina del TEDH fijada en la sentencia de 5 de septiembre del 2017 (caso *Bárlulescu v. Rumanía*).

⁸² Como ha señalado ya nuestro TC, son "decisivos factores a tener en cuenta: a) el grado de intromisión del empresario; b) la concurrencia de legítima razón empresarial justificativa de la monitorización; c) la inexistencia o existencia de medios menos intrusivos para la consecución del mismo objetivo; d) el destino dado por la empresa al resultado del control; e) la previsión de garantías para el trabajador." (STC 170/2013, así como a las varias suyas que el Alto Tribunal cita [así, SSTC 96/2012, de 7/Mayo, FJ 10; 14/2003, de 28/Enero, FJ 9; y 89/2006, de 27/Marzo, FJ 3]), que responden a los mencionados juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

movimiento del ratón y el teclado del ordenador, de modo que evidencian que el trabajador ha abandonado su puesto⁸³.

En todos estos casos de control telemático debe existir una información previa, clara y precisa al trabajador en el sentido de que existen determinados dispositivos incorporados a los equipos o a la red que tienen como finalidad la de controlar su rendimiento o las tareas que realiza en cada momento o el tiempo que invierte en cada una, así como que dicho control puede determinar, en su caso, el ejercicio de la facultad sancionadora.

Esta información previa es fundamental en el caso de prohibición del uso privado de los medios propiedad de la empresa, pues va en la línea de reforzar la prohibición clara y expresa del uso privado de los medios de la empresa, habida cuenta que el trabajador no solo sabe que no puede utilizar el ordenador de la empresa para uso privado, sino que además sabe que en el ordenador se han instalado ciertas aplicaciones para controlar que no infringe dicha prohibición, por ejemplo, un programa informático que monitoriza su equipo y registra el acceso a determinadas páginas de internet, de modo que es conocedor de que a través de ella la empresa puede acceder a determinados contenidos personales. Pero también va en la dirección, ya dentro de la legalidad ordinaria, de configurar debidamente las obligaciones laborales, teniendo en cuenta las exigencias jurisprudenciales para apreciar una desobediencia justificativa del despido, como grave y culpable, en relación a órdenes claras y precisas del empleador⁸⁴.

En tercer lugar, el control empresarial puede exigir el acceso material al equipo informático u otros dispositivos digitales en los que puede existir material privado, pese a la prohibición del uso personal.

En conclusión, la empresa debe guardar un equilibrio proporcionado entre los derechos de intimidad y privacidad de sus empleados en el ámbito del trabajo, así como entre las potestades directivas y de control en el acceso y uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de sus obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos⁸⁵.

B. Dispositivos digitales de la empresa de uso dual o compartido

⁸³ Véase el caso de la STSJ de Andalucía (Granada), de 5 de octubre de 2018 (Recurso: 1262/2018), donde la empresa disponía de un software instalado en los equipos informáticos, mediante el cual se registraba el acceso a las aplicaciones y se hacían capturas de pantalla cada cierto tiempo.

⁸⁴ Véase a tal efecto, la STS de 6 de octubre de 2011 (Recurso 4053/2010), relativo a despido por uso indebido del ordenador tras haber instalado un software sin darlo a conocer expresamente a la trabajadora. Entiende el pronunciamiento que la comunicación se efectuó implícitamente al existir previamente una prohibición absoluta de usar el ordenador para fines ajenos a la actividad laboral y que el mecanismo de control implantado era un sistema poco agresivo que no invadía la intimidad de la trabajadora.

⁸⁵ MARTÍNEZ RANDULFE, F., “Derecho a la intimidad y relaciones laborales: Aproximaciones”, en AA.VV., *Derechos Fundamentales y Contrato de Trabajo*, Comares, Granada, 1998, págs. 57 y ss., señala que la legitimidad de cualquier medida en este sentido requiere el conocimiento previo por parte de los trabajadores y el establecimiento de garantías ex post

Si los medios son de la empresa y esta ha permitido un uso privado de los equipos digitales puestos a disposición, la empresa deberá establecer de forma precisa los criterios de su utilización, tales como la determinación de los períodos o franjas horarias en que los dispositivos pueden utilizarse para tales fines. En su elaboración deberían participar los representantes de los trabajadores y los trabajadores deben ser informados de estos criterios⁸⁶.

En segundo lugar, deberá informarse a los trabajadores de que va a existir control y de los medios que se aplicarán en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso. Eso significa que el trabajador debe atenerse al uso privado en la forma y en el tiempo en el que ha sido autorizado y la empresa puede controlar ese uso conforme con las garantías necesarias para preservar la intimidad de los trabajadores⁸⁷.

Por otro lado, el trabajador tiene una expectativa razonable de confidencialidad, según la cual puede realizar un uso moderado, con fines privados, de los dispositivos facilitados por la empresa, como herramientas de trabajo. Además, el empleado puede haber adoptado medidas para garantizarla (desactivación de contraseñas, eliminación del historial de navegación, borrado de cookies etc.).

Llegado el caso, si es preciso realizar el control, el mismo deberá respetar también los estándares mínimos de protección de intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente, y solo podrá alegarse que se ha vulnerado el derecho a la intimidad si el control no ha cumplido esos criterios de proporcionalidad, idoneidad y necesidad⁸⁸. Estamos de nuevo en el ámbito del art. 20.3 del ET, y no del art. 18 del mismo texto legal, de manera que el empresario puede acceder a los contenidos derivados del uso de estos medios digitales con dos propósitos: controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales y garantizar la integridad de dichos dispositivos. Cosa distinta es que en el referido control no se puedan exceder los límites constitucionales ya citados de necesidad, proporcionalidad o idoneidad. No obstante, puede ser compatible la protección de la intimidad con un control lícito del empresario.

⁸⁶ Conforme al art. 17.3 segundo párrafo del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia: «Los convenios o acuerdos colectivos podrán especificar los términos dentro de los cuales las personas trabajadoras pueden hacer uso por motivos personales de los equipos informáticos puestos a su disposición por parte de la empresa para el desarrollo del trabajo a distancia, teniendo en cuenta los usos sociales de dichos medios y las particularidades del trabajo a distancia».

⁸⁷ Véase el art. 17. 2 y 3 del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia

⁸⁸ Véase STEDH de 3 de abril de 2007. Caso Copland contra Reino Unido (TEDH\2007\23), párr. 41; STEDH de 25 de junio de 1997. Caso Halford contra Reino Unido (TEDH\1997\37), págs. 42 y ss. El art. 8 CEDH establece en su primer apartado: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. El segundo apartado se centra en las condiciones en que se han de efectuar las limitaciones: “No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

La vigilancia en estos supuestos, además de afectar a la intimidad de los trabajadores, puede incidir en el caso del teletrabajo en otras garantías como la protección de datos o la inviolabilidad del domicilio. Será necesario en estos casos que exista previa información y consentimiento del trabajador⁸⁹; en todo caso, que la vigilancia sea proporcional, esto es, que sea una medida idónea (adecuada), necesaria (indispensable) y proporcional en sentido estricto (con más ventajas que perjuicios)⁹⁰.

¿Qué abarca el derecho a la intimidad en estos casos de uso dual?

El TEDH considera que, a pesar de la diferencia entre vida privada y profesional, las llamadas telefónicas que proceden del ámbito laboral forman parte del concepto “vida privada” y “correspondencia” que contempla el art. 8.1 del CEDH. Siendo así, también debe asignarse esa naturaleza a los correos electrónicos que provienen del lugar de trabajo y a la información que deriva del uso personal de Internet, carácter privado que prevalece en todos los casos en los que el trabajador no haya sido advertido de que se la iba a controlar; de ahí la importancia de la información previa⁹¹. Es importante constatar que el TEDH no excluye que el seguimiento o control del uso que hace el trabajador del teléfono, del correo electrónico e internet pueda considerarse necesario y, por tanto, lícito en ciertas situaciones que persigan un fin legítimo.

Por lo que se refiere a la información del uso personal de Internet, están incluidos no solo los archivos personales del trabajador derivados del mismo, sino también los llamados archivos temporales, que son copias que se guardan automáticamente en el disco duro de los lugares visitados a través de Internet. Se trata más bien de rastros o huellas de la “navegación” en Internet y no de informaciones de carácter personal que se guardan con carácter reservado. Esos archivos también entran, en principio, dentro de la protección de la intimidad (pueden contener datos sensibles en orden a la intimidad, en la medida que pueden incorporar informaciones reveladoras sobre determinados aspectos de la vida privada tales como ideología, orientación sexual, aficiones personales, etc.)⁹², pero en

⁸⁹ Para el acceso al domicilio del trabajador, el empresario precisa del consentimiento del trabajador. Si este no otorga su consentimiento no podrá entrar, sin perjuicio de que pueda requerir al mismo para que entregue los dispositivos digitales, que son medios de la empresa, para su control en dependencias de la empresa.

⁹⁰ VALVANUZ PEÑA GARCÍA, M., “El teletrabajo. Especial referencia al derecho a la intimidad”, *El futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo decente*: Congreso internacional / José Luis Monereo Pérez (dir.), Fábio Túlio Barroso (dir.), Horacio Las Heras (dir.), Juan Antonio Maldonado Molina (aut.), María Nieves Moreno Vida (aut.), 2018, ISBN 9788494918964, págs. 1343-1354;

⁹¹ STEDH de 3 de abril de 2007, apartados 41 y 42. Consideraciones parecidas ha efectuado en algunas ocasiones el TC al considerar que “por lo que se refiere a los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desarrolla su actividad, si bien no se integran en principio en la esfera privada de la persona, sin embargo no cabe ignorar que, mediante un análisis detallado y conjunto de los mismos, es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima personal y familiar” [STS 202/1999, de 8 de noviembre (F. J. 2º)].

⁹² Según la STEDH de 3 de abril de 2007. Caso Copland contra Reino Unido (TEDH\2007\23), «están incluidos en la protección del artículo 8 del Convenio Europeo de derechos humanos “la información derivada del seguimiento del uso personal de Internet”».

función del uso autorizado de los dispositivos, de la misma manera puede ser necesario e idóneo el acceso a los mismos⁹³.

En lo que se refiere a la vigilancia del contenido de las comunicaciones (correo electrónico, llamadas telefónicas, wasaps), cabe distinguir entre el control del flujo de comunicaciones y el de su contenido, de modo que el acceso al segundo debe estar justificado por necesario, idóneo y proporcional, es decir, puede ser realizado sobre la totalidad o sólo una parte de ellas, por un tiempo limitado, estableciendo también un número limitado de personas que pueden tener acceso a sus resultados⁹⁴.

C. Dispositivos digitales particulares del teletrabajador

El RDL establece que la empresa no podrá exigir la instalación de programas o aplicaciones en dispositivos propiedad de la persona trabajadora a distancia, ni la utilización de estos dispositivos en el desarrollo de este tipo de trabajo⁹⁵.

Este límite no está contemplado en la LOPD, la cual se limita a establecer los supuestos y los requisitos a cumplir para que un empresario pueda acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores cuando le ha permitido el uso privado, lo que como hemos visto se extiende también a los casos en los que ha sido prohibido ese tipo de usos, de forma que podemos distinguir entre aquellos casos en los que el medio o dispositivo digital sea particular en cuyo caso la empresa no puede pretender la instalación ni tampoco la utilización de dispositivos de control, ya que entonces el control se prolongaría fuera de la jornada de trabajo, de aquellos otros casos en los que los medios digitales han sido facilitados a los trabajadores por la empresa permitiendo en parte un uso personal o privado.

Como es la empresa la facultada para decidir si la prestación de trabajo se realiza con medios propios o ajenos, es fácil concluir que en la mayoría de los casos, si pretende la instalación de programas o aplicaciones en los equipos de trabajo, le bastará con suministrar equipos propios.

Por otro lado, la previsión legal está en estrecha relación con el derecho a la desconexión digital y las posibilidades reales de desconectar por parte del trabajador si se le impone el uso de medios personales para funciones profesionales (práctica conocida con la expresión «Bring your own devices»)⁹⁶. Al establecer la prohibición, la norma garantiza que el empresario no puede monitorizar la actividad del trabajador en tiempo de descanso ni controlar si está en línea.

⁹³ CARRIZOSA PRIETO, E., “El control”, cit., págs. 25 y ss.

⁹⁴ La STEDH (Gran Sala) 5 de septiembre 2017 (núm. 61496/08), Bárbulescu contra Rumania; Véase también la sentencia Köpke

⁹⁵ Véase el art. 17. 2 del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia

⁹⁶ La apuesta del legislador de urgencia del Real Decreto Ley 8/2020 por el teletrabajo a domicilio ha conllevado, en la mayor parte de las ocasiones, una implantación informal del sistema BYOD (bring your own device). Véase en tal sentido a RORÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «El teletrabajo y sus fuentes de regulación. Especial consideración a la autonomía colectiva», Revista Galega de Dereito Social, 2ª ET- (11,2020), p.22.

El control en estos casos se debería producir bajo el ámbito del art. 18 ET que, como ya hemos anunciado, se ocupa de la inviolabilidad de la persona del trabajador y exige para el registro personal de los trabajadores y de sus pertenencias la justificación de la medida, advirtiéndole que la finalidad ha de ser la protección del patrimonio empresarial o de los propios compañeros, ubicando el conflicto en un plano de confrontación constitucional: de un lado, los derechos a la integridad física y psíquica del trabajador, el derecho a la intimidad y cualesquiera otro se vea afectado; y, de otro, el derecho a la propiedad privada del empresario y del resto de trabajadores (art. 18 CE y art. 33 CE). Como exigencias fundamentales, el precepto se refiere al registro como medida limitadora que ha de ser necesaria para la protección del bien jurídico protegido (principio de necesidad) y que el registro respete al máximo la dignidad e intimidad de los trabajadores (principio de proporcionalidad en sentido estricto, con lo que ello supone para el respeto al contenido esencial del derecho afectado). Todo ello implica que el art. 18 ET fija las bases necesarias para aplicar un consistente y complejo conjunto de garantías (se podría decir que la regulación exige la aplicación del principio de proporcionalidad), al ejercicio empresarial del poder de registro con la única finalidad de preservar el derecho fundamental en juego, que bien puede ser el derecho a la integridad física y moral, bien el derecho a la intimidad o cualesquiera otro que se pudiera ver afectado⁹⁷. A diferencia de la facultad de control del art. 20.3 del ET, la facultad de registro es más garantista con los derechos del trabajador. Además de los requisitos ya mencionados se exigen otras garantías: que el registro se realice en el centro y en horario de trabajo y, a ser posible, con la presencia, como testigo, de un representante de los trabajadores o un compañero de trabajo.

5. Otros medios de control

A. La videovigilancia

El RDL que regula el trabajo a distancia realiza en esta materia una remisión en bloque a la LOPD, de manera que es aplicable el art. 87 de la misma conforme a la cual “Los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del ET y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. Los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida”. Rigen pues para el teletrabajo las mismas normas que para el trabajo presencial en relación a este modo de control.

Del precepto se derivan dos ideas esenciales: la primera que el derecho de control empresarial a través de sistemas de video-vigilancia entra en el ámbito del art. 20.3 del ET y por ello estamos ante una facultad de la empresa ante la que el trabajador no puede alegar vulneración de la intimidad siempre que la misma se ejerza dentro de los límites y dos, que exista información previa, incluida la relativa a la posibilidad de ejercer la facultad

⁹⁷ CARRIZOSA PRIETO, E., “El control”, cit., págs. 258 y ss.

sancionadora como consecuencia de las pruebas obtenidas a través de estos medios; información previa que, no obstante puede ser excluida en casos excepcionales⁹⁸.

De este modo, si se han colocado estos medios de videovigilancia y ha existido información previa, el tratamiento de los datos del trabajador (imágenes) tiene una finalidad lícita⁹⁹, que es precisamente el interés legítimo que tiene el empresario en controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales e impedir la comisión de ilícitos laborales.

Lo relevante son los límites de ese control, lo que siempre nos conduce a los requisitos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, pero donde la discusión es más habitual es en el terreno del requisito de la información previa, pues en la mayor parte de los casos que llegan a los tribunales, la empresa no ha informado con carácter previo o la información que existe es muy genérica.

En la doctrina del TC se ha distinguido entre los casos de uso de las cámaras para comprobar unos indicios o sospechas razonables de la comisión de una falta muy grave¹⁰⁰,

⁹⁸ Por ejemplo, el art. 89 de la LPD permite que la información se considere cumplida en los casos de comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores “cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de la misma ley orgánica”. Por su parte, el art. 22.4 de la LPD, establece que: “El deber de información previsto en el artículo 12 del Reglamento (UE) 2016/679 se entenderá cumplido mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679. También podrá incluirse en el dispositivo informativo un código de conexión o dirección de internet a esta información”. Véase a tal efecto, la STC 39/2016 de 3 de marzo analiza el contenido y requisitos del consentimiento informado en orden a la validez de grabaciones por cámaras de videovigilancia en un supuesto de despido disciplinario en el que -resumiendo mucho la controversia entonces analizada- la instalación de una cámara de seguridad en una caja de un establecimiento se produjo al conocer que se estaban produciendo ciertas irregularidades, sin comunicar a los trabajadores la instalación de la cámara, pero colocando en el escaparate del establecimiento y el lugar visible el distintivo informativo. Mediante la cámara se constató los actos de apropiación por la trabajadora y se procedió a su despido, concluyéndose la validez de la prueba previa ponderación de las circunstancias en conflicto”.

⁹⁹ El art. 8.1 de la LPD dispone que: “El tratamiento de datos personales solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una obligación legal exigible al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1.c) del Reglamento (UE) 2016/679, cuando así lo prevea una norma de Derecho de la Unión Europea o una norma con rango de ley, que podrá determinar las condiciones generales del tratamiento y los tipos de datos objeto del mismo así como las cesiones que procedan como consecuencia del cumplimiento de la obligación legal”. Por su parte el art. 6 del Reglamento (UE) 2016/679, establece que el tratamiento será lícito cuando se cumpla al menos una de las condiciones previstas en el mismo, entre ellas, está la de “el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño”.

¹⁰⁰ Véase la STC 186/2000, de 10 de julio de 2000 (Recurso de amparo 2662/1997), que estableció que “la intimidad del recurrente no resulta agredida por el mero hecho de filmar cómo desempeñaba las tareas encomendadas en su puesto de trabajo, pues esa medida no resulta arbitraria ni caprichosa, ni se pretendía con la misma divulgar su conducta, sino que se trataba de obtener un conocimiento de cuál era su comportamiento laboral, pretensión justificada por la circunstancia de haberse detectado irregularidades en la actuación profesional del trabajador, constitutivas de transgresión a la buena fe contractual. Se trataba, en suma, de verificar las fundadas sospechas de la empresa sobre la torticera conducta del trabajador, sospechas que efectivamente resultaron corroboradas por las grabaciones videográficas, y de tener una prueba fehaciente de la comisión de tales hechos, para el caso de que el trabajador impugnase, como así lo hizo, la sanción de despido disciplinario que la empresa le impuso por tales hechos”.

de aquellos en los que el uso de cámaras está previsto para un mero control preventivo, como puede ser el de la seguridad del establecimiento. Lo mismo, en el caso de la Jurisprudencia del TS¹⁰¹.

Lo mismo sucede con la doctrina emanada del TEDH, por ejemplo, en el conocido caso López Ribalda, donde se revisa la actuación empresarial de video-vigilancia, que se había considerado ajustada a derecho por los tribunales españoles, en procedimiento por despido declarado procedente, y se concluye finalmente que no hubo infracción del art. 8 del Convenio Europeo, relativo al derecho al respeto a la vida privada y familiar¹⁰². Se trata también de un supuesto de fundadas sospechas de la comisión de robos por parte de las demandantes, de modo que se cumplía la necesaria justificación de la medida (instalación de cámaras de video-vigilancia), así como la proporcionalidad, lo que se conecta con el lugar de colocación, tiempo de grabación y número de personas que tienen acceso a los datos¹⁰³.

En definitiva, la información previa será la regla general, de modo que el trabajador debe ser informado claramente y con carácter previo a su instalación, de la posibilidad de que el empresario adopte medidas de videovigilancia, salvo en casos excepcionales, en los que existan razones fundadas de la existencia de ilícitos laborales, de

¹⁰¹ Véase la STS de 2 de febrero de 2.017 (rcud. 554/2.016), así como la citada por esta de 7 de julio de 2016 (rcud 3233/2014), que bendicen ese tipo de uso de las grabaciones, pues existían sospechas previas. Además, como pone de manifiesto la primera, se indica también que hay diferencias entre los casos resueltos por las SSTC 29/2013 de 11 de febrero y la 39/2016 de 8 de abril: "En la primera sentencia citada la empleadora impone una sanción sirviéndose de datos obtenidos en el exterior del lugar de trabajo, lo que no cumple ni siquiera una función de advertencia implícita y que tampoco va unida a la comunicación específica dirigida a los trabajadores. En la segunda sentencia, una cámara es situada exactamente sobre la caja una vez producidos hechos irregulares sirviendo en definitiva para comprobar lo que era objeto de sospecha y se deniega el amparo que la trabajadora solicita por las razones antes expuestas"; se concluye pues que: "Son patentes las diferencias observadas entre las dos resoluciones en esencia la relación con dos matices, que se viniera observando irregularidades con anterioridad, de lo que no se tiene noticia en la S.T.C. 29/2013 de 11 de febrero y la colocación allí donde tienen lugar las irregularidades, el puesto de trabajo, lo que no sucede en la S.T.C. citada al estar las cámaras situadas en un lugar de acceso público".

¹⁰² TEDH Gran Sala, sentencia de 17 de octubre de 2019, procedimientos nº 1874/13 y 8567/13. La Sala se había pronunciado en una primera sentencia de 9 de enero de 2018, donde concluyó que no hubo proporcionalidad en las medidas adoptadas por el empresario con el objetivo legítimo de proteger sus intereses de propiedad. Los hechos eran los siguientes: en un supermercado se detectaron diferencias entre el inventario de productos y lo facturado en las cajas, por lo que se instalaron cámaras de control de dos tipos, cámaras visibles para grabar posibles robos de clientes (de lo cual fue informada la representación de los trabajadores y los propios empleados) y cámaras ocultas para grabar posibles robos de los empleados, que enfocaban la zona de las cajas. Tras un período de grabación, la compañía citó a los empleados que aparecían implicados en los robos, y todos ellos reconocieron su involucración en los hechos. Los despidos disciplinarios fueron impugnados ante la jurisdicción social, siendo el principal argumento de las demandantes que la video-vigilancia oculta había vulnerado el derecho a la protección de su intimidad. Tanto el juzgado de lo social, como el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmaron la procedencia de los despidos, alegando en síntesis que el uso de la video-vigilancia encubierta en el lugar de trabajo sin una comunicación previa era conforme al artículo 20 ET, que permitía a un empresario la utilización de medidas de control y vigilancia que considerara adecuadas.

¹⁰³ Esta decisión guarda relación con un antecedente del propio TEDH, que es la sentencia de 5 de octubre de 2010, *Karin Kópke c. Alemania*, recurso nº 420/07 (cámara oculta en un supermercado para detectar si se habían producido hurtos).

modo que la información previa perjudique el interés legítimo del mismo a poder comprobar la realidad de los mismos.

Es evidente que en el ámbito del teletrabajo el control del trabajo mediante medios telemáticos será la regla general¹⁰⁴. La colocación de cámaras en el domicilio del trabajador no será posible, aunque podrían concurrir razones de seguridad para la adecuada protección de los equipos o cuando el teletrabajador tenga acceso a datos sensibles. El objeto a proteger debe ser realmente valioso para legitimar la intromisión en la intimidad del domicilio y deberá limitarse la filmación a la zona en que se desempeñe el trabajo¹⁰⁵, teniendo en cuenta que la videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos están prohibida¹⁰⁶.

También es posible que el empleador adopte e implemente medidas de videovigilancia, como puede ser la colocación de una cámara en el ordenador del trabajador, lo que exigiría una justificación atendida la naturaleza de los trabajos a realizar, por ejemplo, en el ámbito del telemarketing, con la necesaria información previa y precisa, siempre que no exista un sistema de vigilancia basado en métodos y medidas menos intrusivas. O, incluso, en el caso de fundadas sospechas de incumplimientos del trabajador, la colocación de cámaras sin que el empleado sea informado. Deberá, en fin, analizarse cada caso en concreto, tomando en cuenta las labores y actividad realizadas, pues es evidente que la videovigilancia en el teletrabajo resulta de entrada una medida agresiva.

B. Grabación de sonidos

El audio, la voz, es también un dato de carácter personal, ya que a través de la misma, se puede identificar a un sujeto. La regla general es aquella según la cual la utilización de sistemas de grabación de sonidos en el lugar de trabajo se admitirá únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas en la ley¹⁰⁷. Tal sería el caso, por ejemplo, del trabajo de telemarketing, teniendo en cuenta que puede estar en juego la seguridad de los clientes potenciales, para lo cual el hecho de que el trabajo se realice en el propio domicilio, por ejemplo, no debería ser un obstáculo. De nuevo, se aplicarán los límites de proporcionalidad, idoneidad y necesidad, así como la información previa, clara y precisa. La instalación de sistemas de grabación sin la previa información solo está justificada por razones derivadas de la existencia de fundadas sospechas de la comisión de ilícitos laborales.

¹⁰⁴ THIBAU ARANDA, J., “El Teletrabajo”, cit., pág. 149.

¹⁰⁵ POQUET CATALÁ, R., “La protección del derecho a la intimidad del teletrabajador”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, enero-junio 2018, vol. 8, núm. 1/2018, pág. 121.

¹⁰⁶ Véase el art. 89.2 de la LPD.

¹⁰⁷ Véase el art. 89.3 de la LPD.

C. Geolocalización

La remisión del RDL 28/2020 a la LOPD permite la aplicación de la norma en cuestión, según la cual “Los empleadores podrán tratar los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del ET y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo”, así como que “Con carácter previo, los empleadores habrán de informar de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características de estos dispositivos. Igualmente deberán informarles acerca del posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión”.

Si la prestación de servicios se realiza en el domicilio del trabajador, en buena lógica, no será preciso la instalación de sistemas de geolocalización, teniendo en cuenta que la razón de ese tipo de sistemas va ligado a trabajos que se realizan fuera de la oficina, pero de forma móvil o itinerante como los comerciales, los repartidores, quienes además utilizan vehículos de la empresa¹⁰⁸.

BIBLIOGRAFIA

ALIAGA CASANOVA, A.C., “El teletrabajo, la necesidad de su regulación legal y el respeto a la intimidad”, *Revista general de derecho*, núm. 682, 2001, págs. 6657-6689.

ÁLVAREZ CUESTA, H., “Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia”, *Lan Harremanak*, núm. 43, 2020, pp. 157 y ss.

BARBUCCI, G., Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La brecha digital de género» (Dictamen exploratorio solicitado por el Parlamento Europeo) (2018/C 440/06), Diario Oficial de la Unión Europea, 6.12.2018.

CARRIZOSA PRIETO, E., “El control empresarial sobre el uso de los equipos informáticos y la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 6 octubre 2011”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, ISSN 0213-0750, núm. 116, 2012, págs. 251-268.

DE LA CASA QUESADA, S., “Tiempo de trabajo y bienestar de los trabajadores, una renovada relación de conflicto en la sociedad digital”, Universidad de Jaén, Estudios financieros. *Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, ISSN 1138-9532, núm. Extra1, 2019, págs. 113-145.

¹⁰⁸ Véase la STS de 8 de febrero de 2021 (Recurso: 84/2019), donde se anula la medida de la empresa de exigir a los repartidores (TELEPIZZA), el uso de su móvil con conexión a internet por no superar el test de necesidad, en el sentido de que el medio o instrumento al que ha acudido la empresa para obtener aquel objetivo no es adecuado por existir otros medios menos invasivos y, en este extremo, la recurrente no ha desvirtuado lo que al respecto señala la Sala de instancia, al indicar que existen otros instrumentos que, siendo adecuados para cubrir la finalidad que persigue la empresa, resultan ser no invasivos de aquellos derechos constitucionalmente protegidos.

DE LA VILLA GIL, L.E., “Trabajo a distancia”, en AA.VV (GOERLICH PESET, J.M., Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2016.

DURÁN LÓPEZ, F., “Inviolabilidad de la persona del trabajador”, AA.VV., *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. IV, Edersa, Madrid, 1983,

ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999., 2000, ISBN 84-8417-021-7, págs. 761-872 en Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, núm. 28, 1999 del Ministerio de Trabajo

GALA DURÁN, C., “Teletrabajo y sistema de Seguridad Social, Relaciones laborales”, *Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2001, págs. 1189-1214, ISSN 0213-0556.

GOÑI SEI, J.L. y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. (pr.): *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Ed. Civitas, Madrid, 1988.

LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P., “Una mirada periférica al teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia en el derecho español”, en AA.VV. (Lourdes Mella Méndez, ed. lit. y Alicia Villalba Sánchez, coord.), *Trabajo a distancia y teletrabajo. Estudios sobre el régimen jurídico en Derecho Español y Comparado*, Pamplona, Monografías Aranzadi, 2015, ISBN 978-84-9098-797-1.

MARTIN FLOREZ, L., “Outsourcing y teletrabajo: consideraciones jurídico-laborales sobre nuevos sistemas de organización del trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 71, 1995, págs. 401 a 426, ISSN 0212-6095.

MARTÍNEZ FONS, D., *El poder de control del empresario en la relación laboral*, CES, Madrid, 2002.

MARTÍNEZ RANDULFE, F., “Derecho a la intimidad y relaciones laborales: Aproximaciones”, en AA.VV., *Derechos Fundamentales y Contrato de Trabajo*, Comares, Granada, 1998.

MELLÁ MÉNDEZ, L., *Trabajo a distancia y teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*, AA.VV., Lourdes Mella Méndez (ed. lit.), Alicia Villalba Sánchez (coord.), Pamplona. Monografías Aranzadi, 2015.

MERCADER UGUINA, J.R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017.

MUÑOZ RUIZ, A.B., “El derecho a la desconexión digital”, *Revista Trabajo y Derecho*, Monográfico núm. 12, noviembre 2020. <https://e-archivo.uc3m.es>.

POQUET CATALÁ, R., “La protección del derecho a la intimidad del teletrabajador”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, enero-junio 2018, vol. 8, núm. 1/2018.

RORÍGUEZ ESCANCIANO, S., “El teletrabajo y sus fuentes de regulación. Especial consideración a la autonomía colectiva”, *Revista Galega de Dereito Social*, 2ª E, núm. 11, 2020.

RAMOS LUJÁN, H.V., “La intimidad de los trabajadores y las nuevas tecnologías”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, ISSN 0213-0556, núm. 2, 2003, págs. 233-266.

SANCHEZ MANGAS, R., “Productividad y nuevas formas de organización del trabajo en la sociedad de la información”, Documento de trabajo número 81/2005, Fundación Alternativas.

SERRANO OLIVARES, R., “Jurisdicción competente y ley aplicable al ciberempleo transnacional: algunas propuestas sobre cómo afrontar el riesgo de "dumping social", *Derecho social y nuevas tecnologías*, Colección Cuadernos de Derecho Judicial, vol. 15, 2004.

THIBAU ARANDA, J., *El Teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, Madrid, (CES), 2001, pág. 149.

TODOLÍ SIGNES, A., “El cumplimiento de la primera Ley de la robótica: análisis de los riesgos laborales asociados a un algoritmo/inteligencia artificial dirigiendo el trabajo”, *Labour&LawIssues*, vol. 5, núm. 2, 2019.

USHAKOVA, T., “Teletrabajo y relación laboral, el enfoque de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)”, AA.VV. (Alicia Villalba Sánchez, coord.; Lourdes Mella Méndez, ed. lit.), *Trabajo a distancia y teletrabajo: estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*, 2015, ISBN 978-84-9098-797-1, págs. 243-264.

VALLECILLO GÁMEZ, M.R., “El derecho a la desconexión: ¿novedad digital o esnobismo del viejo derecho al descanso?”, *Revista Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros), núm. 408, 2017, págs. 167 y ss. o MERCADER UGUINA, J.R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, págs. 24 y ss.

VALVANUZ PEÑA GARCÍA, M., “El teletrabajo. Especial referencia al derecho a la intimidad”, *El futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo decente: Congreso internacional* / José Luis Monereo Pérez (dir.), Fábio Túlio Barroso (dir.), Horacio Las Heras (dir.), Juan Antonio Maldonado Molina (aut.), María Nieves Moreno Vida (aut.), 2018, ISBN 9788494918964, págs. 1343-1354.