

MESA REDONDA: Nuevas tecnologías en el control de la actividad del trabajador y sus límites. Especial referencia al derecho a la intimidad del trabajador.

Ponencia: **Luis Ezquerro Escudero.**

Cap Área d'Estudi i Formació Gabinet Jurídic UGT-Catalunya.

Contenido

LA FUERZA RESIDUAL DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, ANTE LA FUERZA EXPANSIVA DE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA PROPIEDAD DE LOS MEDIOS DE PRODUCCIÓN ANTE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.	2
1.- Nuevo concepto de espacio de privacidad fruto de los avances tecnológicos y nuevas realidades (vivimos en grandes nubes de datos).	2
2.- Art. 18 versus arts. 33 y 38 CE. Punto de partida: CONCURRENCIA DE DERECHOS.	3
2.1. Planteamiento General.....	3
2.2. Doctrina actual del TC. Disponibilidad absoluta del empresario.	4
2.3. Supuestos de partida en las STC.....	7
4.- Cobertura del empresario. Artículo 20 ET como aspecto troncal o transversal del art. 38 y 33 CE.....	9
4.1. Planteamiento General.....	9
4.2. Reglamento de la UE 2016/679.	10
5.- Conclusiones.	11

LA FUERZA RESIDUAL DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, ANTE LA FUERZA EXPANSIVA DE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA PROPIEDAD DE LOS MEDIOS DE PRODUCCIÓN ANTE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.

1.- Nuevo concepto de espacio de privacidad fruto de los avances tecnológicos y nuevas realidades (vivimos en grandes nubes de datos).

Destacamos que el **concepto tradicional de intimidad** como esfera de intimidad puntual sujeta a la vista o percepción física de las personas, está ampliamente superada por las tecnologías. Hoy en día, básicamente, somos datos, de diferente naturaleza si se quiere, y se nos identifica a partir de los mismos. La tecnología puede aprehender los mismos, identificarnos y generar perfiles de nosotros.

Un sector doctrinal marca esta nueva realidad del concepto de intimidad que engloba diversos círculos concéntricos¹:

Intimidad más personalísima. Acotamos una esfera que reservamos para nosotros sin permitir ningún nivel injerencia. Si bien, debemos atender a las posibilidades del espacio, lugar y tiempo en que pretendamos hacer valer tal reserva de intimidad. Deben ser adecuados para ello.

Intimidad social. Un ámbito donde el espacio de nuestra intimidad queda condicionado por el entorno objetivo en el que no movemos, pero sin que quede anulado (STC 186/2000).

Datos personales restantes. Todo el resto de datos personales con los que aparecemos y actuamos en sociedad. No dejan de identificarnos y mantienen esa condición de datos personales nuestros sobre los cuales nunca perdemos la disposición (STC 292/2000).

Cabe decir, que no se puede negar la inexistencia de datos personales en los tres ámbitos. Ahora bien, los dos primeros están directamente relacionados con el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, lo que da lugar a una protección reforzada (SSTC 292/2000; 39/2016). La relación de complementariedad entre derecho a la intimidad y protección de datos resulta incuestionable. La adjetivación como derechos autónomos, difícil de entender y más de conseguir. En todo caso, la protección de datos personales supera el ámbito del derecho a la intimidad, aunque nunca resulta ajena a un determinado círculo de intimidad.

Mecanismos de protección de estos derechos fundamentales, tanto cuando hablamos del derecho a la intimidad como cuando lo hacemos del derecho a la protección de datos, tenemos:

¹ J. Martínez de Pisón. El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional. AFD 2016 (XXXII). Universidad La Rioja, pág. 413.

Negativa o derecho de no injerencia. Los terceros deben respetar y no penetrar en dicho espacio de intimidad. Y, por ende, de estos datos personales.

Positivo. Marco legal que establece medidas positivas de protección de estos datos o fuertes restricciones a su uso. Este marco positivo puede regular los términos en los que se puede superar la garantía de no injerencia. Ahora bien, en tal caso debe justificar los supuestos de injerencia y establecer las correlativas garantías que impidan dejar vacía de contenido la protección negativa o de no injerencia.

En cuanto **al derecho de protección de datos**, se dirige a proteger todos los datos personales en general, tiene autonomía propia. Y destaca sobre todo por las garantías positivas. El uso de sus datos personales debe tener consentimiento o previsión legal, justificación, aunque no reforzada. Y, sobre todo, goza de un derecho irrenunciable a estar informado y tener disponibilidad sobre sus datos personales.

El derecho a la intimidad sin relacionarlo con el derecho a la protección de datos cada vez se entiende menos. Lo que no obsta, a que este derecho sea catalogado de más amplio y se configure como un derecho fundamental específico (SSTC 292/ 2000; 29/ 2013).

Y cuando **se accede a dichos datos de forma consentida, o por imperativo legal**, esto **NO conduce** a la pérdida del control y disponibilidad sobre los mismos, sino simplemente, a permitir su uso, pero en las condiciones acordadas o fijadas en la norma que regula el sistema de garantías para el trabajador. Sistemas de garantías que también configuran el derecho fundamental (STC 292/2000).

Veamos cómo se viene aplicando estos aspectos del DF, art. 18, el ámbito laboral, entorno con sus particularidades.

2.- Art. 18 versus arts. 33 y 38 CE. Punto de partida: CONCURRENCIA DE DERECHOS.

2.1. Planteamiento General.

El TC, desde antiguo, ha creado una doctrina constitucional clara sobre la pervivencia y ejercicio de los derechos fundamentales en el ámbito laboral. Los rasgos centrales se pueden resumir:

a).- El ámbito de la empresa y trabajo es un ámbito específico, pero no excluye la pervivencia y el ejercicio de los DF de los trabajadores (STC 88/1985). Y esto también se predica del art. 18 CE, con las singularidades que este entorno provoca (STC 170/1987).

b).- El TEDH, desde el principio consolidó la **doctrina de convivencia** entre los derechos del empresario, amparados en la libertad de empresa, propiedad

privada y los DF del trabajador. Esta doctrina obligaba a una CONCURRENCIA de intereses. El punto de equilibrio que se pretende parte de esta premisa. Esta doctrina casa con la doctrina del TC:

“...hasta qué punto ha de producirse la coordinación entre el interés del trabajador y el de la empresa que pueda colisionar con él” (STC [99/1994](#), de 11 de abril, FJ).

c).- El problema se planteaba en términos de Prevalencia del DF, art. 18, y la operatividad, en términos de mínima afectación, de las facultades del empresario para ejercer de límites a la fuerza expansiva del primero.

“... la modulación que el contrato de trabajo puede producir en su ejercicio ha de ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales, y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin” (STC [213/2002](#), de 11 de noviembre, FJ 7; o SSTC [20/2002](#), de 28 de enero, FJ 4; y [151/2004](#), de 20 de septiembre, FJ 7).

El valor absoluto del DF, art. 18 CE, se negaba y obligada a limitarlo para dar cabida a los intereses empresariales (SSTC 57 y 143/1994).

2.2. Doctrina actual del TC. Disponibilidad absoluta del empresario.

La doctrina del TC actual se remite a esta doctrina reseñada. La reitera siempre como premisa básica. Y, sin embargo, acaba configurando una realidad muy diferente que se puede sintetizar:

El empresario, amparándose en el derecho a la Propiedad y Libertad de empresa, ejerce sus facultades legales de dirección y control bajo una fuerza expansiva. Y los DF que derivan del art. 18 CE, al igual que otros DF, quedan en términos RESIDUALES, como último bastión, de mínimos, intentando poner algún límite a la actuación empresarial.

La doctrina del TC, ha venido consolidando la premisa de que bajo el art. 20 ET, el empresario decide libremente no solo los mecanismos de Control, sino de Dirección y Organización. Puede organizar su sistema productivo partiendo de una **Prohibición Absoluta del ejercicio de DF**, concretamente del Dº a la intimidad, imagen y secreto de las comunicaciones, en su vertiente de protección de datos personales, **al impedir que el mismo se lleve a cabo en el ámbito y con los medios de la empresa**. O en sentido positivo, la integración en el ámbito empresarial tiene como única finalidad trabajar, y no se admiten otras actividades.

La prohibición absoluta de que en el ámbito de la empresa se usen los medios e instrumentos de la empresa para otros fines que no sean los productivos, supone excluir la idoneidad de estos para directa o indirectamente mantener los DF del art. 18 activos. Y este planteamiento no resulta coherente con la doctrina clásica del TC. Si a ello unimos que actualmente los instrumentos de trabajo, cada vez más, comportan un nivel de tecnología que posibilita relacionarse con el exterior sin menoscabar su funcionalidad productiva. Caso de los ordenadores que permiten instalar programas y aplicaciones que los

convierten en emisores y receptores de comunicaciones y captadores de datos con enormes posibilidades de almacenamiento y uso de los mismos. Así, a la par que trabajamos con tales instrumentos, estos pueden estar recibiendo y guardando mensajes personales, sin paralizar o incidir en el proceso productivo. Esta es la situación que permiten estas tecnologías y permite preguntarse dónde radica el posible mal uso, ¿en utilizar el medio técnico para tales fines, o en el tiempo dedicado a leer los mismos?.

En términos de avances tecnológicos apreciamos cómo estos están cambiando el modelo tradicional de trabajo, de forma que el trabajador está en una permanente disponibilidad para la actividad laboral, defendiendo como un derecho básico, el derecho a DESCONECTAR del trabajo.

El tiempo de trabajo se pretende alterar a la par que dejar inactivo el tradicional Derecho del Trabajo. Se deja reducido el tiempo de trabajo a tiempo de trabajo efectivo y tiempo de disponibilidad, haciendo desaparecer el concepto de tiempo de descanso en su versión tradicional de tiempo retribuido y a cargo del empresario (incluidos los tiempos de presencia). Y respecto al tiempo de inactividad, como contrapunto al tiempo de actividad laboral, obligar al trabajador a una cesión importante en la disponibilidad sobre el mismo, a favor de los nuevos empresarios virtuales. Reciente STJUE, de 21 de febrero del 2018, caso Rudy Matzak, insiste en el criterio de quién tiene la “disponibilidad” del tiempo (empresario o trabajador), para considerarlo como tiempo de trabajo o descanso. O sea, última garantía, la calidad de los descansos que reside exclusivamente en ostentar, el trabajador, una cierta disponibilidad para fijar cuándo puede disfrutar de los mismos.

Y, sin embargo, en el ámbito de estas nuevas tecnologías, el empresario defiende sus facultades **que permiten DESCONECTAR al trabajador** de su entorno familiar y personal, por la vía de Prohibir el Uso de estos nuevos medios productivos altamente tecnológicos para fines que no sean los productivos. Y lo hace bajo una premisa que no puede ser considerada irrelevante. Son medios de su propiedad y él tiene la absoluta decisión para fijar los usos y fines a los que destina los mismos. Premisa que viene aceptando el TC.

Esta vis expansiva del empresario en el ejercicio de sus facultades, se viene confirmando por la doctrina TC y por el TS, sin darle mayor importancia. El empresario puede exigir que dentro del ámbito de la empresa no se haga uso de sus medios de producción para ejercitar los derechos derivados del art. 18 CE.

Esto implica que no deja espacios para tal ejercicio. O, a sensu contrario, que su ejercicio dependa de la **TOLERANCIA** del empresario. Criterio que ha admitido la doctrina del TC, como premisa básica no discutida, aunque luego se vea obligado a aplicar el principio de proporcionalidad (dado que el criterio de tolerancia deja el ejercicio del DF del art.18 CE, en manos del empresario, lo que resulta difícil de justificar).

Consecuencia también de ello, es la doctrina del TC que adjetiva de **canales abiertos** de comunicación, ajenos al secreto de las comunicaciones, los medios informáticos utilizados cuando existe prohibición de uso para fines particulares (SSTC 281/2006; 241/2012).

“En tales casos “pueden ser abiertos de oficio o sometidos a cualquier otro tipo de control para determinar su contenido” [STC [281/2006](#), de 9 de octubre, FJ 3 b)]”

Los DF de los trabajadores quedan supeditados a **la tolerancia del empresario**, que este quiera permitir unos resquicios para que se puedan ejercitar los DF citados. Fruto de esta premisa, **se habla de una expectativa razonable de intimidad o privacidad por el trabajador** en concordancia con la tolerancia del empresario, a su libre voluntad (SSTC 12/ 2012; 241/2012; 170/2013). Aunque el propio TEDH admite que este no puede ser el único criterio a tener en cuenta, doctrina consolidada y que reitera en el caso Barbulescu y López Ribalda.

“La expectativa razonable de la privacidad una persona es un factor significativo, pero no concluyente (ver *Halford v. Reino Unido*, 25 junio 1997, § 45, *Informes de Juicios y Decisiones* 1997-III; y *Perry*, citado anteriormente, § 37”

Este criterio de la tolerancia empresarial se discute por el TEDH, como criterio único a tener en cuenta, sin especificar con precisión qué significa esta matización. Ahora bien, junto con la misma, este TEDH manifiesta que el marco positivo de nuestro derecho interno, léase LOPD, también genera unas expectativas razonables de intimidad o privacidad. TEDH, caso López Ribalda:

“En una situación donde el derecho de cada afectado a ser informado de la existencia, el objetivo y la forma de la video vigilancia encubierta estaba claramente **regulado y protegido por la ley**, las demandantes tenían unas expectativas razonables de privacidad.”

Interpretación plausible. El instituto de garantías a que da lugar la LOPD, se debe cumplir al detalle para que pueda operar el criterio último de tolerancia empresarial. Es decir, se tiene que informar a los trabajadores de los usos de medios informáticos, o de los sistemas de control del empresario, en las condiciones y formas reguladas legalmente, y con las demás garantías que acompañan a la injerencia empresarial: derecho de acceso, rectificación, cancelación, duración estricta a la necesidad o fin pretendido, etc. En tal caso, el empresario puede hacer uso de su tolerancia o intolerancia para permitir tales usos privados o mecanismos de control.

Ahora bien, de no ser este el caso, el empresario no puede alegar su falta de tolerancia respecto a una prohibición de uso. Esta, solo puede acaecer dentro del estricto cumplimiento de la regulación nacional que fija los límites al derecho a la intimidad y protección de datos y sus garantías. En caso contrario, el empresario no puede eludir o incumplir la primera garantía del derecho fundamental, el derecho a la NO INJERENCIA en el ámbito de intimidad, ni el acceso a los datos personales del trabajador.

2.3. Supuestos de partida en las STC.

En la mayoría de casos se parte del supuesto siguiente:

Utilización de medios tecnológicos del empresario. El trabajador ha desoído la prohibición de uso del empresario y ha utilizado los medios de la empresa para comunicarse con el exterior, en cuestiones ajenas al tema laboral. Y la justificación del control del empresario tiene como fin comprobar el acatamiento de esta prohibición, a lo que se unen la comprobación de otros incumplimientos contractuales más graves (SSTC 281/2006; 173/ 2011; 241/2012; 170/2013). Ejemplifica esta doctrina:

“...la citada STC [241/2012](#) ha tenido ya oportunidad de señalar que, en el marco de las facultades de autoorganización, dirección y control correspondientes a cada empresario, **“no cabe duda de que es admisible la ordenación y regulación del uso de los medios informáticos de titularidad empresarial por parte del trabajador, así como la facultad empresarial de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones relativas a la utilización del medio en cuestión, siempre con pleno respeto a los derechos fundamentales”** (FJ 5).

Control del empresario sobre la actividad productiva del trabajador. Cada vez más, se viene admitiendo la videovigilancia como algo normal y habitual dentro de la empresa, dirigida a comprobar el adecuado cumplimiento en la ejecución del contrato de trabajo (SSTC 98/2000; 186/2000; 29/ 2013; 39/2016).

Y aquí se produce la **INCOHERENCIA** entre la doctrina constitucional teórica y la aplicación al caso concreto, incoherencia predicable de la doctrina del TEDH:

La realidad jurisprudencial, es que cuando se aplica al caso concreto, niega este punto de partida. NO HAY CONCURRENCIA de derechos o intereses, lo que implicaría un punto de partida de PARIDAD entre DF. Frente a ello, emerge el criterio de SUBORDINACIÓN de estos DF a los bienes jurídicos de la empresa.

Es la especial **SUMISIÓN** del trabajador respecto al empresario, el argumento utilizado por el TC, para recalcar en esta doctrina implícita que viene a suponer que el Empresario, dentro de estas especiales relaciones jurídicas de sumisión, puede realizar un uso discrecional de sus facultades legales hasta el extremo de reducir los DF del trabajador a los mínimos básicos. Motivo por el cual, acaba aludiendo a la **Dignidad** de la Persona, Valor Superior que opera como límite último, no traspasable, límite de mínimos del DF afectado.

Y, sin embargo, la premisa de Concurrencia de derechos sigue apareciendo como doctrina a tener en cuenta. El **caso Barbulescu**, el TEDH reitera su doctrina: Teoría, “...las instrucciones de una empresa no pueden anular el “ejercicio” de la privacidad social en el puesto de trabajo. Aunque pueden limitarse dentro de las medidas de necesidad.”

La coexistencia de esta dualidad, doctrina del TC y del TEDH, para que sea operativa en términos armónicos: concurrencia real de intereses de ambas partes versus ruptura del principio de paridad por el de subordinación del

trabajador, de forma que se alcance un término medio aceptable, requiere que la regulación de las condiciones y uso de los medios de la empresa, que afecten a los DF del trabajador, no pueden ser impuesta por el empresario de forma unilateral. Atendiendo a sus intereses exclusivos. El título que le otorga el art. 33 y el 38 CE, no puede llegar a tales extremos, pues tampoco gozan de una fuerza expansiva absoluta, como se pretende.

Deben ser objeto de **pacto entre los sujetos** del contrato, ya que está en la naturaleza del contrato de trabajo.

O cuando menos, las facultades del empresario cuando afecten a DF, no se pueden ejercer en términos de exclusividad absoluta al proceso productivo. El empresario **no puede desconectar al trabajador** de su entorno familiar y personal por el solo hecho de acceder al centro de trabajo, o de utilizar medios de propiedad de la empresa.

Como tampoco puede ejercer sus facultades de control de forma exhaustiva convirtiendo al trabajador en una mera pieza de producción, ignorante de que en su condición de persona lleva consigo su perfil físico, psicológico, ideológico, etc. Este no puede desconectar de todas ellas, convirtiéndose en un instrumento de trabajo neutro, sin reflejar sus datos personales, perfiles y características. El TEDH considera un dato relevante, caso López Ribalda, la gravedad del mecanismo de control consistente en la video-vigilancia, así como que esta sea continuada porque revela su perfil como persona.

“La imagen de una persona constituye uno de los principales atributos de su personalidad, ya que revela características únicas y les distingue de otros. Por lo tanto, el derecho a la protección de la imagen constituye uno de los componentes esenciales del desarrollo personal, y presupone el derecho al control de la misma (ver *Reklos y Davourlis v. Grecia*, Nº 1234/05, § 40, 15 enero 2009) “

3.- Criterio a tener en cuenta a la hora de ponderar el art. 18 CE, y el art. 38 CE.

El criterio a tener en cuenta no puede ampararse en la potestad del empresario de organizar y dirigir el proceso productivo en términos de exclusividad, sino que se debe centrar en la **Afectación al proceso productivo**, su incidencia.

Esto sería coherente con la doctrina del TC en otros DF, aplicación del principio de Ponderación atendiendo a los intereses en juego, buscando la Concurrencia entre ellos. Doctrina en el tema de Reducción de Jornada por Guarda Legal². En la misma se evalúa el derecho de la trabajadora y el derecho del empresario

²STC de 15 enero, RTC 2007/3. Habla de la ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, valorando la importancia de la opción realizada por la trabajadora en su vertiente de no discriminación y el perjuicio que pueda sufrir el empresario, bajo un criterio aparentemente paritario, pero lo cierto es que esta comparativa parte de un derecho fundamental frente a otro que no lo es (como mucho art. 38 CE)

y la concurrencia de ambos con su incidencia en el proceso productivo y los perjuicios asumibles o inasumibles para este³.

Tampoco entendemos cómo se pueden ejercer otros DF, aparejados al a conciliación familiar, cuando el ámbito de la empresa queda cerrado a la comunicación con tal ámbito familiar o personal del trabajador por voluntad exclusiva del empresario. Hoy en día, tanto los medios telefónicos, informáticos, móviles etc., se catalogan como **medios de comunicación** que transmiten datos personales(STEDH de 3 de abril de 2007 (caso Copland contra Reino Unido)).

En todo caso, el criterio de Afectación a uno y otro (al trabajador y al empresario), evaluando los beneficios y perjuicios que produce dentro del ámbito de trabajo, se desprende de la propia doctrina constitucional, cuando reiteradamente habla de equilibrios y limitaciones recíprocas, caso:

STC 241/ 2012. “De esta forma, los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos (STC 292/1993, de 18 de octubre, FJ 4).”

La consecución de estos equilibrios considerando los beneficios y perjuicios que pueden disfrutar o sufrir cada una de las partes del contrato de trabajo, se obtiene si acudimos al criterio citado de Afectación y no al de Subordinación o Sumisión. Este último criterio convierte los DF en una labor de puro paternalismo a expensas de la tolerancia del empresario.

4.- Cobertura del empresario. Artículo 20 ET como aspecto troncal o transversal del art. 38 y 33 CE.

4.1. Planteamiento General.

El TC utiliza **dos previsiones legales** para apoderar al empresario al control de la actividad del trabajador. El art. 20 ET, como una facultad omnímoda sin techos ni paredes. Y como se da cuenta que ello choca con los mecanismos de garantías que fija la Directiva y Reglamento UE, amén de la doctrina TEDH sobre la calidad de la previsión legal(de forma que las partes sepan con pulcritud a qué obliga dicha previsión legal), se remite al art. 6.2 LOPD (STC 39/2016):

Esta previsión orgánica se refiere a la **ejecución de un contrato** (art. 6.2). El TC interpreta que exime al empresario de la necesidad del consentimiento cuando ejerce sus facultades de control y dirección. Ahora bien, elude cuestiones importantes:

³ARGÜELLES BLANCO. A.R. La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 1998. “Por tanto, sólo excepcionalmente, cuando el derecho del trabajador entre en abierta colisión con el de dirección y organización empresarial, habrá que acudir a las circunstancias concurrentes en cada caso, pág. 107”.

El contrato de trabajo es bilateral y de obligaciones recíprocas, compete a las dos partes, por lo que suponemos que también el trabajador podría almacenar datos del empresario, incluidas grabaciones, atendiendo a la ejecución del contrato y respecto a sus obligaciones con el trabajador, sin que el trabajador debiera solicitar consentimiento.

En esa línea, el art. 6.2 LOPD, habla de las “**partes**” en plural. Cosa que ni se menciona por el TC. Las partes en la ejecución del contrato estarían liberadas del respectivo consentimiento.

Si atendemos al **TEST DE PREVISIBILIDAD** que aplica el TEDH al concepto de “previsión legal” que permite la injerencia en los datos personales, conlleva que la previsión legal sea de calidad, o sea, con unos mínimos estándares de precisión que indiquen en qué condiciones y bajo qué requisitos se puede producir la injerencia del empresario. Pero, también, debe informar de forma suficiente qué consecuencias se aparejan a su incumplimiento. Y esto resulta predicable tanto para el empresario como para el trabajador, que debe conocer con una cierta precisión en qué casos puede hacer uso de su derecho a comunicarse con la consiguiente protección de datos, así como las consecuencias de un posible mal uso.

Y esto conduce al régimen disciplinario y las condicionantes que determinan la mayor o menor gravedad en la tipificación de estas conductas. Refuerza el criterio de que ambas partes del contrato (o bien sus representantes) deben negociar los términos en que se limitan mutuamente el ejercicio de DF y en qué términos se aplican las garantías legales. Conseguir esa concurrencia de intereses tendente a obtener el buen fin productivo, para el empresario, y sin especial merma en los DF del trabajador.

Como indica el TEDH, dada la especial injerencia que suponen estos mecanismos de control, generan el correlativo derecho a ser controlados, doctrina reiterada en el caso López Ribalda.

Por lo tanto, el derecho a la protección de la imagen constituye uno de los componentes esenciales del desarrollo personal, y presupone el derecho al control de la misma (ver *Reklos y Davourlis v. Grecia*, Nº 1234/05, § 40, 15 enero 2009)

Y resulta clarividente que si estos medios de control, cuál era el caso López Ribalda, se utilizaban de forma continuada y generalizada, dicho control debía predicarse de los representantes de los trabajadores.

4.2. Reglamento de la UE 2016/679.

Es cierto, que tanto el Reglamento UE, como LOPD, deja en manos del responsable de datos la aplicación de esta normativa, pero ello lo hace con carácter general, no impide que atendiendo a las peculiaridades de la actividad se pudiese pactar o negociar, incluso por la negociación colectiva.

El art. 88 del Reglamento de la UE 2016/ 679, relativo al tratamiento en el ámbito laboral:

Indica que los Estados puede establecer normas más específicas a través de ley o de **convenios colectivos**. Y se refiere a toda una serie de datos que abarcan, prácticamente, todo el ámbito de la relación de trabajo, entre ellos los relativos a la ejecución del contrato.

Esta previsión tiene naturaleza dispositiva para los Estados, pero debe **matizarse que**:

.- La doctrina del TC ha declarado que la **relación laboral genera un marco especial**, donde menciona la naturaleza del propio contrato de trabajo, por lo que habrá que estar a dicha especialidad que no regula la LOPD. El equilibrio de derechos y obligaciones lo fijan las partes, bajo teórica paridad. Paridad que se hace realidad a través de la NC.

.- La discrecional de los Estados está sujeto a **la consecución de las garantías** que impone la normativa de la UE. Estaríamos hablando de garantías que integran el núcleo del DF a la protección de datos, así como vida personal y familiar. Los medios fijados deben cumplir con los parámetros de eficiencia buscados por el DF. La referencia a la especificidad del ámbito laboral tiene raigambre en doctrina del TEDH, y no resulta gratuita, busca la eficiencia adaptada al entorno concreto.

No podemos entender que su finalidad sea una confirmación de la discrecionalidad de los Estados, **sino una afirmación de la peculiaridad del ámbito laboral** y la necesidad de adaptar los mecanismos de garantías que conforman el núcleo duro de la Protección de Datos a ese entorno específico y especialmente sensible. A fin de que estas garantías cumplan con los parámetros de efectividad.

El art. 20 ET, no cumple con las premisas del TEDH sobre concepto de "**previsión legal**", en términos de calidad de la ley. Además, se puede entender como una previsión que permite eludir el consentimiento del trabajador. Pero, nada regula sobre los mecanismos de garantías a favor del trabajador, fijados en la LOPD.

Por lo que sigue requiriendo necesaria adaptación a la especialidad de la empresa y el trabajador.

5.- Conclusiones.

Nos reiteramos en la necesidad de que la utilización de los medios tecnológicos del empresario como mecanismos propios de control del trabajador dentro de la empresa, debe ser acordada con el trabajador y adaptada vía negociación colectiva.

Y en todo caso, el empresario no tiene un derecho a desconectar el trabajador de su entorno personal y familiar por el solo hecho de entrar en el ámbito de la empresa. El margen de ejercicio del art. 18 CE, no puede quedar a expensas de la tolerancia del empresario.

Y el criterio a tener en cuenta, no pueden ser las potestades de dirección y control empresarial, sino el criterio de Afectación al proceso productivo.