

LA PRIVACIDAD EN EL TELETRABAJO. UN ANÁLISIS EN EL CONTEXTO DE PANDEMIA POR COVID-19*

MARÍA VILLA FOMBUENA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

CEU Cardenal Spínola, adscrito a la Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras clave: teletrabajo; privacidad; control empresaria

La situación de emergencia ocasionada por la pandemia de Covid-19 obligó en marzo a la adopción de una serie de medidas excepcionales para tratar, al menos, de ralentizar su avance. El confinamiento domiciliario de la población planteó un escenario sin precedentes tanto para las empresas como para los trabajadores. En este contexto, el teletrabajo pasó de ser una opción, más o menos atractiva para ambas partes, a un planteamiento de organización necesario para muchas empresas, en el que el uso de las tecnologías ha resultado imprescindible. No obstante, la inmensa e intensa capacidad de las nuevas tecnologías para obtener información (datos) han puesto en jaque la protección de la parcela que hasta hace poco resultaba más lejana para el empleador: la esfera privada del trabajador.

ABSTRACT

Key words: teleworking; privacy; corporate control

The emergency situation caused by the Covid-19 pandemic in March forced the adoption of a series of exceptional measures to attempt, at least, to slow down its progress. The home confinement of the population posed an unprecedented scenario for both companies and workers. In this context, teleworking went from being an option, more or less attractive for both parties, to a necessary organizational strategy for many companies, in which the use of technology has been essential. However, the immense and intense capacity of new technologies to obtain information (data) has challenged the protection of the furthest realm for the employer until then: the worker's private sphere.

* Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de Investigación “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital”, DER2017-83488-C4-2-R, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, y presentado al seminario celebrado en Sevilla, los días 4 y 5 de febrero de 2021, bajo el título: *Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía*, organizado por el Proyecto DER2017-83488-C4-3-R

ÍNDICE

1. CUESTIONES NECESARIAS DE CONTEXTUALIZACIÓN: AVANCES TECNOLÓGICOS E INCREMENTO DE LAS FACULTADES DE CONTROL EMPRESARIAL
2. EL TELETRABAJO. UNA MODALIDAD DE TRABAJO A DISTANCIA CON ENTIDAD PROPIA
 - 2.1. La reciente regulación del trabajo a distancia como consecuencia de la situación de emergencia generada por el Covid-19
 - 2.2. La esencialidad de las TIC como herramienta de trabajo y análisis de su incidencia práctica real
3. LA PRIVACIDAD DEL TELETRABAJADOR COMO LÍMITE AL PODER DE CONTROL
 - 3.1. Intimidad vs Privacidad
 - 3.2. La situación particular del teletrabajo en el domicilio

1. CUESTIONES NECESARIAS DE CONTEXTUALIZACIÓN: AVANCES TECNOLÓGICOS E INCREMENTO DE LAS FACULTADES DE CONTROL EMPRESARIAL

Vivimos en un contexto de disrupción tecnológica permanente y sin precedentes, en el que la evolución de las tecnologías digitales resulta imparable e irreversible hasta el punto de erigirse en el principal motor de transformación social y económica¹. Los avances registrados en los últimos años en campos como las telecomunicaciones, la nanotecnología, el internet de las cosas, la inteligencia artificial o el Big Data, entre otros, han propiciado los procesos sobre los que se asienta la cuarta revolución industrial: digitalización, conectividad y automatización. Vivimos en una sociedad digital, hiperconectada e inteligente.

El efecto de esta tecno-evolución digital es de carácter transversal, además. El uso de estas nuevas tecnologías conlleva una nueva forma de vivir, de trabajar y de relacionarse; es decir, hoy en día no es posible permanecer ajeno a la digitalización. Si tenemos en cuenta la inmensidad de este impacto, resulta claro que la aplicación de estas tecnologías deviene imprescindible, pero no es suficiente por sí sola. En otras palabras, la digitalización ni puede ser entendida como una finalidad en sí misma ni consiste sólo en incorporar nuevas tecnologías. Se debe tomar conciencia de que la aplicación tecnológico-digital lleva aparejados cambios inescindibles en el ámbito económico, social, normativo e incluso cultural.

Por lo que respecta a la esfera laboral, las posibilidades que brindan estas tecnologías han alterado no sólo sus estructuras clásicas, sino también sus normas, cuya utilidad se ve discutida en un lapso de tiempo cada vez menor por la necesidad de adaptación a la realidad del momento, lo que en ocasiones provoca

¹ Tal y como se pone de manifiesto en los documentos elaborados por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) para alcanzar un Acuerdo de Estado para la Digitalización: *Plan digital 2020 y 2025. La digitalización de la sociedad española*.

un distanciamiento entre el derecho y la realidad reglada, tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina².

La aceleración del desarrollo tecnológico ha irrumpido de manera brusca en el ámbito empresarial, en el que los modelos de negocio actuales se caracterizan por presentar altas dosis de flexibilidad para poder actuar en un mercado caracterizado por una competitividad feroz. En esta misma senda, la denominada Globalización 4.0, que posibilita la obtención de un flujo ilimitado de información y, por tanto, de conocimiento, ha permitido a las empresas optimizar además su productividad a través de una utilización eficaz y eficiente de los recursos. Pero debemos tener en cuenta además otro factor relevante. Y es que, junto a la apuesta por la innovación y la digitalización, las empresas también han ido modificando su manera de funcionar. Las notas esenciales de este nuevo modelo podrían sintetizarse en la apuesta por una producción fragmentada, un diseño y una organización flexible de sus plantillas y la aparición de nuevas formas de financiación a través de mecanismos colaborativos de carácter económico. Si nos situamos en una perspectiva estratégica que nos permita contemplar todas estas circunstancias a la vez llegamos a la conclusión de que todos estos elementos han contribuido a expandir las bases sobre las que se asienta la libertad de empresa, pero también han permitido redimensionar la capacidad de las empresas para vigilar y verificar el desarrollo de la actividad laboral.

En este contexto de tecnificación digital, la amplia flexibilidad en la organización de la mano de obra de las empresas ha dado lugar a nuevas formas de desarrollo de la prestación de trabajo en las que se le permite al trabajador un amplio margen de decisión. Sin embargo, la posibilidad de que el trabajador pueda realizar su trabajo en un entorno locativo y temporal de elección propia (o en los que tiene un amplio margen de decisión, al menos) provoca un doble efecto. Por un lado, vacía en cierto sentido el ejercicio del poder de organización del empleador, pero por otro, y de forma paralela, intensifica sus facultades de control. Es decir, junto al incremento en la autonomía de decisión y gestión del trabajador se produce un aumento en la capacidad e intensidad de los instrumentos de control de los que puede valerse el empleador. El poder de organización pierde intensidad en detrimento del poder de control. Para el empleador ya no es imprescindible que el trabajador se someta a estos elementos tradicionales de organización del trabajo. Su interés pasa a focalizarse en la capacidad de controlar tanto la manera en la que

² Por todos, Alemán Páez, F., “Especialidades de las facultades de control en el trabajo a distancia. Aspectos materiales, institucionales y valorativos”, en *Temas Laborales*, Núm. 153/2020, p. 14.

el trabajador realiza la prestación como el resultado de ésta³; y en esta labor las nuevas tecnologías juegan un papel trascendental.

La asequibilidad de muchas de esas tecnologías ha facilitado sin duda la generalización de su uso en las empresas, ya sea en un plano específico de la prestación de servicios de mano de algunas herramientas de trabajo, como puede ser el caso de los dispositivos digitales que la empresa facilita a sus trabajadores (ordenadores, teléfonos móviles, tabletas, etc.), del correo electrónico corporativo, o de las aplicaciones de mensajería instantánea (WhatsApp, Telegram, etc.) y redes sociales (Twitter, Instagram, etc.) que pueden utilizar las empresas; ya sea en un plano laboral más amplio a través de mecanismos de control (dispositivos audiovisuales, de geolocalización o incluso biométricos⁴, por ejemplo) o del tratamiento automatizado de los datos de los que dispone la empresa, entre otros.

Estas tecnologías ofrecen a las empresas una inusitada capacidad de seguimiento muy preciso del trabajo que se está llevando a cabo. En otras palabras, las actuales tecnologías de la información y la comunicación permiten al empleador contar con una trazabilidad del trabajo sin precedentes. Sirvan de ejemplo, los avances producidos en comunicaciones (4G y 5G) o en dispositivos inteligentes, que no sólo han alterado la manera de trabajar o los cauces de comunicación entre la empresa y el trabajador, sino que permiten ubicar geográfica y temporalmente a cualquier trabajador con una precisión cuasi milimétrica. Pero precisamente, esa gran capacidad de obtención de información (datos a todos los efectos) con la que cuentan las empresas en la actualidad y que les permite llevar a cabo ese control tan exhaustivo de la prestación que realizan sus trabajadores puede acarrear también una intensa intromisión en la esfera privada de estos si el uso de la tecnología no va acompañado de determinadas garantías como veremos más adelante.

En consonancia con todo lo anterior resulta más que evidente la imbricación entre el actual escenario tecnológico-digital y el aumento de las facultades de control del empleador, de manera que el avance del primero repercute y repercutirá en el segundo.

³ En este sentido, Cruz Villalón, J., “Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos”, en *Temas Laborales*, Núm. 150/2019, p. 16.

⁴ *Vid.* Rodríguez-Piñero Royo, M., “Las facultades de control de datos biométricos del trabajador”, en *Temas Laborales*, Núm. 150/2019, pp. 91-109.

2. EL TELETRABAJO. UNA MODALIDAD DE TRABAJO A DISTANCIA CON ENTIDAD PROPIA

2.1. La reciente regulación del trabajo a distancia como consecuencia de la situación de emergencia generada por el Covid-19

La crisis sanitaria ocasionada por la pandemia de Covid-19 obligó en marzo a la adopción de una serie de medidas excepcionales para tratar, al menos, de ralentizar su avance. De entre todas, la limitación de la libertad de circulación de las personas⁵, introducida en el artículo 7 del RD 463/2020 con el que se declaraba el estado de alarma⁶, y que quedará identificada *aeternum* como “confinamiento domiciliario” de la población, planteó un escenario sin precedentes tanto para las empresas como para los trabajadores. Cierto es que este precepto no prohibía el trabajo como tal. De hecho, el propio artículo 7 contempla el desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar la prestación laboral, profesional o empresarial como una excepción a dicha limitación de la movilidad. A lo que se suma la llamada a garantizar que los ciudadanos pudieran acceder a sus puestos de trabajo con ocasión de la reducción de la oferta de transporte público de viajeros, en los apartados *b)* y *c)* del artículo 14.2 de la misma norma. No obstante, desde el Ministerio de Sanidad se había recomendado con anterioridad el teletrabajo siempre que ello fuera posible⁷. Recomendación que adquirió un grado de intensidad mayor en el RD-Ley 8/2020, cuyo artículo 5 prioriza el trabajo a distancia al trabajo presencial al objeto de que las empresas pudieran continuar con su actividad⁸. De esta forma,

⁵ Cuya constitucionalidad ha sido puesta en entredicho por parte de la doctrina. Entre otros, Enríquez Malavé, G., “Inconstitucionalidad de las limitaciones a la libertad de circulación establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19”, *Diario La Ley*, Núm. 9620/2020.

⁶ Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE núm. 67, de 14 de marzo de 2020).

⁷ Medidas concretas del Consejo Interterritorial del SNS para zonas con transmisión comunitaria significativa de coronavirus, de 9 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.msbs.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?id=4806>. Esta recomendación fue reiterada de forma indirecta por este mismo Ministerio en abril con ocasión de la publicación de la Guía de buenas prácticas en los centros de trabajo para prevenir los contagios de Covid-19, elaborada para aquellos supuestos en los que las personas trabajadoras de actividades no esenciales no pudieran teletrabajar. *Vid.* Buenas prácticas en los centros de trabajo. Medidas para la prevención de contagios del COVID-19. Ministerio de Sanidad, 11 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.msbs.gob.es/gabinetePrensa/notaPrensa/pdf/GUIA110420172227802.pdf>

⁸ En el mismo sentido se manifiesta el apartado II de la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE núm. 73, de 18 de marzo de 2020).

el teletrabajo pasó de ser una opción, más o menos atractiva para empresas y trabajadores, a un planteamiento de organización necesario para muchas de ellas. En este sentido, la pandemia ha hecho que el trabajo a distancia se muestre como el mecanismo más eficaz para asegurar el mantenimiento de la actividad durante la situación de emergencia sanitaria y para garantizar la prevención frente al contagio.

Durante los meses de confinamiento, el teletrabajo no sólo se ha erigido en una opción imprescindible para las empresas sino también en una posibilidad novedosa para muchos trabajadores que se han visto inmersos por primera vez en esta modalidad de trabajo. Si tenemos en cuenta los datos del Instituto Nacional de Estadística (en adelante, INE), en 2019 solamente un 4,8% de las personas ocupadas trabajaba desde el domicilio en nuestro país⁹. Desde que se restringiera la movilidad, sin embargo, el porcentaje ha variado considerablemente. Según un informe elaborado por la Fundación Europea para la Mejora de las condiciones de Vida y Trabajo (Eurofound), un 30% de personas ocupadas han empezado a teletrabajar por primera vez en nuestro país con ocasión de esta crisis¹⁰; elevando el porcentaje global de teletrabajo en España por encima del 40% de la población ocupada en el mes de julio. Desde la óptica empresarial, los datos también respaldan este aumento, ya que el teletrabajo ha sido la opción aplicada por más de un 46% de las pequeñas y medianas empresas para afrontar la situación excepcional ocasionada por este coronavirus¹¹.

El auge abrupto de esta modalidad de trabajo puso en evidencia lo insuficiente de la regulación existente contenida en el artículo 13 del Real Decreto Legislativo 2/2015¹², haciendo patente el distanciamiento entre la norma y la realidad al que hacía referencia en el apartado anterior. Y es que, a pesar de haberse instaurado como una medida más que conveniente para hacer frente a las nefastas consecuencias socio-económicas y laborales previstas con ocasión de la expansión de la pandemia, adolecía por entonces de un marco legal suficiente que permitiese establecer las garantías necesarias para no desequilibrar la balanza a favor o en contra de alguna de las partes de la relación laboral.

Conocidas las ventajas de su implantación, lo cierto es que el teletrabajo también acarrea inconvenientes: puede generar estrés por la exigencia de una

⁹ Dato referido al trabajo que se realiza en el domicilio con normalidad o, al menos, más de la mitad de los días. En el caso de las personas que lo han hecho ocasionalmente el porcentaje es de un 3,5%, según la Encuesta de Población Activa, 2019.

¹⁰ Eurofound (2020), *Living, working and COVID-19*, p. 33.

¹¹ Según una encuesta realizada en abril de 2020 por la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME) y en la que participaron más de dos mil empresas. Disponible en: https://www.cepyme.es/wp-content/uploads/2020/04/CEPYME-LaPYMEhabla_barometro_opinion-1.pdf

¹² 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 (BOE núm. 255 de 24 de octubre de 2015).

rápida adaptación para el desempeño de la tarea en el nuevo contexto (organización del trabajo, formación en el uso de la tecnología, etc.); puede llegar a provocar fatiga informática por la necesidad de una conectividad digital permanente; un mayor aislamiento laboral; deficiencias en el intercambio de información entre las personas que trabajan presencialmente y aquellas que lo hacen a distancia; sensación de pérdida de la identidad corporativa; un aumento del gasto como consecuencia del traslado al trabajador de los costes de la actividad productiva; pueden existir dificultades asociadas a la falta de servicios básicos en el territorio (conectividad digital o servicios para la conciliación laboral y familiar, por ejemplo); pueden producirse brechas de seguridad¹³; e incluso invadirse la esfera privada del trabajador. En definitiva, una serie de realidades que han puesto de manifiesto la necesidad de contar con una regulación *ad hoc* que ayude a ambas partes a trasladar el carácter tuitivo del derecho del trabajo al nuevo escenario surgido durante esta pandemia.

Con el objetivo de llenar ese vacío normativo, el 22 de septiembre se aprobaba el Real Decreto-Ley 28/2020, por el que se regula el trabajo a distancia¹⁴, con el objetivo de proporcionar una regulación suficiente y transversal que dé respuestas a las diversas necesidades que plantea esta modalidad de trabajo.

Esta norma, que se entiende necesaria y que nace con la pretensión de alcance general, cualquiera que sea el sector profesional, desarrolla como ejes de la misma tres aspectos esenciales que ya aparecen recogidos en el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo¹⁵, en el acervo comunitario (sirvan de ejemplo, entre otras, las, directivas sobre condiciones mínimas de seguridad y salud¹⁶, sobre tiempo de trabajo¹⁷ y sobre previsibilidad y transparencia en las condiciones de trabajo¹⁸) o en el ordenamiento estatutario que supone el marco personal y material en el que

¹³ Tal y como evidencian Peiró J.M. y Soler, A., “El impulso al teletrabajo durante el Covid-19 y los retos que plantea”, *Laboratorio de Análisis y Evaluación de Políticas (IvieLAB)*, Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas, 2020.

¹⁴ BOE núm. 253, de 23 de septiembre de 2020.

¹⁵ Suscrito en 2002 por la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE), la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP) y que fue revisado en 2009.

¹⁶ Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (DOCE núm. 183, de 29 de junio de 1989).

¹⁷ 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 (DOUE núm. 299, de 18 de noviembre de 2003).

¹⁸ Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (DOUE núm. 186, de 11 de julio de 2019).

se desarrolla. No entraremos aquí en el análisis de cada uno de ellos, pero sí vamos a presentarlos a modo de introducción a su estudio.

La norma contempla en primer lugar una serie de definiciones que superan la contenida en el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) e introducen los elementos necesarios para su identificación; huyendo con ello de cualquier concepción rígida, pero proporcionando, al mismo tiempo, los cauces para garantizar la necesaria seguridad jurídica. Lo relevante a efectos de prever una mayor protección queda ubicado en el carácter regular de esta forma de prestación, garantizándose la flexibilidad en su uso, que queda acomodada a las distintas circunstancias e intereses concurrentes de empresas y trabajadores.

En segundo lugar, se establece de manera expresa el carácter voluntario de esta modalidad de trabajo tanto para la persona trabajadora como para la empresa. Algo que parecía inferirse ya de la redacción del apartado segundo del artículo 13 ET al establecer la necesidad de que el “acuerdo” por el que se establezca el trabajo a distancia debe recogerse por escrito. Con ello parece que el legislador quiere aclarar que esta forma de organizar y prestar la actividad laboral no nace de los poderes de dirección y organización empresariales, ni de la figura de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, sino que supone una opción voluntaria para ambas partes de la relación laboral, al margen de ciertas limitaciones contempladas para supuestos concretos, como es el caso de los menores de edad y de los contratos formativos.

En tercer lugar, en el ámbito de las condiciones de trabajo, se garantiza la igualdad de trato y la no discriminación de las personas que desarrollen trabajo a distancia. No obstante, teniendo en cuenta las peculiaridades de esta modalidad de trabajo, el Real decreto-ley recoge otros aspectos complementarios, que resultan igualmente necesarios para garantizar que se mantenga el mismo nivel de protección previsto para las personas que trabajen en el local de la empresa. Así, se enumera una serie de condiciones que se consideran esenciales y que necesariamente deben de recogerse de manera expresa en el acuerdo de trabajo a distancia, sin perjuicio de su posible modulación legal o convencional. En este sentido se identifican como condiciones laborales esenciales: la entrega e instalación de equipos y medios necesarios para el desarrollo del trabajo a distancia, la cuantificación y la compensación de los costes asociados a su uso y mantenimiento, el ejercicio de acciones formativas adecuadas y específicas, la identidad en el acceso, trato y conocimiento puntual de las oportunidades de promoción profesional, la instalación de medios de control y vigilancia, la correcta aplicación de las medidas de seguridad y salud, las limitaciones al acceso del lugar de trabajo cuando éste coincide con el domicilio de la persona trabajadora, la organización del tiempo de trabajo (incluidas la flexibilidad, los periodos de disponibilidad y su registro), o la vinculación necesaria a un centro de trabajo. En este apartado ocupan un lugar destacado el derecho a la intimidad, el derecho a la protección de datos y el derecho a la desconexión digital, que deberán ser garantizados en los términos previstos en

la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales¹⁹ (en adelante, LOPD) y en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos²⁰ (en adelante, RGPD).

A modo de cierre resulta necesaria la mención a la función que esta norma otorga a la negociación colectiva en el ámbito del trabajo a distancia, a través de llamadas expresas en la definición de las tareas y actividades susceptibles de trabajo a distancia, los criterios de preferencia en el acceso a esta modalidad, el ejercicio de la reversibilidad, los distintos derechos de contenido económico asociados a esta forma de prestación y organización, el contenido del acuerdo e incluso los porcentajes de trabajo a distancia a los efectos de definir, en sectores profesionales específicos, lo que se considera trabajo a distancia regular. Con ello se evidencia una vez más que el papel de la negociación colectiva va más allá de un mero mecanismo de mejora de las condiciones mínimas establecidas por el sistema legal, configurándose como instrumento útil para modernizar la organización del trabajo en la empresa para adaptarla a la realidad²¹.

2.2. La esencialidad de las TIC como herramienta de trabajo y análisis de su incidencia práctica real

Es bastante frecuente (y más en el momento en el que nos encontramos) escuchar a personas que en la misma conversación dicen estar *teletrabajando*, unas veces, y *trabajando a distancia*, otras, en la creencia de que ambos términos tienen el mismo significado, cuando en realidad no es así.

Cierto es, que ya en 2005 de mano del Acuerdo Marco sobre Teletrabajo, se fijaron las particularidades de esta figura. No obstante, no es infrecuente que un porcentaje elevado de trabajadores suelen permanecer ajenos a las novedades legales mientras no precisen de su utilización. Al hilo de esta cuestión traigo de nuevo a colación el escaso seguimiento que ha tenido en nuestro país esta modalidad de trabajo con anterioridad a la crisis provocada por la pandemia de Covid-19,

¹⁹ BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

²⁰ DOUE núm. 119, de 4 de mayo de 2016.

²¹ En este sentido, Moreno Vida, M.N., “Las facultades de control fuera de la jornada de trabajo: desconexión digital y control del trabajador”, en *Temas Laborales*, Núm. 150/2019, pp. 161-185.

a pesar de apreciarse una modesta tendencia al alza²². Circunstancia que en mi opinión contribuye a sustentar el supuesto con el que arrancaba este apartado.

Como hemos visto las restricciones de movilidad que vienen aplicándose con mayor o menor intensidad desde marzo del año pasado ha llevado a muchas empresas a instaurar el teletrabajo como modalidad preferente de desarrollo de la prestación laboral. Circunstancia que, por otro lado, ha contribuido a impulsar la aparición del Real Decreto-Ley 28/2020, ante la insuficiencia de contenido del artículo 13 ET, como también apuntábamos. Sin embargo, esta norma ha tenido un efecto paralelo y curioso, a mi parecer: el aumento de la confusión entre muchos trabajadores que observan cómo la norma diferencia entre ambos términos.

Atendiendo a su redacción se considera que existe *trabajo a distancia* cuando la persona trabajadora realiza su actividad laboral en su domicilio o en un lugar de su elección durante toda su jornada o parte de ella, pero de manera regular (art.2); fijándose esa regularidad en un porcentaje mínimo del 30% de la jornada²³, contabilizado en un periodo de referencia de tres meses. Por razones evidentes la elección mayoritaria de localización sigue siendo el domicilio, dando lugar a lo que desde distintos ámbitos se identifica como *home office*. Aunque, la inadecuación de medios y espacio en ellos junto a la necesidad de relacionarse socialmente ha provocado que la utilización de los espacios de trabajo que se contratan por hora (conocidos como *coworking*)²⁴ experimente un repunte.

Por otro lado, el *teletrabajo* se presenta como el trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación (art.2).

Tras esta lectura lo primero que se aprecia es que efectivamente no se trata de tipologías de trabajo diferentes. En ambos supuestos la actividad laboral se presta a distancia. De ahí quizás la confusión. La clave está no obstante en los medios o herramientas que se utilizan para llevarla a cabo. La mención específica a la utilización de TIC constituye el elemento diferenciador que condiciona la posible calificación de un trabajo a distancia como teletrabajo.

La interconexión entre el teletrabajo y las TIC no supone un elemento innovador del RDL 28/2020 ni mucho menos. De hecho, su origen se ubica en los años setenta, en plena crisis del petróleo en Estados Unidos como respuesta a

²² Tal y como se desprende de la Encuesta de Población Activa, 2019, en donde el porcentaje de personas que trabajan desde casa (normalmente o, al menos, más de la mitad de los días) había pasado del 4,3% al 4,8%; y de un 3,2% al 3,5% en el caso de aquellas que lo hicieron ocasionalmente; situándose la media europea en un 5,3%.

²³ O el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo (art 1 RDL 20/2020).

²⁴ Según un estudio del Observatorio de Recursos Humanos sobre el resurgimiento de el *coworking* en nuestro país.

la escasez de combustible que produjo²⁵. La novedad radica en las posibilidades que ofrecen, tanto para las empresas como para los trabajadores, las actuales tecnologías. Al uso masivo y polivalente de internet se suma el inmenso potencial de la digitalización; lo que ha dado lugar a que las posibilidades de trabajar a distancia en una ubicación diferente a la habitual de la empresa se incrementen de un modo considerable.

La capacidad de acceder a documentos y herramientas almacenadas en espacios virtuales compartidos (lo que conocemos como “la nube”), de utilizar aplicaciones de trabajo colaborativo que permiten, entre otras muchas cosas, la edición simultánea a distancia de un mismo archivo de trabajo o la existencia de tecnologías que posibilitan la comunicación virtual síncrona con un margen amplio de dispersión geográfica²⁶, son sólo algunos ejemplos de factores que han contribuido a ese incremento.

No obstante, no se debe identificar el incremento en las posibilidades de teletrabajo con su desarrollo real y efectivo. Según los datos facilitados por el INE, solamente algo más del 14% de las empresas contaban con esta modalidad de trabajo antes de la pandemia de Covid-19 y en ellas, sólo el 32% de sus plantillas lo ejecutaba. Datos que aparecen rebajados en un estudio llevado a cabo por el Banco de España y, según el cual, del 30,6% del total de población ocupada que contó con la opción de teletrabajo en 2019, tan sólo un 8,3% lo llevaron a cabo²⁷. En 2020, la adopción de medidas extraordinarias como la paralización de parte de la actividad económica y el confinamiento de la población alteraron los porcentajes anteriores. Atendiendo a la información facilitada por el primero de los organismos mencionados, tanto el porcentaje de empresas que desarrollaron teletrabajo como el de trabajadores que lo ejecutaron se elevaron hasta alcanzar el 50% en ambos casos. No obstante, según una encuesta realizada por el Banco de España

²⁵ Nilles, J. M., Carlson, F. R., Gray P. and Hanneman, G., “Telecommuting - An Alternative to Urban Transportation Congestion,” in *IEEE Transactions on Systems, Man, and Cybernetics*, vol. SMC-6, no. 2/1976, pp. 77-84. En este trabajo los autores presentan los resultados de un estudio de una importante empresa de seguros ubicada en el distrito comercial central de Los Ángeles. En el estudio se evaluaron los patrones de transporte, la distribución de la población y las necesidades de contacto comercial de una parte de la plantilla administrativa de esta empresa. Estos patrones se utilizaron luego como base para evaluar la viabilidad del uso de varios niveles de tecnología de telecomunicaciones y computación para permitir la sustitución de los desplazamientos por “teletrabajo”. Comparando los costes de instalación y operación de la red con los de desplazamiento se llegó a la conclusión de que la tecnología de las comunicaciones y la informática, en términos de hardware y servicios “estándar”, podía ofrecer un sustituto económico de los desplazamientos. Resulta curioso, cuanto menos, que el RD 28/2020 utilice en su exposición de motivos un planteamiento similar sobre la base de reducir los niveles de contaminación.

²⁶ Se trata de algunos de los factores evidenciados por Peiró J.M. y Soler, A., “El impulso al teletrabajo durante el Covid-19”, op.cit., p. 2.

²⁷ “El teletrabajo en España”, en *Artículos Analíticos. Boletín económico* 2/2020.

para conocer el impacto de la crisis, más del 80% de las empresas participantes declaró haber aumentado el teletrabajo para tratar de conseguir que su actividad se resintiera lo menos posible²⁸. No contiene, sin embargo, dato alguno que permita conocer el exacto porcentaje del total de población ocupada que teletrabajó en 2020, aunque si tenemos en cuenta los datos de la Encuesta de Población Activa de 2020, los porcentajes de personas que efectivamente teletrabajaron el año pasado se incrementaron sensiblemente respecto al año anterior hasta alcanzar el 16,20% en el segundo trimestre y el 10,30% en el tercero.

Las razones por las que las cifras entre teletrabajo potencial y teletrabajo efectivo son tan dispares resultan diversas. Para empezar no todas las actividades pueden realizarse a distancia; baste pensar en la agricultura, en el trabajo doméstico, en la hostelería y, en general, en cualquier actividad que conlleve actividad física o contacto directo con el cliente²⁹. En segundo lugar, el teletrabajo ha de estar diseñado y articulado de forma adecuada en el sistema de trabajo de la empresa. Sin embargo, para muchas de las empresas de nuestro país, la integración de esta modalidad empresarial ha tenido lugar de manera sobrevenida y en muchos casos improvisada con ocasión de la pandemia³⁰. Finalmente, las circunstancias que rodean a la propia persona trabajadora también desarrollan un papel importante (habilidades digitales, medios para llevar a cabo el trabajo, redes e infraestructuras de las que disponga en su área de residencia, cargas familiares, etc.).

3. LA PRIVACIDAD DEL TELETRABAJADOR COMO LÍMITE AL PODER DE CONTROL

3.1. Intimidad vs Privacidad

El engrandecimiento e intensificación que ha experimentado el poder de control empresarial de mano de las nuevas tecnologías amenazan el ámbito privado del trabajador. Ámbito que no resulta claro para muchas personas trabajadoras (e

²⁸ Encuesta empresarial sobre el impacto de la crisis del Covid-19, publicada en “Escenarios macroeconómicos de referencia para la economía española tras el Covid-19”, en *Artículos Analíticos. Boletín económico* 2/2020, pp. 27-29. Se encuestó a 133 empresas colaboradoras habituales de la Central de Balances del Banco de España. Aunque el reducido tamaño muestral de la encuesta limita su representatividad estadística, la selección de las empresas se realizó de modo que se incluyen compañías de diferente tamaño y sector de actividad, al objeto de ofrecer una imagen lo más fiel posible del impacto de la crisis sobre el tejido empresarial de nuestro país.

²⁹ En detalle, “El teletrabajo en España”, op.cit., pp. 8 y 9.

³⁰ Según un estudio del CIS sobre los efectos y consecuencias del coronavirus, realizado en octubre del año pasado, casi el 75% de los encuestados nunca o casi nunca había trabajado desde su domicilio antes de la pandemia.

incluso alguna empresa), que ante la situación creada por la pandemia de Covid-19 han tenido que adaptarse rápidamente (y en muchas ocasiones de manera precipitada incluso) a una nueva metodología de trabajo. En este contexto han surgido muchas dudas sobre la licitud de algunas prácticas de control aplicadas por las empresas a sus teletrabajadores.

La posibilidad, impulsada intensamente por esta crisis sanitaria, de trabajar desde el domicilio, una segunda residencia, un hotel, un *coworking*; en definitiva, un espacio ajeno al habitual de trabajo y cuya elección ha correspondido al trabajador ha despertado un gran recelo protector no sólo sobre un espacio considerado privado, sino también sobre los medios y dispositivos utilizados para llevar a cabo la prestación laboral. Frente a esa sensación de intromisión en un ámbito que consideramos excluido de la curiosidad y conocimiento de los demás, ha aumentado el interés por conocer cómo podemos protegerlo³¹ y es aquí dónde surge la incertidumbre ante la amplitud de nociones que pueden entrar en funcionamiento: intimidad, privacidad, protección de datos personales, inviolabilidad del domicilio, etc.

Privacidad e intimidad no son exactamente lo mismo. De hecho, la propia palabra “privacidad” no fue recogida por el *diccionario de la Real Academia Española* hasta el año 2001³². Hecho llamativo porque nueve años antes, la ya derogada Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos (LORTAD)³³ incluía este término en su exposición de motivos: “El progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la *privacidad*, en efecto, a una amenaza potencial antes desconocida.” Lo curioso es que esta norma no sólo lo recoge, sino que además lo diferencia del concepto de “intimidad” en estos términos:

“Nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad: Aquélla es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona -el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo-, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que,

³¹ Según los datos estadísticos facilitados por Google, la búsqueda en internet del término “intimidad” en relación con otros como “trabajo” o “empresa” se incrementó en un 100% en el mes de mayo, descendió ligeramente de junio a agosto y volvió a ascender de manera irregular desde el mes de septiembre, alcanzado un incremento del 90% en diciembre. (Disponible en: <https://trends.google.es/trends/explore?q=intimidad&geo=ES>)

³² Real Academia Española, 2001. Resulta interesante también, Díaz Rojo, J.A., “Privacidad: ¿neologismo o barbarismo?”, en *Espéculo. Revista de estudios literarios*, Núm. 21, Universidad Complutense de Madrid, 2002.

³³ BOE núm. 262, de 31 de octubre de 1992.

aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado.

Y si la intimidad, en sentido estricto, está suficientemente protegida por las previsiones de los tres primeros párrafos del artículo 18 de la Constitución y por las leyes que los desarrollan, la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo.”

La redacción con la que se expresa la norma evidencia la necesidad de contar con un nuevo término para hacer referencia a una realidad concreta, por lo que resulta evidente que el derecho a la privacidad es más reciente que el derecho a la intimidad. Mientras que la protección de la intimidad fue articulada en nuestro país en 1978 de mano del artículo 18 de la Constitución, la salvaguarda de la privacidad (tal y como la entendemos hoy) no se asienta en una norma hasta 1992 en nuestro país. Pudiera parecer que el apartado cuarto del artículo 18 de la Constitución ya se dedicara a ello. Sin embargo, atendiendo a su literalidad, lo que se recoge es la previsión de que una futura norma limite el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. De manera que lo que hace el constituyente en ese precepto es sentar las bases de lo que posteriormente el Tribunal Constitucional definirá como un derecho fundamental autónomo: el derecho a la protección de datos de carácter personal³⁴, también denominado derecho a la privacidad.

La secuencia anterior es casi idéntica en el plano internacional. La pequeña divergencia está, no tanto en el orden de regulación, como en el de aparición de los términos.

El vocablo “privacidad” supone un anglicismo. Proviene del término inglés *privacy*, que apareció por primera vez en 1890 en la revista *Harvard Law Review*, con ocasión de una crítica en clave jurídica hacia la prensa redactada por dos reconocidos abogados de Boston (Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis),

³⁴ STC 292/2000, de 30 de noviembre, en cuyo FJ4º el Tribunal señala que “este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, con el cual comparte el objetivo de ofrecer una protección constitucional eficaz de la vida privada personal y familiar, atribuye al titular una serie de facultades que consiste, en la mayor parte, en el poder jurídico de imponer a terceros la realización o la omisión de determinados comportamientos, la regulación concreta de los cuales tiene que establecer la Ley, aquella que, de acuerdo con el art. 18.4 CE, tiene que limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 CE), bien regulando el ejercicio (art. 53.1 CE). La peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín cómo es el de la intimidad radica, así pues, en la distinta función que hacen, cosa que implica, por consiguiente, que también el objeto y el contenido difieran”.

convencidos de la necesidad de proteger la vida privada frente a la falta de escrúpulos de la prensa, a la que acusaban de intromisión en la vida privada por sobrepasar continuamente los límites de la propiedad privada y la decencia para entretener al lector³⁵. No obstante, aunque la aparición de este término fuera más temprana, su inclusión en un texto legal será más tardía que la del término “intimidad”.

En 1948 la Declaración Universal de Derechos del Hombre recogió en su artículo 12, el derecho a ser protegido por la ley contra injerencias arbitrarias en la vida privada, la familia, el domicilio o la correspondencia, y contra ataques a la honra o a la reputación³⁶. Sin embargo, no sería hasta 1981 cuando, con ocasión del Convenio núm. 108 del Consejo de Europa, se amplió en este territorio el derecho al respeto de la vida privada de la persona y se vinculó específicamente con la protección de datos personales ante la intensificación de la circulación transfronteriza de datos de carácter personal que podían ser objeto de tratamientos automatizados³⁷. Derecho que posteriormente sería recogido por la ya derogada Directiva 95/46/CE³⁸ y después por el artículo 8 de Carta Europea de Derechos Fundamentales³⁹. Si vemos esta “privacidad” va más allá del sentido dado por Warren y Brandeis. La justificación que la sustenta es la misma: evitar la invasión de un espacio o ámbito considerado privado, íntimo y, por tanto, no merecedor de injerencias no consentidas. Sin embargo, en los textos europeos, no sólo se articula como una esfera más amplia que la de la propia intimidad al abarcar a todos los datos vinculados o vinculables a una persona, sino que además su tutela se plantea frente al uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones de manera específica. No obstante, esta frontera no aparece siempre de forma nítida. Sirvan de ejemplo los artículos 87 a 90 de nuestra LOPD o el artículo 20.bis del

³⁵ Vid. Warren S.D. y Brandeis, L.D., “Right to privacy”, *Harvard Law Review*, Vol. IV, No. 5, December/1890. Aunque también hay una versión traducida por Pendás B. y Baselga, P., Cívitas, Madrid, 1995.

³⁶ En similares términos quedaba redactado en 1950, el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

³⁷ Convenio núm. 108 del Consejo de Europa, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981 y ratificado por España el 27 de enero de 1984 (BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1985).

³⁸ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DOCE L 281, de 23 de noviembre de 1995). Esta norma ha sido derogada y sustituida por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DOUE L119, de 4 de mayo de 2016).

³⁹ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000 (DOCE C 364, de 18 de diciembre de 2000).

Estatuto de los Trabajadores (reiterado en el artículo 22 del reciente RDL 28/2020), en los que el propio legislador parece mezclarlas.

3.2. La situación particular del teletrabajo en el domicilio

Para muchas empresas el poder continuar a distancia su actividad productiva durante el confinamiento, gracias al trabajo que sus empleados llevan a cabo desde sus domicilios, ha sido a la vez una oportunidad y todo un reto. Como señalaba antes, el teletrabajo no implica únicamente el uso de tecnologías digitales para trabajar desde casa. La eficacia, la eficiencia y la productividad del teletrabajo dependen de factores diversos. El diseño de procesos colaborativos y de distribución del trabajo, la capacidad de gestión de los recursos humanos, la existencia y claridad de protocolos que regulen el uso de dispositivos y tecnologías; que establezcan mecanismos y pautas para evitar brechas de seguridad; y que determinen los procedimientos de control que podrán llevarse a cabo resultan esenciales para que esta modalidad de trabajo no suponga niveles de productividad inferiores a los asociados al trabajo presencial.

Lo inesperado de la situación vivida en marzo del año pasado evidenció que muchas de las empresas que implantaron el teletrabajo, o bien no contaban con esos elementos necesarios o, de tenerlos, no se implementaron correctamente o fueron insuficientes. De ello da prueba el hecho de que los porcentajes estimados de plantilla que van a desarrollar su prestación bajo esta modalidad en el primer semestre de 2021 tan sólo han crecido algo más de un 3% respecto a los niveles reales anteriores a la pandemia⁴⁰. En este contexto, no es disparatado pensar que aquellas empresas que no tuvieran integrados los procesos de organización y distribución del trabajo que conlleva el desarrollo de la prestación a distancia y/o que tampoco contaran con los protocolos o especificaciones de uso y control que recoge el artículo 87.3 LOPD (y que de manera indirecta fija el artículo 20 bis ET) incrementarían el poder de control que les es reconocido por el legislador laboral en el artículo 20.3 ET como fórmula con la que tratar de contrarrestar la merma sufrida en sus facultades de dirección y organización. Si esto ocurre ya de por sí en aquellas empresas que adoptan esta modalidad de trabajo de manera organizada podemos deducir fácilmente que la extensión e intensidad con la que la

⁴⁰ Según los datos facilitados por el INE, solamente algo más del 14% de las empresas contaban con esta modalidad de trabajo antes de la pandemia de Covid-19 y en ellas, sólo el 32% de sus plantillas lo ejecutaba. Estos porcentajes se incrementaron durante el primer estado de alarma hasta casi el 50% en ambos casos. Sin embargo, mientras que el porcentaje de empresas que tienen estimado utilizar el teletrabajo en la primera parte del año apenas desciende (45,5%), el de la plantilla que lo utilizará disminuye en un 14,5% hasta alcanzar un nivel muy cercano al 32% inicial.

ha tenido lugar en aquellas otras que se han visto forzadas a implantarlo de manera imprevista con ocasión de la crisis debe ser considerable.

A este escenario se suma la amplia permisividad que el legislador laboral ha venido a evidenciar con la redacción del artículo 20.3 ET, consintiendo que el empleador adopte *las medidas que estime más oportunas* de vigilancia y control para verificar que el trabajador cumple sus obligaciones y deberes laborales, con la única supeditación a la consideración debida a la dignidad del trabajador⁴¹. Circunstancia curiosa puesto que si, como argumenta Cruz Villalón, alguna medida de control pudiera atentar contra la dignidad del trabajador por considerarse humillante, serían otros derechos de mayor calado los que podrían resultar lesionados⁴². Este planteamiento lleva a pensar que en el fondo lo que el legislador trata de evitar es que, con esas medidas de control, el empleador pueda invadir impunemente la esfera privada e íntima del trabajador. Es decir, que se produzca una injerencia no consentida y sin consecuencias en el espacio que debe permanecer ajeno a la curiosidad y conocimiento de los demás⁴³. Espacio que, por otro lado, se encuentra protegido tanto desde la óptica de la intimidad, como del de la privacidad.

Todo lo expuesto hasta aquí tiene una repercusión mayor cuando el trabajo se está llevando a cabo desde el domicilio del trabajador; recordando que para nuestro Tribunal Constitucional el rasgo esencial que define el domicilio reside en la aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo, aunque sea eventual⁴⁴. De modo que, tal y como manifiesta el propio tribunal, en principio, aspectos como su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, o la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo son irrelevantes para que entre en funcionamiento la protección prevista. Este planteamiento no es baladí para el objeto que aquí nos ocupa.

Las restricciones de movilidad que se han ido sucediendo en el tiempo desde el inicio de la crisis han tenido en ocasiones un efecto contrario al pretendido. Cada vez que alguna autoridad ha anunciado un cierre de su territorio no han sido pocas las personas que han decidido trasladarse a una residencia alternativa. E incluso, el fin del primer estado de alarma (21 de junio) provocó un éxodo a las costas. Estas situaciones han sido fuente de enfrentamiento entre las empresas y los trabajadores.

⁴¹ No abordo aquí la mención que realiza este precepto a la capacidad real de los trabajadores con discapacidad como elemento modulador de la aplicación de las medidas de control por parte del empleador. Remito a la lectura del análisis que realiza al respecto Cruz Villalón, J., “Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos”, op.cit., pp. 17 y 18.

⁴² *Ibidem*, p. 18.

⁴³ En la lógica establecida por el TC en el FJ3 de su sentencia 241/2012, de 17 de diciembre.

⁴⁴ STC 10/2002, de 17 de febrero (FJ7)

A pesar de que el artículo 2.a) RDL 28/2020 (y antes el art. 13.1 ET) recoja como trabajo a distancia aquel que se realiza de forma regular desde el domicilio de la persona trabajadora o *en el lugar elegido por esta*, el planteamiento no resulta tan simple.

En primer lugar, en materia de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, tanto el Estatuto de los Trabajadores (art. 13.4) como el nuevo decreto que regula el teletrabajo (art. 15) contemplan el derecho de los trabajadores a distancia a una protección adecuada en materia de seguridad y salud, resultando de aplicación por tanto la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL), y su normativa de desarrollo. Prerrogativa, cuyo deber de cumplimiento por parte del empleador no se vio alterado si quiera en los primeros días del estado de alarma. De hecho, tres días después de su inicio se aprobaron una serie de medidas urgentes para tratar de frenar el impacto económico y social que el covid-19 iba a tener en el tejido productivo, entre las que, con ocasión de la preferencia establecida por el trabajo a distancia, se admitía que, para este supuesto, fuera la propia persona trabajadora (y no el empleador) la que pudiera llevar a cabo (de manera voluntaria) la evaluación de riesgos a la que obliga el artículo 16 LPRL⁴⁵. De manera que, el conocimiento del lugar desde el que el trabajador va a desarrollar su labor deviene una cuestión esencial para que el empleador pueda cumplir el mandato establecido por la LPRL. Con la aparición del RDL 28/2020 parece zanjarse además toda controversia. No sólo porque el lugar de prestación a distancia aparezca recogido como contenido mínimo y obligatorio del acuerdo que deben alcanzar y formalizar ambas partes para poder poner en funcionamiento esta modalidad de trabajo⁴⁶; sino, además, porque no sería razonable pensar que la posibilidad de regulación vía negociación colectiva que contempla la norma supone una carta blanca. Lo que la disposición parece permitir es que por la vía negociada pueda modularse lo recogido en el artículo 7, e incluso, ampliarse la información que ahí se contempla, pero no eliminar la ya recogida. Carecería de sentido, además, pues se estaría permitiendo que por el cauce convencional se dificulte el cumplimiento de las obligaciones que corresponden al empleador en materia de prevención de riesgos laborales.

En segundo lugar, la ubicación desde la que se realiza a distancia la actividad laboral es tremendamente relevante en el caso de actividades como la banca, el sector sanitario o cualquier otra actividad cuyo cometido contemple el tratamiento de categorías especiales de datos⁴⁷. En estos supuestos, la posibilidad de trabajar

⁴⁵ Vid. art 5 RDL 8/2020. Esta posibilidad de autoevaluación por parte del trabajador se ha mantenido en el RDL 28/2020, *ex* artículo 16, como alternativa para el supuesto de que éste no autorice la entrada en su domicilio para que el personal competente en materia preventiva pueda llevar a cabo la evaluación.

⁴⁶ Apartado f) del artículo 7 RDL 28/2020.

⁴⁷ Calificadas como tal en el artículo 9 RGPD.

a distancia es tecnológicamente posible, en el sentido de tratarse de actividades que no conlleven un trabajo físico o manual que necesariamente deba tener lugar en el centro de trabajo. La especialidad suele estar vinculada con la aplicación de protocolos de seguridad y de protección de datos estrictos que sólo pueden quedar garantizados con la utilización de determinados equipos. En estos supuestos, lo normal será que la empresa sólo permita realizar la prestación con equipos de su titularidad y que han sido previamente configurados por ella, quedando vetada para el trabajador la posibilidad de realizar la prestación a distancia con un equipo personal, y ello, a pesar de que éste pudiera consentir la instalación de un sistema operativo o software determinado. El hecho de que la persona trabajadora mantenga permisos de administrador en el dispositivo con el que se pretenda trabajar podría anular por completo la posibilidad de prestación a distancia. No obstante, la propia Agencia Española de Protección de Datos, en una reciente Recomendación elaborada para proteger los datos personales en situaciones de movilidad y teletrabajo⁴⁸ ofrece una solución alternativa como es la de restringir la conexión de los equipos personales 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. Solución planteada a mi parecer con mejor intención (por lo inesperado de los acontecimientos) que utilidad en este tipo de actividades, pues tal limitación acarrearía la de la propia productividad.

En tercer orden, el hecho de que la ubicación del trabajo a distancia se sitúe en ese espacio, al que hacía referencia antes y en el que se desarrolla la vida privada, supone una cuestión de suma importancia por cuanto que puede resultar amenazado por la gran capacidad de invasión que posibilitan las nuevas tecnologías. Invasión que puede tener lugar tanto en la intimidad como en la parcela más amplia de la privacidad del trabajador. Lo más frecuente es que la protección del domicilio se aborde desde la perspectiva de la intimidad por la vía del artículo 18.2 de la Constitución. Sin embargo, tal y como ya puso de manifiesto el Tribunal Constitucional en el año 84, a través del derecho a la inviolabilidad del domicilio no sólo se protege el espacio físico en sí mismo considerado, “sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos”⁴⁹. En el contexto que aquí nos ocupa, esta interpretación quedaría plasmada en la imposibilidad de que, el empleador en el ejercicio de su poder de control y de mano de la tecnología, pudiera adentrarse en el domicilio del trabajador para llevar a cabo las labores de

⁴⁸ Recomendaciones para proteger los datos personales en situaciones de movilidad y teletrabajo de 7 de abril de 2020.

⁴⁹ STC 22/1984, de 17 de febrero (FJ5)

vigilancia. Esta afirmación, sin embargo, no debe llevar a la exclusión absoluta de dichas facultades. De hecho, el nuevo decreto por el que se regula el trabajo a distancia recoge, como uno de los aspectos que debe figurar en el acuerdo de trabajo a distancia, el relativo a los mecanismos de control que puedan ser utilizados para comprobar el cumplimiento de la actividad (art. 7 *h*) RDL 28/2020); siempre, claro está que cumplan con los principios de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad, tal y como establece de manera expresa el artículo 17.1 del nuevo decreto. Dicho de otra forma, esos mecanismos de control que pueden llegar a invadir el espacio de intimidad y privacidad que conforma el domicilio del trabajador a distancia resultarán admisibles si permiten alcanzar el objetivo perseguido, si no existe ningún otro instrumento en manos del empresario con el que pueda conseguirse, y si comportan un equilibrio entre el beneficio empresarial y el perjuicio sufrido por el trabajador en su derecho.

Consciente de la vulnerabilidad del domicilio como espacio de desarrollo de la vida privada, poco después de decretarse el primer estado de alarma, la Agencia Española de Protección de Datos elaboró una serie de recomendaciones para aquellas empresas que, deseosas de continuar con su actividad productiva y en las que el teletrabajo no formaba parte de su estrategia de gestión, pudieran desarrollarlo con unas garantías mínimas⁵⁰. Guía que, por otro lado, se ofrece como solución provisional por la situación de urgencia y que conmina a las empresas a planificar en paralelo una implementación revisada del teletrabajo para garantizar, además de la continuidad del proceso productivo, los derechos y libertades de los interesados cuyos datos van a tratar (trabajadores).

Pudiera parecer que nuestra LOPD ya recogía en su artículo 87 unas previsiones adecuadas para el ámbito laboral. Sin embargo, hay determinados aspectos que no encuentran acomodo en su redacción. Es lo que ocurre, por ejemplo, con los dispositivos de titularidad privada utilizados para teletrabajar. Mientras que el legislador alude de manera expresa al derecho a la protección de la intimidad que tienen los trabajadores y empleados públicos en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador, no hay alusión para aquellos otros que utilicen dispositivos propios⁵¹.

La restricción de libertad de movimientos sorprendió por igual a trabajadores y empresas, muchas de las cuales no disponían de equipos informáticos preparados para poner a disposición de sus trabajadores. La utilización de equipos informáticos particulares para llevar a cabo la prestación a distancia supuso un reto añadido; y no me refiero aquí exclusivamente a aquellas actividades que suelen trabajar con datos de especial protección y a las que hacía referencia antes. Cualquier actividad que permita su desarrollo a distancia a través de un dispositivo informático entraña

⁵⁰ *Vid.* Nota 48.

⁵¹ Hecho que se repite en la redacción del artículo 20 bis ET.

riesgos. En otras palabras, todas las empresas asumen un riesgo cuando permiten el acceso a los recursos corporativos desde espacios que no están bajo el control de su organización.

La ausencia de mención expresa a ese supuesto por parte de uno de los artículos de la LOPD específicamente destinados al ámbito laboral resulta curiosa. Quizás se trate de una ausencia intencionada basada en el conocimiento de la distinta capacidad de control que tendría el empresario de no ser titular del dispositivo. Aunque también pudiera ser que, para el legislador, el respeto a la intimidad se entiende integrado en los criterios de utilización de dispositivos que ha de elaborar el empleador y en los que ha de operar como límite a su configuración. Sea como fuere, lo cierto es que la cuestión no pasa de ser anecdótica, pues estos trabajadores que ponen sus dispositivos personales a disposición del trabajo cuentan, en todo caso y en tanto que titulares de datos que permiten su identificación⁵² (como es el caso de la IP de un ordenador), con la protección genérica que ofrece la norma⁵³. Al cierre de esta cuestión contribuye además el hecho de que el nuevo RDL 28/2020 recoja, entre los derechos relacionados con el uso de medios digitales, el derecho a la intimidad y a la protección de datos sin referencia a la titularidad del dispositivo utilizado, salvo para imposibilitar que la empresa pueda exigir la instalación de determinados programas o aplicaciones en ellos, o la utilización de estos dispositivos en el desarrollo del trabajo a distancia.

Visto lo anterior, resulta claro que la determinación de los criterios de utilización de los dispositivos digitales (*ex* artículo 87.3 LOPD y 17.3 RDL 28/2020), la concreción de los mecanismos de monitorización implementados en el acceso remoto a los recursos corporativos (*ex* art. 7. *h*) RDL 28/2020) y la especificación del alcance y la finalidad de las medidas acordadas para verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales del personal en el marco de las funciones de control previstas en el Estatuto de los Trabajadores y en el RD 28/2020 (*ex* art. 13.1. *c*) RGPD) resultan imprescindibles para garantizar la protección de la privacidad de los que podríamos denominar “teletrabajadores domésticos”⁵⁴.

⁵² Art. 4.1 RGPD

⁵³ Recogida en el artículo 1 LOPD.

⁵⁴ Por analogía con la tercera acepción del término “doméstico” recogida en el diccionario de la lengua española y referida a un criado: Que sirve en una casa. Entendiendo que en ambos casos (criado y trabajador) existe un elemento de subordinación.