

**La obligación empresarial de establecer criterios de uso de los dispositivos digitales exige la participación de los representantes de los trabajadores siendo nula su elaboración unilateral por el empresario**

**Magdalena Nogueira Guastavino**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.*

**Resumen:** *La obligación empresarial de establecer criterios de uso de los dispositivos digitales de la empresa exige la participación de los representantes de los trabajadores cuando se modifican o alteran unos criterios previos, por lo que es nula su elaboración unilateral por el empresario.*

**Palabras clave:** *Protección de datos. Elaboración de criterios de uso y control de los dispositivos digitales en el lugar de trabajo. Participación de los representantes de los trabajadores.*

**Abstract:** *The employer's obligation to establish criteria for the use of the company's digital devices requires the participation of workers' representatives when previous criteria are modified or altered, so that unilateral elaboration by the employer is null and void.*

**Keywords:** *Data protection. Development of criteria for the use and control of digital devices in the workplace. Participation of workers' representatives.*

---

### I. Introducción

El obligado cumplimiento de los prescrito por la Ley 3/2018 sobre protección de datos (LOPDYGD) se abre paso en la doctrina judicial. Como norma específica respecto a la general de control empresarial contenida en el art. 20.3 TRET, uno de los temas que plantea el art. 87 LOPDYGD destinado específicamente al derecho a la intimidad de la persona trabajadora frente al uso de los dispositivos digitales facilitados por el empleador, es el de si los criterios de uso y control pueden ser elaborados unilateralmente por el empresario o si, por el contrario, forzosamente deben ser elaborados con los representantes de los trabajadores y si, en tal caso, se trata de una consulta o basta la mera información. Estas son algunas de las cuestiones abordadas por la sentencia comentada, aunque algunas de ellas se aborden de modo solo indirecto.

### II. Identificación de la resolución judicial comentada

**Tipo de resolución judicial:** sentencia.

**Órgano judicial:** Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

**Número de resolución judicial y fecha:** sentencia núm. 225/2024, de 6 de febrero.

**Ponente:** Excmo. Sr. D. Ángel Antonio Blasco Pellicer.

**Tipo y número recurso o procedimiento:** RCO núm. 263/2022.

**ECLI:ES:TS:2024:566**

**Fuente:** CENDOJ

**Ponente:** Excmo. Sr. D. Ángel Antonio Blasco Pellicer.

**Votos Particulares:** carece.

### III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión debatida radica en determinar si unas comunicaciones realizadas por la empresa estableciendo unos criterios muy detenidos sobre la política de uso y vigilancia de los dispositivos digitales de la empresa debieron, o no, realizarse con la participación de los representantes de los trabajadores (RLT), siendo dichos criterios novedosos respecto a los generales contenidos en algunos contratos de trabajo.

De acuerdo con los hechos probados existían años atrás varios contratos de trabajo en los que se establecía expresamente que los dispositivos de la empresa eran para uso exclusivamente corporativo, así como un Código de Ética Profesional donde se reiteraba que los sistemas de comunicación de la empresa se proporcionaban con fines profesionales y que no podían usarse para “visualizar, recibir ni transmitir materiales inoportunos o materiales que sean ofensivos a los colegas de trabajo” pero donde se reconocía “la necesidad del uso limitado, ocasional o infrecuente de los sistemas de comunicación para propósitos personales” advirtiendo que, en tal caso, “usted debe conocer que los mensajes enviados y recibidos en nuestros sistemas de comunicación podrán ser monitoreados, inspeccionados y almacenados” negando toda expectativa de privacidad en tales casos. También existía un Código de Conducta en esa misma línea advirtiendo además de la existencia de páginas de internet no accesibles salvo con autorización de superiores. En cuanto al uso del correo electrónico por parte de los empleados a efectos de comunicación con los representantes de los trabajadores y/o sindicatos quedaba “sometido a la regulación legal existente al efecto, prevaleciendo dicha regulación legal sobre el uso del correo electrónico con fines sindicales sobre cualquier precepto del código que pueda contravenir tal derecho”.

En fechas recientes la empresa notificó en papel a los trabajadores que prestan servicios en forma presencial en Madrid y por correo electrónico a los que trabajan a distancia en Barcelona lo siguiente: "Por medio de la presente TASACIONES HIPOTECARIAS SAU... quiere recordar que tanto los equipos informáticos proporcionados por la empresa como los correos corporativos, tienen por única finalidad el desarrollo de la prestación de servicios contratada, estando prohibido su uso para fines particulares no relacionados con el desempeño de las funciones laborales encomendadas. Con el objeto de impedir el uso indebido de los equipos informáticos propiedad de la empresa y puestos a disposición del trabajador, así como el acceso indebido a internet a través de estos, les informamos que en cumplimiento de la LO 3/2018 de Protección de Datos Personales que todos los ordenadores y todas las direcciones de correo electrónico corporativos facilitados por la EMPRESA al TRABAJADOR o utilizados por este con ocasión de su trabajo, serán accesibles por la EMPRESA, pudiendo ser los ordenadores, su contenido así como cualquier archivo guardado en los mismos por el TRABAJADOR en cualquier momento, analizados, examinados, formateados y/o reseteados mediante los oportunos medios informáticos al alcance de la empresa (auditoría informática, examen pericial informático, software de captura de pantallas etc.) En consecuencia, el TRABAJADOR no guardará, ni archivará en los equipos informáticos propiedad de la empresa información personal no relacionada con el trabajo. El incumplimiento de las prohibiciones y de las obligaciones establecidas en la presente cláusula constituirá una falta muy grave de transgresión de la buena fe contractual que al amparo de lo dispuesto en el art. 54 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores y demás normas aplicables, podrá

dar lugar a sanciones disciplinarias, incluida la extinción del contrato por despido disciplinario.”-

El sindicato interpuso demanda de conflicto colectivo solicitando que se revocara “íntegramente la nueva política sobre el uso del correo electrónico, Internet y almacenamiento de información en los discos duros de los equipos puestos a disposición de la plantilla en la empresa, así como la conexión a ordenadores de la oficina cuando se teletrabaja para poder vigilar en tiempo real qué se hace en cada momento, por ser una política en contra de las normas que hasta ese momento estaban vigentes y no haber sido negociada con la RLT, procediendo a declarar la necesidad de que se inicie periodo de negociación con la RLT para cumplir con el art. 87.3 LOPD, y así consensuar criterios que respeten, en todo caso, los estándares mínimos de protección de la intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente”. Se solicitaba la nulidad de las instrucciones empresariales, así como de una conducta empresarial específica consistente en requerir a dos trabajadoras que prestan trabajo a distancia en el centro de Madrid la entrega de los equipos para sustituirlos por otros que se conectan en remoto, para comprobar a tiempo real, de forma continua, qué están realizando en cada momento.

La Audiencia Nacional dictó sentencia en la que aprecia de oficio su falta de competencia respecto a la situación de los teletrabajadores del centro de Madrid, pero estima su competencia en cuanto a la política empresarial unilateral afectante a varios centros de trabajo de distintas Comunidades autónomas. En este punto la AN considera inútil el debate sobre “si previamente se admitía un uso privado o no”, pues lo relevante es que “corresponde al empleador fijar los criterios de uso de los dispositivos digitales” pero “para adoptar la decisión correspondiente debe haber participado la RLT, esto es, equivalente a la *consulta* a que hace referencia el art. 64 E:T en sus apartados 5 y 6” y considera igualmente irrelevante que en los contratos de trabajo se advierta a los trabajadores que solo cabe efectuar un uso privado de los dispositivos digitales, porque “para adoptar tal decisión el empleador no puede obviar a la RLT”. Por ello, declara nula y revoca la reciente instrucción notificada a la plantilla en la que se establecen de forma unilateral por el empleador, sin que conste participación alguna de la RLT al efecto, criterios de uso de dispositivos digitales.

La empresa recurre en casación la sentencia que es confirmada por la STS que ahora se comenta.

#### **IV. Posición de las partes**

El sindicato mantuvo en la demanda que existía un cambio radical en la política empresarial en cuanto al uso de medios informáticos empresariales donde inicialmente se permitía el uso privado moderado de los medios informáticos de la empresa, lo que se anula posteriormente incumpliendo totalmente con el art. 87.3 LOPD, no solo por lo invasivo e ilimitado de su control, sino porque dicho precepto exige el respeto de unos estándares mínimos de protección de la intimidad de acuerdo con los usos sociales y su negociación con la RLT.

La empresa alega que se ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 20.3 ET. Al respecto, entiende que se ha probado que existía una prohibición previa del uso personal de los medios informáticos facilitados por la empresa a los empleados y que la nueva comunicación efectuada por la empresa constituye un “mero recordatorio” y no la implantación de una nueva política de uso de los medios informáticos. En consecuencia, entiende que ese recordatorio, amparado directamente en el artículo 20.3 ET, no precisaría, para su elaboración de la intervención de los representantes de los trabajadores ya que el tenor literal del artículo 87.3 LOPD anuda la participación de los representantes de los trabajadores a la “elaboración” de las normas de uso, lo que no alcanza a las comunicaciones posteriores de la empresa que recuerdan una prohibición ya implantada.

#### **V. Normativa aplicable al caso**

- Arts. 20.3, 20 bis, 64.5 y 6 TRET

- Art. 87.3 LOPDYGD

## VI. Doctrina básica

A partir de la entrada en vigor de la LOPDYGD, la “elaboración” de criterios sobre el uso de dispositivos digitales en la empresa deben elaborarse con participación de la RLT en los términos del art. 64.5 y 6 TRET, ya supongan una modificación o especificación, ampliación o restricción, de los criterios previos que venían rigiendo en la empresa.

## VII. Parte dispositiva

Desestima el recurso de casación interpuesto por la mercantil, declara la firmeza de la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 22 de julio de 2022, recaída en su procedimiento de conflicto colectivo, autos núm. 178/202, declarando la pérdida del depósito constituido para recurrir y condenando en costas a la recurrente en cuantía de 1.800 euros.

## VIII. Pasajes decisivos

- “Aunque íntimamente relacionados entre sí, los preceptos transcritos obedecen a lógicas diferentes. El precepto estatutario reconoce el poder de dirección del empresario en el ámbito de la relación laboral y, para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, faculta al empresario para adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control. Se trata de un precepto de carácter general aplicable a todo tipo de actividad, con independencia de los medios materiales que se utilicen para la realización del trabajo. En cambio, el artículo 87.3 LOPD se refiere, específicamente, a los criterios de utilización de los dispositivos digitales que el empresario pone a disposición de los empleados para la realización del trabajo y, al respecto, faculta al empresario para establecer normas y criterios para la utilización de los mismos, a la vez que establece limitaciones a ese poder de especificación empresarial vinculadas al derecho a la intimidad de los trabajadores. Sobre estas cuestiones específicas, la norma ordena que la elaboración de los criterios de utilización de dichos medios se realice con la participación de los representantes de los trabajadores. Desde esa perspectiva, el artículo 87.3 LOPD resulta una especificación, para un ámbito determinado, del genérico poder de dirección del artículo 20.3 ET, que legalmente se explica porque, en tal ámbito, la intimidad del trabajador resulta especialmente sensible”.

- “El mandato del artículo 87.3 LOPD tiene carácter imperativo” y el establecimiento de los criterios de utilización que debe establecer el empresario debe realizarse “con la *participación* de los representantes de los trabajadores”.

- “El mandato no tiene efectos retroactivos, cualquier modificación de los criterios previamente establecidos a la entrada en vigor de la LOPD, o cualquier especificación de los mismos, ampliación o restricción debe seguir las normas establecidas en la ley vigente. Y en este sentido, atendidos los términos literales de la instrucción que aquí se cuestiona, la Sala entiende que resulta palmario que no estamos en presencia de un mero recordatorio, sino que la controvertida instrucción implica una modificación y, en todo caso, una actualización de los criterios que venían rigiendo en la empresa y que, consecuentemente, debieron ser elaborados cumpliendo la normativa vigente”

## IX. Comentario

La sentencia que se comenta presenta luces, pero también sombras. En cuanto a las luces, no cabe duda de que hay mensajes claros que quedan unificados: el art. 87 LOPDYGD es inmediatamente aplicable desde su entrada en vigor (7 de diciembre 2018); no tiene carácter retroactivo; el concepto de “elaboración” de los criterios incluye las modificaciones y actualizaciones de los que venían rigiendo en la empresa; y en dicha elaboración deben participar los representantes de los trabajadores.

Las dos principales sombras, entendidas como dudas, se refieren al grado de participación de la representación de los trabajadores y en si la misma debe ser consultada cuando la empresa tan solo quiere hacer un recordatorio de la política de criterios de uso previamente establecida.

- ¿La participación de la RLT es de información o de consulta?

Está claro que la elaboración unilateral por la empresa de criterios de uso de los dispositivos digitales aboca a su nulidad. En cumplimiento del art. 87 LOPDYGD dichos criterios deben ser elaborados con participación de los representantes de los trabajadores. La duda aquí surge en relación con si dicha participación es de consulta o de mera información. En la sentencia de la AN que confirma la sentencia del TS que ahora se comenta se deja claro que la participación implica consulta: “si bien como hemos expuesto corresponde al empleador fijar los criterios de uso de los dispositivos digitales, para adoptar la decisión correspondiente debe haber participado la RLT, esto es, *equivalente a la consulta* a que hace referencia el art. 64 ET en sus apartados 5 y 6”. Por su parte, la STS que se comenta alude de modo genérico a la necesidad de participación (“lo cierto es que tales criterios debieron ser fijados con la *participación* de los representantes de los trabajadores, tanto en atención -en abstracto- al discutible contenido de los mismos, como a su contenido de especificación novedosa de anteriores instrucciones”) pero al declarar firme la sentencia de la AN parece que asume que la participación es consultiva y no meramente informativa.

Sin embargo, no parecía ésta la posición del TS que consideraba que la participación de los trabajadores en esta materia era exclusivamente de informe previo y no de consulta en sentido estricto. Así, en la STS 13 septiembre de 2016 (rec. 206/2015), respecto una normativa empresarial sobre el uso de los sistemas informáticos en la empresa por los trabajadores, el Alto Tribunal declaraba que se trataba de un supuesto de derecho de informe previo del art 64.5 f TRET y no de un derecho de consulta. En esta sentencia se afirmaba que el art. 64 TRET “*distingue entre el derecho de consulta y el emitir informe previo, de forma que aquélla reviste los caracteres que le atribuye el apartado «1» y que le aproximan a la negociación colectiva [«... intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo... con espíritu de cooperación...» ] y su obligatoriedad se concreta -en el ámbito estatutario- a los supuestos que detalla el apartado «5» [«... situación y estructura del empleo... cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos... eventuales medidas preventivas...»], en tanto que el derecho a emitir informe parece concebirlo de forma independiente, pues lo refiere a los concretos supuestos que cita el mismo apartado «5», y aunque los supuestos en que se impone obligatoriamente son casi todos ellos propios de consulta [reestructuraciones y cese de plantillas; reducciones de jornada; traslado de instalaciones; procesos de fusión, absorción...], otros que también reseña [planes de formación profesional; implantación y revisión de sistemas de organización y control de trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos], escapan a los supuestos generales de la obligada consulta [«situación y estructura del empleo»; «cambios relevantes» en la organización del trabajo; medidas preventivas]. (...)*”.

En ese mismo sentido, ya posteriormente a la LO 3/2018, parecía expresarse la STS que también confirmaba y declaraba firme otra sentencia muy famosa de la Sala de lo Social de la AN en el proyecto “tracker” de Telepizza en la que expresamente precisaba que dicha participación era estrictamente de información previa (64.5.f TRET). En la SAN de 6 de febrero de 2019 se declaraba la nulidad del proyecto tracker, además de por otros motivos, también por no haberse cumplido con el deber de información “suficiente” a la representación legal de los trabajadores. En concreto, la AN declaraba que la implantación del Proyecto había incumplido “los requisitos de información y consulta previa establecidos en el art. 64.5 del ET” y en su motivación señalaba que dicho incumplimiento se produjo porque “la información que proporcionó la empresa al Comité Intercentros en fecha 9-5-2018 era a todas luces insuficiente a fin de que la representación legal de los trabajadores pudiese emitir su correspondiente informe”, máxime cuando se trataba de sistemas que podían afectar a datos de carácter personal de los trabajadores. Si bien la remisión de la AN se hacía

de modo general a ambos tipos de participación reconocidos en el art. 65.4, la STS de 8 de febrero de 2021 (rec. 84/2019) que la confirmaba precisaba expresamente que se trataba de un derecho de información previa. En particular señalaba que el art. 64 TRET “en su apartado 5 recoge el derecho a ser informado sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa, diciendo a renglón seguido que el citado Comité tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución de la medida que pretende implantar el empresario, en determinadas cuestiones, como las reflejadas en su apartado f), relativa a la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo”. Como el convenio colectivo aplicable en el asunto Tracker remitía de modo genérico a las competencias del art. 64 TRET, con contundencia el TS declaraba que “en este contexto legal y convencional, centrado el debate en el derecho de información, que no de consulta, que se ostenta por la representación legal de los trabajadores, en este caso por el Comité Intercentros, la decisión de la sentencia recurrida en orden a la infracción de aquel mandato la entendemos ajustada a derecho. El proyecto tracker afecta al sistema de organización y control del trabajo, aunque su finalidad, entre otras, vaya dirigida a facilitar al cliente el seguimiento del pedido (...) junto a la incidencia en el clausulado de los contratos de trabajo y, más aún, en las condiciones laborales, en tanto que afecta a las causas de suspensión, extinción del contrato y régimen disciplinario, no podemos decir que ese derecho de información escape de las cuestiones que describe el apartado f)”.

En consecuencia, la sombra de duda se cierne sobre si además de un informe previo, la participación del art. 87 LOPDYGD supone la consulta, entendida como “intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa” además del informe previo claramente exigido. No creo que pueda afirmarse que el tema se ha resuelto con la mera ratificación de la sentencia de la AN por parte del TS, porque lo que se alegaba en el recurso de casación por parte de la empresa era la vulneración del art. 20.3 TRET y las consideraciones que hace sobre el art. 87 LOPDYGD son más bien *obiter dicta* e, incluso, aunque fueran *ratio decidendi*, lo cierto es que no contienen un pronunciamiento específico al respecto pues lo único que se afirma es que “tales criterios debieron ser fijados con la *participación* de los representantes de los trabajadores, tanto en atención -en abstracto- al discutible contenido de los mismos, como a su contenido de especificación novedosa de anteriores instrucciones”. Es decir, participación, que incluye informe previo y consulta, sin determinar si es uno u otra.

(ii) ¿Debe activarse la participación de los representantes de los trabajadores cuando la empresa tan solo procede a realizar un recordatorio de la política de criterios de uso previamente establecida? La duda parece resolverse en sentido negativo habida cuenta de que las sentencias insisten en que han considerado que no era un mero recordatorio, sino unos nuevos criterios que modificaban los previamente establecidos. Ello, en interpretación a contrario, parece dejar vía libre a la empresa para proceder a recordatorios no modificativos sin la necesidad de participación de la RLT.