



MADRID 28 FEBRERO 2019

RESUMEN DE LAS INTERVENCIONES

DOCUMENTO ELABORADO POR EL GABINETE DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE CCOO

Sumario

- I. UN MARCO DEMOCRÁTICO DE RELACIONES LABORALES.** **Pg. 5**
Intervención de Unai Sordo. Secretario General. CS de CCOO.
- II. LOS DERECHOS DEMOCRÁTICOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS, EN EL NUEVO MARCO LEGAL DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: TRATAMIENTO DE DATOS Y DESCONEXIÓN DIGITAL.** **Pg.9**
Intervención de Carlos Hugo Preciado Domenech. Magistrado TSJ Cataluña.
- III. EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN LA EMPRESA: DATOS SINDICALES, DATOS DE SALUD LABORAL. EL SISTEMA DE DENUNCIAS INTERNO. EL RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO.** **Pg.20**
Intervención de Mar España Martí. Directora Agencia Estatal de Protección de Datos.
- IV. PARTICIPACIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES: DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA.** **Pg. 28**
Intervención de Susana Rodríguez Escanciano. Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho Universidad de León.
- V. LOS LÍMITES DE LOS SISTEMAS DE CONTROL EMPRESARIAL EN LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: ACCESO A EQUIPOS Y COMUNICACIONES, VIDEOVIGILANCIA, GEOLOCALIZACIÓN, DATOS BIOMÉTRICOS.** **Pg. 34**
Intervención de Pablo Aramendi Sánchez. Magistrado Juzgado de lo Social nº 33 Madrid.
- VI. MESA REDONDA. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES Y LOS SISTEMAS DE CONTROL EMPRESARIAL.** **Pg. 44**
Intervención de Raquel Boto Gil. Adjunta a la Secretaría Confederal de Acción Sindical.
Intervención de Alberto Margalló. Secretario de Negociación Colectiva. Federación de Servicios a la Ciudadanía.
Intervención de Jesús Crespo. Coordinador sectorial de Industria base. Federación de Industria.
Intervención de Manuel Sánchez. Secretario de Acción Sindical y Políticas Sindicales. Federación de Servicios.

Presentación

El pasado 28 de febrero se realizó en Madrid la 55ª edición de las Jornadas de Estudio del Gabinete de Estudios Jurídicos de CCOO, con el tema *“Los efectos laborales de la nueva regulación de protección de datos personales.”*

Las Jornadas eran de ámbito estatal, y se realizaron en colaboración con la asociación judicial Juezas y Jueces para la Democracia. La jornada contó con la participación de 194 personas inscritas, conformadas por profesores universitarios, jueces y magistrados, miembros de la diversas estructuras de CC.OO. y de sus servicios jurídicos, como también por otros profesionales cuya actividad está directamente relacionada con las materias objeto de análisis en la Jornada.

El tema alrededor del cual se plantearon fue el relativo a la entrada en vigor del nuevo marco normativo sobre datos personales, que constituye un reto en el ámbito de las relaciones laborales, a la vez que una dimensión, que siempre es necesario ponderar, en toda una serie de conflictos laborales. En concreto, se trataba de dar una visión actualizada de la problemática generada por la reciente entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantías de los derechos digitales, que junto con el Reglamento europeo 2016/679, constituyen el marco legal vigente sobre esta materia. La nueva regulación incide de forma directa en el tratamiento de los datos personales en el marco del contrato de trabajo, y está generando importantes incertidumbres sobre el tratamiento de los datos personales de los trabajadores, y el acceso de los representantes a la información salarial o profesional, o los datos de afiliación.

Crea mecanismos novedosos, como el canal interno de denuncias, o la figura de los responsables de tratamiento. Y además, dedica preceptos específicos para su aplicación a las relaciones laborales, regulando las garantías de los derechos digitales frente a los sistemas de control empresarial en el uso de las nuevas tecnologías, incluyendo la videovigilancia, geolocalización, acceso a los equipos informáticos y comunicaciones, o el uso de los datos biométricos. Además, se

ha reconocido el llamado derecho a la desconexión digital fuera de las horas de trabajo.

Desde el Gabinete de Estudios Jurídicos de CCOO hemos elaborado un resumen de los que, consideramos, los aspectos más relevantes de cada una de las intervenciones, que no pretende sustituir ni la propia intervención, ni los materiales o texto de la ponencia, pero que pretende ofrecer una visión panorámica de las cuestiones tratadas, y el debate que se suscitó.

I. UN MARCO DEMOCRÁTICO DE RELACIONES LABORALES.

Unai Sordo. Secretario General. CS de CCOO.

Resumen de su intervención a cargo del Gabinete de Estudios Jurídicos CC.OO.

Es necesario y decisivo analizar la relación directa entre la gestión de los datos y su relación con la propia calidad y definición de nuestro modelo democrático. En la actualidad se está llevando a cabo un proceso de sustitución de los procedimientos tradicionales de deliberación democrática por procedimientos de segmentación de datos, propios de la era digital, lo que está teniendo bastante incidencia en cuestiones políticas recientes.

Se ha de avanzar hacia un modelo de democratización de las relaciones laborales. Ello exige confrontar lo urgente (condicionado por el conflicto político actual) y lo necesario, con la necesidad de corregir los efectos de la reforma laboral y adaptar nuestro marco laboral al impacto de la economía digital.

Se ha generado una gran contradicción en cuanto a la línea de las reformas laborales de la última década; no solo es injusta y antisocial, sino que tiene contraindicaciones en materia de eficacia económica. Así ha de cuestionarse la compatibilidad de los nuevos estándares de la economía con la regulación actual, que está configurada para el incremento del poder contractual del empresario y facilitar el despido, la modificación sustancial de condiciones de trabajo y otras medidas de flexibilidad interna. Se tiene que avanzar hacia un nuevo modelo de incremento de la capacidad de los trabajadores organizados para decidir sobre la gestión y directrices de la empresa.

- Por el contrario en la reforma del año 2012 se produjo la ruptura de la vertebración de la negociación colectiva, desde un punto de vista economicista, a fin de que el precio del trabajo se fijara en el ámbito más inferior de la empresa. Se rompe así la capacidad vertebradora de los propios agentes sociales.

Las últimas reformas laborales suponen un intrusismo del poder público sobre la autonomía de la negociación colectiva, en cuanto que cuestiona y niega la capacidad de las organizaciones sindicales y empresariales representativas para estructurar las materias y ámbitos territoriales de negociación, al otorgar primacía a la regulación a nivel de empresa en aspectos esenciales de las condiciones de trabajo. Esta pérdida de poder negociador de los agentes sociales no es compatible con su necesaria intervención en la nueva economía digital.

- También se produjo una campaña contra un determinado modelo de sindicalismo. Pero no contra los sindicatos que reducen su actuación al ámbito de la empresa y no proyectan su actuación más allá de la misma. Como ejemplo, se puede referir la reforma laboral de Grecia del año 2012, que facilitó la proyección de los intereses colectivos de los trabajadores por encima de la empresa fuera de los sindicatos, lo que por la propia OIT se valoró como una agresión a sus propios principios. Ello obliga igualmente a cuestionar si este modelo de relaciones laborales es compatible con la implicación de los trabajadores en la empresa, y a esta pregunta la única respuesta es no.
- El tejido productivo ha de adaptarse a los retos de la digitalización y de la economía 4.0. Probablemente, ésta adaptación exigirá nuevas dosis de flexibilidad que, en todo caso requerirá sujetos colectivos que regulen de forma ordenada y estructurada dicho proceso de adaptación a los nuevos retos de la economía digital. Es imprescindible una reforma que rompa la orientación de la anterior, que estaba orientada a la devaluación interna y el fortalecimiento del poder interno de la empresa, que, además, devalúa nuestro país en la aportación de productos de alto valor añadido.
- También se ha de cambiar el modelo de la contratación en nuestro país, y abandonar el modelo recurrente de contratación temporal para atender los ajustes y adaptación empresariales a la evolución del proceso económico. En definitiva, la reforma del año 2012 no flexibilizó, sino que precarizó a los trabajadores, hasta el punto de que en la

actualidad se mantiene un 27% de temporalidad, y si la construcción tuviera la importancia previa a la crisis, superaría el 30%. Nos encontramos con altísimas tasas de temporalidad en el sector servicios, pero también en la industria, muy por encima del resto de países de la Unión Europea, con altos niveles de rotación temporal para ocupar unos mismos puestos de trabajo.

- En este sentido, una actuación urgente consiste en perseguir el fraude a la contratación temporal, y vigilar a las pequeñas y medianas empresas que externalizan actividades mediante técnicas de su contratación con empresas externas que utilizan de forma masiva contratos temporales.
 - Al respecto, se han de buscar fórmulas de intermediación en la contratación de corta duración.
 - También se han de buscar fórmulas de sustitución del despido y de las prácticas de contratación temporal por medidas de flexibilidad interna pactadas y vinculadas a fórmulas de formación permanente, de adaptación de jornada, junto a prestaciones públicas que cubran una parte de los salarios. Se abre así la necesidad de avanzar en el desarrollo de nuevos modelos de contratación y diálogo social, lo que exigirá una prospección sectorial sobre el impacto de los nuevos cambios productivos en el ámbito del empleo y las empresas, ante los nuevos modelos de movilidad y los cambios en los sistemas de producción. Este espacio de prospección, actualmente inexistente, ha de estar protagonizado por los agentes sociales.
- Los cambios en el sistema productivo implican también nuevos procesos de adaptación permanente de las habilidades y cualificaciones de los trabajadores, que han de ser liderados por el poder público y no por la asignación libre de la empresa. Pero aquí también es imprescindible la corresponsabilidad de los agentes sociales.

En definitiva el ejercicio de todas estas funciones precisa de un reconocimiento del papel vertebrador de los agentes sociales.

II. LOS DERECHOS DEMOCRÁTICOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS, EN EL NUEVO MARCO LEGAL DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: TRATAMIENTO DE DATOS Y DESCONEXIÓN DIGITAL.

Intervención de Carlos Hugo Preciado Domenech. Magistrado TSJ Cataluña.

Resumen de su intervención a cargo del Gabinete de Estudios Jurídicos CC.OO.

Los derechos humanos son inherentes a la persona. En la era industrial se ha mantenido que “los trabajadores no dejan sus derechos a la puerta de la empresa”, que cita incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y en la era digital, los derechos humanos también se afectan cuando se manipulan aparatos y se navega por Internet, lo que exigen valorar el impacto en la digitalización del trabajo. Nos encontramos ante una nueva economía, aunque vieja en las fórmulas y técnicas de explotación laboral.

Derechos digitales de las personas trabajadoras.

En el Ordenamiento no existe un marco regulador específico de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y tampoco se han desarrollado en la nueva Ley Orgánica 3/2018, más allá de algunas previsiones como la disposición final 13ª de dicha Ley que se refiere al derecho a la intimidad en los dispositivos digitales, y la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica, donde se dice que se reconocen los derechos digitales de los ciudadanos en los términos del artículo 18.4 de la Constitución Española.

- Ya la sentencia del Tribunal Constitucional 242/2010 configuró el derecho de la protección de datos con sustantividad propia.

- En la nueva Ley Orgánica 3/2018, no todos los derechos del Título X son desarrollo del derecho de protección de datos y algunos artículos tienen rango de Ley Orgánica porque son desarrollo de un derecho fundamental y otros no lo son porque, o no son un derecho fundamental, o no son desarrollo o regulación del ejercicio del mismo. En todo caso ha de tenerse en cuenta que el derecho fundamental a la intimidad ya está garantizado en el artículo 18 de la Constitución y en la Ley Orgánica del año 1982.

Derechos fundamentales individuales.

Podrían considerarse incluidos el derecho al secreto de las comunicaciones, el derecho a la propia imagen, el derecho al honor, y el derecho a la protección de los datos de los trabajadores.

En contraste con el artículo 88 del Reglamento Europeo, que prevé el tratamiento de estos datos a través de la negociación colectiva o de la legislación de los Estados miembros, que pueden establecer garantías específicas en materia de contratación, extinción de la relación laboral, etc..., nada de ello se dice en la Ley Orgánica 3/2018, salvo las previsiones referidas a datos médicos y prevención de riesgos laborales de los trabajadores.

Derechos fundamentales colectivos.

Aquí podrían situarse el derecho fundamental de libertad sindical y el derecho de huelga, y tan solo se incluye en la Ley Orgánica 3/2018 alguna pequeña referencia al derecho de negociación colectiva.

Nos encontramos ante un intervencionismo descompasado porque actúa casi reglamentariamente cuando se trata de los derechos fundamentales individuales, pero cuando se trata de la libertad de empresa como límite a los derechos individuales se restringe materialmente el ámbito efectivo de éstos, al no acotarse previamente el ámbito de dicha libertad de empresa.

En este sentido, la regulación del artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores es muy insuficiente y débil, y la Ley Orgánica 3/2018 no instaura nuevas garantías, sino que recoge lo que en la ley ya se establecía, y fija un nuevo marco de garantías para la empresa. En realidad, la nueva regulación legal es un copia y pega de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia. Así, la Ley Orgánica 3/2018 no incluye el tratamiento legal de las siguientes materias:

- Tratamiento de datos sobre brecha salarial.
- Listas negras de trabajadores y datos personales en currículums personales.
- Registros del tiempo de trabajo.
- Seguridad y salud de los trabajadores.
- Ejercicio colectivo de derechos de los representantes legales de los trabajadores y su posición legal. No se clarifica su tratamiento jurídico, lo que disuade el ejercicio de la actividad sindical.
- Datos sobre extinción de las relaciones laborales: despidos, infracciones, etc...

Utilización de dispositivos digitales.

Artículo 87 de la Ley Orgánica 3/2018.

En estos casos se está afectando el derecho fundamental a la intimidad pero también está involucrado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

El nuevo marco legal parte de la habilitación al empresario para acceder a los contenidos de los dispositivos digitales utilizados por los trabajadores y la referencia a los “usos sociales” constituye un eco de la doctrina del Tribunal Supremo.

- Ha de partirse de la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Barbulescu, de la que podrían extraerse los siguientes criterios:
 - o No se admite el control por el empresario de mecanismos o dispositivos digitales propiedad del trabajador. La potestad empresarial de supervisión queda limitada a los dispositivos facilitados por el empresario.
 - o Se admite que el empleador acceda a los contenidos para dos finalidades:
 1. El control del cumplimiento de las obligaciones laborales.
 2. El control de la integridad de los dispositivos.Cualquier otra finalidad determinaría el carácter ilegítimo del acceso a los datos del dispositivo.
 - o El principio de proporcionalidad y respeto al contenido esencial del derecho, lo que obliga a analizar cuál es el contenido esencial del mismo.
- En la literalidad de la Ley no se dice nada sobre el acceso del empleador a medios facilitados a empleados públicos, teniendo en cuenta que ha de partirse de la presunción de racionalidad de la Ley.
- Tampoco se aclara si los contenidos a los que puede acceder el empleador comprende también las comunicaciones que el trabajador haya mantenido a través de los dispositivos facilitados por la empresa.
- Y tampoco precisa el valor probatorio del acceso a contenidos digitales cuando se infringe el deber de información a los representantes legales de los trabajadores o sobre los criterios de utilización o finalidades para las que se instrumenta el acceso del empleador a tales contenidos.
- Al respecto ha de mantenerse que si la empleadora no ha informado previamente de tales criterios, se está afectando a la intimidad de los

trabajadores afectados lo que puede determinar la nulidad de las decisiones adoptadas por la misma con base a los datos y legítimamente obtenidos por ejemplo la nulidad de los despidos.

En relación con los efectos de los incumplimientos empresariales en materia de información a los representantes legales de los trabajadores sobre la finalidad y criterios de utilización de los datos obtenidos, ha de partirse de que tal información forma parte del contenido esencial del derecho y si no hay una información previa de los criterios de utilización de los dispositivos digitales, ni tan siquiera se aplicarían los principios de proporcionalidad en las condiciones de acceso, lo que determinaría el carácter ilícito de las pruebas así obtenidas por la empleadora. En la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2016 se declaró como prueba ilícita la obtenida de un ordenador de un alto directivo.

En este sentido, puede detectarse una contraposición de las condiciones de acceso a contenidos en la Ley Orgánica 3/2018, frente a los criterios establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el acceso a ordenadores y dispositivos electrónicos, en cuanto la Ley Orgánica 3/2018 reconoce a la empresa poderes similares a los que tiene la policía en caso de urgencia, pero la policía tiene que dar cuenta al juez competente en 24 horas y la empresa no.

Derecho a la desconexión digital.

Artículo 88 Ley Orgánica 3/2018.

Aquí se está afectando el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, el derecho a la intimidad sobre datos de salud laboral y también se está afectando al derecho fundamental a la igualdad de género.

En los antecedentes jurisprudenciales, puede referirse el despido de un trabajador porque utilizaba su tiempo de descanso para actividades que no garantizaban su recuperación, y donde la sentencia del Tribunal Constitucional 192/2003 vino a declarar que el tiempo de descanso es tiempo libre. También

tiene incidencia la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2015 que declaró como abusivas las cláusulas incluidas en los contratos de trabajo por las que el trabajador se obligaba a facilitar a la empresa su email y su número de teléfono particular.

- En esta materia, lo que es necesario para la ejecución del contrato legitimaría el acceso y tratamiento de datos sin necesidad de consentimiento del trabajador, y cuando no es estrictamente necesario tiene que aplicarse el principio de proporcionalidad.
- Pero con carácter previo ha de cuestionarse si el derecho a la desconexión es un derecho fundamental. En la Ley Orgánica 3/2018 no se configura así, pero en realidad es la configuración del derecho fundamental a la intimidad fuera del centro de trabajo que comprende también el derecho fundamental a la salud laboral y el derecho a la igualdad por razón de género. Pero es un derecho fundamental autónomo en la relación laboral o, en todo caso, anudado a la intimidad, a la integridad física o a la igualdad de género.
- La desconexión digital en perspectiva de género.
 - o Tiene una particular incidencia sobre las mujeres y sobre el disfrute a permisos y suspensiones de jornada previamente reconocidos y vinculados a una circunstancia relacionada con el sexo: suspensión por riesgo durante el embarazo o la lactancia, por nacimiento de hijos, etc...
 - o En relación con la corresponsabilidad familiar, puede citarse como ejemplo una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de marzo de 2018 en relación con el despido por transgresión de la buena fe contractual de una trabajadora que en una situación de IT por conjuntivitis fue sorprendida llevando a sus hijos a la playa. La sentencia declaró el despido nulo.
- Límites a la desconexión en la política interna de la empresa.

- No puede contravenir acuerdos de negociación colectiva o acuerdos de empresa, y si no hay acuerdo, el derecho a la desconexión rige en toda su extensión.
- Dada la afectación a la seguridad y salud en el trabajo, el derecho a la desconexión debe de integrarse en la política interna de la empresa y ha de valorarse el impacto de la fatiga informática en la evaluación de los riesgos laborales de cada puesto de trabajo.
- Ha de garantizarse la audiencia previa de los trabajadores, con especiales garantías en caso de trabajadores a distancia y a domicilio, ante el riesgo de intrusismo de la empresa en el domicilio del trabajador.

Prevención de riesgos laborales.

La Ley Orgánica 3/2018 establece fórmulas tibias de participación de los representantes de los trabajadores. Pero en materia de seguridad y salud es imprescindible la evaluación de riesgos, de tal forma que el nuevo derecho de audiencia de los representantes legales de los trabajadores debe de ser completado con los derechos de consulta establecidos en los artículos 33 y 34 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales. No se trata de una mera información a los representantes de los trabajadores, sino que la garantía colectiva comprende un verdadero derecho de consulta previa.

Videovigilancia.

El artículo 89 de la Ley Orgánica 3/2018 tiene naturaleza de Ley Orgánica en cuanto desarrolla el derecho fundamental a la protección de datos, y a la intimidad y propia imagen de los trabajadores.

- El artículo 22 de la Ley Orgánica contiene una regulación general sobre videovigilancia que no se aplica a las relaciones laborales.
- Es fundamental prefijar los límites del poder empresarial en el establecimiento de mecanismos de videovigilancia, actuando el

contenido esencial de la protección de datos y el principio de proporcionalidad, con información previa a los representantes de los trabajadores y a los trabajadores afectados sobre el sistema implantado y derechos de acceso y cancelación de los datos obtenidos.

- Y si no hay información previa, se vulnera la Ley Orgánica de Protección de datos.
 - En caso de falta de información a los representantes legales de los trabajadores, ha de tenerse en cuenta la revisión por la Ley Orgánica 3/2018 de la doctrina del Tribunal Constitucional. En efecto, por el Tribunal constitucional, era una cuestión de legalidad ordinaria la información de la empresa a los representantes legales de los trabajadores sobre el sistema de videovigilancia. Pero ahora, el derecho a la información a los representantes legales de los trabajadores está en una Ley Orgánica y se puede derivar que es una garantía colectiva del derecho individual a la protección de datos que, en caso de no respetarse, determina la vulneración del derecho fundamental a la intimidad.
 - En la literalidad de la ley 3/2018, en materia de videovigilancia no se dice que la información debe de ser inequívoca. Pero es una Ley Orgánica, de rango inferior al Reglamento Europeo, que sí dice que la información debe de ser inequívoca.
 - En relación con los casos de “flagrante acto ilícito”, se trata de una norma limitativa de derechos fundamentales y, por consiguiente, ha de ser objeto de interpretación restrictiva que no permite incluir a los ilícitos laborales menos graves.
- El responsable del tratamiento de los datos debe acreditar que los datos han sido tratados con pleno respeto a la Ley Orgánica. En caso contrario se produciría la ilicitud de las pruebas así obtenidas. La carga de la prueba sobre la licitud de la captación y el tratamiento corresponde a la empresa.

Geolocalización.

Artículo 90 de la Ley Orgánica 3/2018.

Se regula en la Ley el derecho de acceso, que también se contemplaba en materia de videovigilancia.

- Es un precepto con rango de Ley Orgánica en cuanto está regulando el derecho fundamental a la intimidad.
- Se trata de una medida de control empresarial cuya licitud queda condicionada a la justificación del control de la actividad laboral, y no para finalidades distintas, ni fuera de la jornada laboral aunque el dispositivo sea propiedad del empresario.
 - o Con relación a la instalación de dispositivos de geolocalización, ha de cuestionarse si es imprescindible el carácter necesario de tales datos o si resulta suficiente la mera existencia de un interés legítimo de la empresa. En este último caso, se tendría que hacer un juicio de proporcionalidad.
 - o En relación con la doctrina judicial puede hacerse mención del criterio reciente mantenido por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional que, tras el juicio de proporcionalidad hace un juicio sobre el contenido esencial del derecho al no haber informado a los trabajadores. Pero tendría que haberlo hecho al revés porque si no se ha superado el juicio del contenido esencial que implica el derecho de información, la medida ya es nula y no es necesario el juicio de proporcionalidad.
- En todo caso, la información al trabajador debe de ser expresa, clara e inequívoca, por exigencias de los artículos 12 y 14 del Reglamento de protección de datos. La falta de información de la instalación del GPS determina la nulidad de la decisión empresarial ante la afectación al derecho fundamental a la intimidad.

Negociación colectiva y derechos digitales.

- Opera el principio de libertad de empresa, con previa audiencia, información o consulta con representantes legales de los trabajadores, salvo previsiones en convenio colectivo que establezcan garantías adicionales:
 - o Videovigilancia y geolocalización: información a representantes legales de los trabajadores.
 - o Desconexión: información y audiencia previa de los representantes legales de los trabajadores.
 - o Dispositivos digitales: información y consulta de los representantes legales de los trabajadores.

Pero la negociación colectiva puede mejorar o ampliar las garantías de los trabajadores o sus representantes, pero no suprimir las garantías mínimas legales.

Garantías de los derechos de los trabajadores.

- Nulidad de actos contrarios al derecho fundamental y el problema del despido como prueba ilícita. Es un despido nulo o es un despido improcedente. Existen varias posibilidades:
 - o Si es la única prueba y es ilícita, implicará la nulidad del despido dado que sin la prueba no se habría producido el despido.
 - o Despido con prueba ilícita y otras en conexión de antijuridicidad con la misma. En este caso no habría tampoco pruebas lícitas y determinaría la nulidad del despido.

- Despidos con pruebas lícitas y otras ilícitas, sin conexión de antijuridicidad entre ellas: el despido será procedente o improcedente, pero no nulo.
- Las garantías frente al poder privado en la captación y tratamiento de datos, fuera del procedimiento judicial entablado contra la empresa:
 - El derecho sancionador de la protección de datos.
 - El Derecho penal.
 - El amparo ordinario de los derechos fundamentales.

III. EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN LA EMPRESA: DATOS SINDICALES, DATOS DE SALUD LABORAL. EL SISTEMA DE DENUNCIAS INTERNO. EL RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO.

Intervención de Mar España Martí. Directora Agencia Estatal de Protección de Datos.

Resumen de su intervención a cargo del Gabinete de Estudios Jurídicos CC.OO.

Este año se elaborarán por la Agencia unas indicaciones sobre el tratamiento de datos en el ámbito sindical para la elaboración de una guía.

La Agencia no realizó informe sobre el Título X de la LO 3/2018, de Protección de Datos, ya que el mismo fue incorporado al texto en el trámite de enmiendas, y de todos los nuevos derechos recogidos en el Título X de la LOPD, la Agencia sólo es competente para garantizar el cumplimiento de los establecidos en los artículos 89 a 94. Aunque no existe a priori competencia, se ha solicitado la aclaración competencial de garantía y control de los derechos reconocidos, que pudiera corresponder en algunas materias a la Inspección de Trabajo.

Novedades del Reglamento.

- Una de las ventajas del Reglamento es su alcance extraterritorial. Se aplica no sólo a empresas que operan en Europa ofreciendo bienes y servicios, sino también a empresas que se limitan a la elaboración de perfiles.

- Igualmente se pasa de un ámbito tasado de responsabilidad en el tratamiento a la responsabilidad proactiva, que de un lado implica una mayor asunción del riesgo por parte de las organizaciones que tratan los datos, pero de otro concede mayor flexibilidad que permite que el tratamiento y sus seguridad se adapte a las características de la organización.

Se ha realizado un guía sobre tratamiento de datos para PYMES que puede ser de interés para las organizaciones sindicales en lo concerniente al tratamiento de datos de carácter básico.

- Otra de las novedades del Reglamento es que amplía y flexibiliza el poder punitivo de la Agencia, aunque su finalidad fundamental es la prevención, desarrollando importantes labores de información, especialmente cuando los Estados no han desarrollado el alcance o la jurisprudencia no se ha pronunciado.
- Con los perfilados big data y nuevos tratamientos de datos, la injerencia en la intimidad puede ser mucho mayor. Se ha publicado un libro donde se comparan las reclamaciones de un período histórico, se constata que hace 25 años la preocupación versaba sobre envíos postales de publicidad al domicilio; mientras que ahora la preocupación se centra en el trámite de consulta pública. Se ha emitido una circular sobre el tratamiento de datos por los partidos políticos con fines electorales y el criterio que se mantiene es que no sería legal que el partido político gestione datos ideológicos para la realización de perfiles individualizados.

Responsables.

El Reglamento define al responsable como la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, sólo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento.

El concepto de responsable no está en función del tipo de naturaleza jurídica o de si el sujeto tiene naturaleza jurídica o no, sino si dicho sujeto adopta

decisiones sobre los fines y sobre los medios del tratamiento de datos, aplicándosele los principios y obligaciones de la legislación sobre tratamiento de datos.

Puede haber varios tipos de responsables en el tratamiento de datos, como el empresario, pero también el sindicato, y existe un informe en materia de prevención de riesgos laborales donde se establece que los servicios de prevención también son responsables del tratamiento.

Delegado de protección de datos.

Uno de los elementos relevantes en materia de protección de datos es el delegado de protección de datos.

Las autoridades de control tienen como primeras funciones la información y consulta de los encargados del tratamiento, entre los que se encuentra el delegado de protección de datos... y sólo cuando estas medidas fallen pueden imponer sanciones que llegarían a alcanzar los 20 millones de euros.

A los sindicatos no se les aplica el art. 77, y pueden ser sancionados como cualquier empresa al no tener carácter de órganos constitucionales.

La figura del delegado de protección es importante porque la Ley hace una apuesta por la mediación ante las reclamaciones de los afectados, que pueden ser resueltas por el delegado en el plazo de dos meses dando lugar a una solución amistosa. En su defecto hay una segunda oportunidad y cabrá formular la reclamación a la Agencia de Protección de Datos. En algunos casos, donde se realiza reclamación directa a la APD, ésta remite al delegado del tratamiento de datos.

Tratamiento de datos por parte del empresario y bases jurídicas del tratamiento (art. 6 Reglamento).

Con la LPD de 1999 parecía que la base jurídica principal del tratamiento era el consentimiento, que podía ser consentimiento tácito. En la actualidad eso

desaparece, y la base jurídica fundamental del tratamiento de datos por el empresario será el cumplimiento de una obligación legal.

En el artículo 9 del Reglamento hay varias categorías especiales de datos especialmente protegidos, como la salud o la afiliación sindical que el empresario sólo puede tratar en base al cumplimiento del contrato de trabajo o el cumplimiento de una obligación legal, como puede ser la prevención de riesgos laborales, respecto de los datos de salud.

Es evidente la cantidad y diversidad de datos que maneja el empresario. Desde este punto de vista, el art. 4.18 del Reglamento, define la empresa como persona física o jurídica dedicada a una actividad económica, independientemente de su forma jurídica, incluidas las sociedades o asociaciones que desempeñen regularmente una actividad económica; y el Considerando 18 del Reglamento cuando establece la exclusión del tratamiento doméstico de datos, establece al excepción de de que tenga conexión con alguna con una actividad profesional o comercial.

Tratamiento de datos por parte de las asociaciones sindicales.

Los sindicatos son depositarios del derecho fundamental a la libertad sindical ex art. 28 CE, y juegan un papel fundamental en la configuración de las relaciones laborales.

Existen dos sistemas de representación de los trabajadores, cuyos elementos relevantes en materia de protección de datos serían los siguientes:

- Respecto del tratamiento de datos de la representación unitaria de los trabajadores que afecta a la totalidad de trabajadores de la empresa o centro de trabajo y no precisa el consentimiento del trabajador afectado, y es el empresario el que en cumplimiento de obligaciones legales debe aportar los datos.
- Respecto al tratamiento de datos por parte de la representación sindical, afectaría exclusivamente a los afiliados y que hayan prestado además el consentimiento.

Una de las bases jurídicas del tratamiento de datos es el contrato laboral (art. 6.1.b del Reglamento y Considerando 40), en base al cual se comprenden variadas materias, como gestión de nóminas, representantes, control de absentismo, registros... En dicho tratamiento deben observarse todos los principios del Reglamento; en este último sentido recordar que el tratamiento puede ser desleal si se utilizasen mecanismos automatizados de toma de decisiones o gestión basadas exclusivamente en perfilados.

Monitorización del trabajador.

El Título X de la LO 3/2018 PD versa sobre la monitorización del trabajador para el control de su actividad. La Ley recoge la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos que establece varias obligaciones, como la información previa al trabajador, el alcance de la vigilancia, el impacto en la vida del trabajador, debe ponderarse el interés del empresario con el derecho fundamental a la intimidad del trabajador, debe haber justificación individual para el caso, proporcionalidad entre la finalidad de la vigilancia y los medios empleados, consecuencias sobre los trabajadores, y respeto a las máximas garantías de los trabajadores sobre su intimidad a las comunicaciones.

Control del absentismo laboral y geolocalización.

El control del absentismo laboral se regula en el art. 20 del ET según el cual el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales; y también podrá verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico.

- El art. 90 de la LOPD, contempla los sistemas de geolocalización para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores previstas en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, siempre que estas funciones se ejerzan dentro del marco legal y con los límites inherentes al mismo.

- Y de otro lado, de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo, es lícito que la empresa realice a través de un servicio médico externo controles médicos para comprobar la enfermedad que motiva las faltas de asistencia al trabajo.
- También puede considerarse el uso de medidas biométricas para el control, siempre y cuando se haya ponderado y considerado proporcionado.
- La extinción del contrato no limita el tratamiento de la empresa en la medida en que sea necesario para el cumplimiento de obligaciones legales (tributarias, Seguridad Social...)

Tratamiento de categorías especiales de datos (datos sindicales).

Son datos sindicales aquellos que permitan atribuir al sujeto su afiliación sindical y que son necesarios para la defensa sindical de los derechos de los trabajadores, tales como el dato de la afiliación, condición de representante, la inclusión en listas electorales aún sin estar afiliado...

- Respecto del tratamiento de datos para el descuento de la cuota sindical, tiene una base concurrente: obligación legal de la empresa derivada del art. 11 de la LISOS, junto con el consentimiento del trabajador. El consentimiento prestado por los trabajadores antes del 25 de mayo es válido.
- En cuanto al tratamiento de los datos censales de los representantes unitarios, su base jurídica estaría de conformidad con el art. 9.2.b) del Reglamento en *“el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses*

del interesado”, por lo que habrá de analizarse el Estatuto de los Trabajadores y al normativa laboral.

- Las organizaciones sindicales no pueden tratar los datos de las listas de los censos electorales sin el consentimiento del trabajador, pues no son ellas las destinatarias de la trasmisión de datos que realiza la empresa, sino la representación unitaria de los trabajadores, que a efectos de protección de datos en un órgano con entidad para ser responsable del tratamiento de datos. El tratamiento de datos por el sindicato hacia la representación de los trabajadores tendría como base jurídica legal el ejercicio de las elecciones.
- Con relación a la publicación de los datos, cuando se realiza en tablón de anuncios no debe publicarse el DNI completo, pero para el tratamiento de datos por el sindicato del censo electoral tiene que ir el DNI completo. En la LOPD se prevé en la disposición adicional séptima, sobre identificación de los interesados en las notificaciones por medio de anuncios y publicaciones de actos administrativos, que puede ser referente en esta materia.
- En cuanto a al control y vigilancia del tratamiento, no es posible la comunicación masiva de datos a los órganos de representación sindical, y los datos de identificación completa de un trabajador sólo es posible cuando haya planteado una queja a los representantes.
- Se considera legítima la comunicación de los datos personales referidos al contrato con excepción de DNI, domicilio del trabajador y estado civil.
- El dato de las retribuciones económicas resulta fundamental para el ejercicio de la actividad sindical.
- También se puede comunicar las sanciones por falta muy graves a los trabajadores.

- En cuanto a los datos de promoción de procesos electorales, las organizaciones sindicales pueden tener acceso al nombre, apellidos, dirección postal y la dirección de correo electrónico, en cuando tiene derecho a la promoción de su candidatura mediante el envío de publicidad sindical a los trabajadores. La empresa debe publicar el censo de electores con cautelas de custodia y distribución rigurosa.
- En cuanto a la proclamación de la candidatura, el TC ha señalado que el envío de mensajes por correo electrónico es un derecho del sindicato amparado por el derecho fundamental de libertad sindical, siempre que la empresa disponga de medios, y se realice con proporcionalidad, sin perjudicar el normal funcionamiento de la empresa. Desde la APD se entiende que existe un sistema más sencillo consistente en las listas de distribución con dirección corporativa y, en este caso, el responsable del tratamiento sería la empresa, pues el sindicato no tiene acceso a las direcciones individuales de los trabajadores. Sobre esta cuestión es de interés una sentencia de la Audiencia Nacional de mayo 2018, donde se contempla la oposición del trabajador al tratamiento de datos en un proceso electoral y se determina el responsable del tratamiento del fichero.

Sistema de denuncias.

Cabe destacar que el art. 24 de la LOPD ha introducido la posibilidad de denuncias anónimas y se reitera la disposición de la APD en su labor de información y resolución de dudas.

IV. PARTICIPACIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES: DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA.

Intervención de Susana Rodríguez Escanciano. Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho Universidad de León.

Resumen de su intervención a cargo del Gabinete de Estudios Jurídicos CC.OO.

En el sistema productivo nos encontramos con un nuevo escenario caracterizado por la irrupción de las nuevas tecnologías y como éstas afectan a todos los niveles, tanto internos donde las nuevas tecnologías ayudan en la gestión empresarial, abaratan costes, etc., como externos donde se crean trabajadores no sindicalizados puesto que es más complicado encontrar un bien común que haga de unión entre ellos.

Con la irrupción de las nuevas tecnologías en el sistema productivo el volumen de datos que atesora el empresario sobre los trabajadores es muy cuantioso. Siendo el momento del acceso al empleo donde recaban la gran mayoría de estos datos, posteriormente a través de la propia relación laboral se van consiguiendo nuevos datos de los trabajadores, datos que finalmente se culminaran con los nuevos sistemas de control.

Anteriormente a la entrada en vigor del Reglamento General de Protección de Datos 2016/679 no se aplicaba la normativa de protección de datos en el centro de trabajo. Dicho Reglamento se aprobó en mayo de 2016 pero ha contado con un periodo de transición para su aplicación a los estados miembros que termino en 25 de mayo de 2018 momento en el que pasó a aplicarse a todos los Estados miembros.

El Reglamento contiene una mención en el art. 88 en cuanto a la aplicación de la protección de datos en el centro de trabajo.

Señala la ponente que es un Reglamento, pero que en cierta medida actúa como una Directiva en cuanto encarga a los Estados a promulgar las correspondientes normas internas de desarrollo.

Marco general de la protección de datos laborales.

Con la nueva Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos (LOPD), la regulación en cuanto a la protección de datos en el centro de trabajo sigue siendo muy parcial dejando muchos temas sin resolver. Por lo tanto se deben seguir haciendo las previsiones de interpretación que se hacían antes y siendo el Reglamento de aplicación directa, lo que hay que hacer es integrar la LOPD con el Reglamento y con la normativa laboral, teniendo en cuenta que la LOPD es muy técnica y generará problemas, y la normativa laboral es de otro ordenamiento y funciona con otros principios.

- El avance más interesante, es que ahora la protección de datos se aplica en los centros de trabajo, así la nueva LOPD se ha de interpretar de acuerdo al Reglamento y la normativa laboral.
- Por otra parte, los agentes sociales también se benefician de las nuevas tecnologías, dado que tratan los datos de los trabajadores de forma más sencilla, pero eso les convertirá en responsables del tratamiento con independencia de la personalidad jurídica que ostente y, por ello, deberán aplicar los principios y garantías que derivan de la protección de datos dado que de no hacerlo se generarán responsabilidades.
- Los sujetos colectivos se convierten en responsables del tratamiento y deben recabar el consentimiento explícito de los trabajadores.
 - o La regla general dice que hay que pedir el consentimiento sin embargo para el cumplimiento de una obligación legal no será necesario dicho consentimiento.

- Cuando los representantes de los trabajadores cumplen con las funciones que legalmente tienen asignadas no deben pedir el consentimiento a los trabajadores para el tratamiento de estos datos y cesión por ejemplo al empresario, pero sí deben cumplir con las obligaciones y principios como es el deber de seguridad.
- Asimismo deben informar a los interesados para que puedan ejercitar los derechos de acceso, cancelación, rectificación, etc.
- En cuanto a las competencias genéricas del art. 64 ET, la nueva LOPD no se pronuncia nada más que a efectos de vigilancia empresarial.
 - Algunas competencias más detalladas, como por ejemplo la copia básica del contrato que deben recibir los representantes de los trabajadores para controlar la legalidad, sí ha quedado claro que no debe contener datos personales de los trabajadores como son el domicilio, estado civil, etc.
 - En cuanto al censo electoral, no solo tienen derecho a conocerlo los integrantes de la mesa, sino que también los sindicatos interesados.
 - De manera general la información que la empresa entrega a los representantes de los trabajadores no debe contener datos personales. Sin embargo, otras veces el dato personal es imprescindible para la finalidad y deberá aportarse. En ese caso los datos proporcionados deberán ser tratados siguiendo las directrices de la LOPD.
 - No hay que olvidar que los sujetos colectivos tienen deber de secreto, regulado tanto en la LOPD como en Estatuto de los Trabajadores, especialmente en informaciones especialmente reservadas.
- El derecho de información y consulta de los representantes de los trabajadores en la normativa laboral se ha de completar con las

obligaciones que tiene el empresario de dar los datos necesarios para cumplir con el fin.

- Hay competencias que no están ni en la normativa laboral ni en la LOPD como por ejemplo en el momento de acceso al empleo, donde el trabajador es la parte más débil; en estos puntos ciegos es donde es de vital importancia el control sindical.
 - El control sindical puede abarcar a los programas de selección de personal, a los test psicotécnicos que solamente estarían justificados cuando estén relacionados con las tareas del trabajador, que se cancelen los datos de los trabajadores una vez finalizada la selección de datos debiendo el empresario pedir consentimiento si quiere mantenerlos, controlar las listas negras para que no se puedan traspasar entre empresarios, etc.
- En cuanto a los derechos, la LOPD avanza puesto que menciona a los representantes de los trabajadores aunque mucho menos de los deseado.

Utilización de dispositivos.

Centrándose al uso de los dispositivos, el art. 87 LOPD es más sensible a las posibilidades de actuación de los representantes de los trabajadores.

Dicho artículo reconoce el derecho a la intimidad del trabajador y el poder de control del empresario de los dispositivos que ha puesto a disposición del trabajador. Supone la plasmación en la ley de la doctrina Barbulescu II del TEDH, no siendo suficiente la presunción de legitimidad del uso del medio por el trabajador, sino que se debe informar a los trabajadores y aplicar el principio de proporcionalidad.

Pero sigue sin resolverse que sucede cuando hay sospecha fundada de ilícito. Las disposiciones de la LOPD regulan que han diseñar criterios de uso en los que

participen los representantes. Las organizaciones sindicales y las empresariales deberán llegar a un acuerdo sobre el uso de los dispositivos.

Videovigilancia.

En videovigilancia, se ha incorporado la doctrina López Ribalda del TEDH, así como la STC sobre la videovigilancia en la Universidad de Sevilla. Son principios inherentes a la protección de datos informar a los trabajadores y garantizar la finalidad de la toma de imágenes, así como que la medida sea proporcional. Pero sigue existiendo el mismo problema que con los dispositivos puestos a disposición del trabajador y las sospechas de ilícito.

Para la grabación de sonidos, incide que es más respetuosa si cabe que para la grabación de imágenes. El empresario puede controlar los números de teléfono pero no el contenido de las conversaciones y solamente podrá grabarse el contenido siempre y cuando se hubiera informado previamente a los trabajadores, concurriera un legítimo interés empresarial y aplicándose el principio de proporcionalidad.

No se podrán grabar ni sonido ni imágenes en vestuarios ni aseos, pero se olvida la Ley de espacios donde el trabajador puede mantener conversaciones relajadas pero que no afectan a su trabajo, por ejemplo los comedores.

Geolocalización.

Para la geolocalización, se debe utilizar el medio menos invasivo y sólo puede estar operativo el mecanismo de control durante la jornada laboral.

Derecho a la desconexión.

Para el derecho a la desconexión, debería configurarse como un deber empresarial de no exigir, amparado en las nuevas tecnologías, nada fuera del horario o jornada o laboral.

Los representantes de los trabajadores deben controlar lo que es tiempo de actividad con lo que no es. Se debe tipificar la sanción en las LISOS.

Es muy importante el papel de los representantes de los trabajadores en el sistema de control y modalidades de ejercicio. Siendo las PYMES las que más preocupan por las necesidades de que estos derechos se articulen y exista uniformidad.

V. LOS LÍMITES DE LOS SISTEMAS DE CONTROL EMPRESARIAL EN LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: ACCESO A EQUIPOS Y COMUNICACIONES, VIDEOVIGILANCIA, GEOLOCALIZACIÓN, DATOS BIOMÉTRICOS.

Intervención de Pablo Aramendi Sánchez. Magistrado Juzgado de lo Social nº 33 Madrid.

Resumen de su intervención a cargo del Gabinete de Estudios Jurídicos CC.OO.

Es un hecho evidente que las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información son una realidad que ha invadido nuestras vidas y evidentemente también ha invadido el mundo del trabajo. Y estos cambios influyen también en la manera de cómo nos comportamos. Es indiscutible que tienen mucha utilidad pero precisan de la imposición de ciertos límites, habida cuenta de los intereses que su uso enfrenta en el tratamiento de datos personales: el interés de la empresa de llevar a cabo su actividad productiva usando las TICs y el derecho a la privacidad del trabajador.

Marco normativo.

El marco normativo que afronta este problema de invasión de la privacidad de los trabajadores por el uso de las TICs, está ya configurado por el Reglamento europeo de Protección de Datos, la Ley Orgánica de Protección de Datos, y el art. 18 de la Constitución, que reconoce el derecho a la intimidad. Lo que sucede respecto de este último precepto es que su protección se amplía y ya no se circunscribe al ámbito de lo íntimo, sino que se expande a la privacidad. La privacidad va más allá y se proyecta sobre otros aspectos como la vida pública. Estas normas implican un derecho de resistencia frente a la invasión de la

privacidad por las TICs, que pueden llegar a hacerla inexistente por su proliferación y características del número y tipos de datos que recaban.

Definiciones previas.

Para su comprensión es necesario tener en cuenta varias definiciones que aparecen en el Reglamento de Protección de Datos:

- Datos personales: Son aquellos datos o información sobre una persona física identificada o identificable, cuya identidad puede determinarse mediante un identificador, como el número de Seguridad Social, el DNI, las huellas dactilares, imágenes, grabaciones, ADN, salud.
- Tratamiento de datos personales: Cualquier tipo de operación o conjunto de operaciones realizadas sobre estos datos personales o conjunto de datos, sea su registro, conservación, cesión, consulta... en general cualquier tipo de operación que pueda realizarse.
- Responsable del tratamiento: Todo aquel que determine los medios y fines para el tratamiento de los datos. En el mundo del trabajo normalmente es el empresario, pero también pueden tener dicha condición otros sujetos como los sindicatos.
- Elaboración de perfiles: Es un procedimiento específico de tratamiento automatizado de datos sobre aspectos de la persona para elaborar o predecir comportamientos del sujeto.

Principios que legitiman el tratamiento de datos personales.

Los principios que legitiman el tratamiento adecuado de los datos personales, dando cuenta de las pautas a seguir por el responsable, son los siguientes:

- Los datos personales deben de tratarse de conformidad con los principios de licitud, lealtad y transparencia. Este último es importante porque es el que nos indica la necesidad de información previa: que el interesado sea conocedor de los datos que se están utilizando y el fin

para el que se utilizan. Si no se da cumplimiento a este principio el edificio de protección de datos caería.

- Limitación de la finalidad. Los datos deben de utilizarse para determinados supuestos concretos: para el fin específico informado, si el uso fuera más allá este sería indebido.
- Principio de minimización de datos. Los datos que se recojan deben ser los esenciales y necesarios para obtener la información que se precisa.
- Los datos deben de ser exactos, corresponderse con la realidad, las inexactitudes deben poder ser objeto de modificación.
- Principio de limitación del plazo de conservación conforme a las correspondientes finalidades.
- Integridad o no modificación del dato.
- Confidencialidad. No se puede ceder o dar a conocer libre y espontáneamente.
- A todo ello se suma la responsabilidad proactiva, que implica que el responsable del tratamiento debe de ser capaz de demostrar que trata los datos conforme a estos principios.

La justificación del tratamiento de datos.

En el marco de las relaciones laborales, para que el tratamiento sea lícito debe de haberse producido alguna circunstancia de licitud.

La circunstancia global de licitud es el consentimiento del interesado; pero precisamente en el marco de las relaciones laborales no basta con el consentimiento del trabajador ya que no se trata de una relación equilibrada, lo que lleva al legislador a interpretar que su obtención sería provocada y que quedaría sin justificar el uso adecuado del tratamiento de datos. Por ello, el

tratamiento de datos en el ámbito empresarial debería tener alguna de las siguientes justificaciones:

- La necesidad de ejecutar el contrato de trabajo. El empresario, podrá justificar el tratamiento de datos del trabajador en aquellos casos en que sea necesario para que el contrato funcione como el pago de salario, asistencia al trabajo...
- Cumplimiento de obligaciones legales: Cotizaciones a la Seguridad Social, IRPF.
- Cuando fuera necesario para proteger intereses vitales: Preeminentemente en materia de prevención de riesgos laborales.
- Satisfacción de interés legítimos del responsable del tratamiento como el derecho a la propiedad y garantizar el cumplimiento de las obligaciones del trabajador.

Límites al tratamiento de datos.

Una vez que el empresario ha obtenido lícitamente los datos y tiene una justificación para el tratamiento, el tratamiento tiene una serie de límites y no se permite cualquier tipo tratamiento.

- Debe existir una finalidad justificada, no cabe una finalidad o tratamiento preventivo. Debe existir una razón objetiva de que el dato se tenga que tratar. Sobre esta cuestión versaría el caso de la sentencia Barbulescu, donde el empresario instala un dispositivo de seguimiento del trabajador sin saber para qué, ni porqué, sin existencia de sospecha alguna.
- La medida debe ser adecuada, debe ser necesaria y la menos lesiva, cuestión que enlazaría con el juicio de proporcionalidad desarrollado por

el Tribunal Constitucional. Debe existir equilibrio entre el tratamiento y el fin para el que se realiza dicho tratamiento.

Derechos de los trabajadores cuyos datos son objeto de tratamiento.

Dentro de los derechos que el legislador confiere al interesado cuyos datos se están utilizando cabe indicar:

- El deber de informar al trabajador de los datos que se tratan y su posterior utilización. En algunos casos lo sabrá porque el trabajador los ha proporcionado directamente, pero en otros casos no, y es aquí donde se hace más necesaria la necesidad de suministrar información precisa sobre estos extremos. Se trata de un derecho fundamental sobre el que se sustenta el control adecuado del tratamientos de datos.
- Es necesario que el empresario informe de la finalidad del tratamiento, que debe coincidir con un interés legítimo del empresario.
- También debe proporcionar el medio de contacto con el responsable de tratamiento de datos.
- Debe informar sobre el ejercicio de los derechos de acceso de los trabajadores.

Elaboración de perfiles.

Respecto de la elaboración de perfiles, ya se indicó que se trata de una información muy amplia sobre aspectos personales que permiten conocer tendencias. Se trata de un tratamiento de datos automatizado, sin intervención de ninguna persona, mediante algoritmos y sin introducir información. Este tipo de tratamiento no precisa consentimiento. Es necesario, sin embargo:

- Que se informe de la existencia de dicho tratamiento y de la lógica aplicada y objetivos del tratamiento.
- Derecho a la intervención humana.
- Derecho a que el trabajador pueda hacer uso de los derechos de oposición y rectificación.

A modo de ejemplo, la empresa puede crear un algoritmo para despedir a un trabajador, pero si lo aplicara sin intervención humana, sería rechazable.

Tratamiento de datos en el ámbito laboral.

La Ley Orgánica de Protección de Datos, dedica sus artículos 87 a 91 a regular las especialidades de protección de datos en el ámbito laboral.

Es importante tener en cuenta cómo se relaciona el Derecho Europeo con el derecho nacional, considerando la primacía de aquel, y la misión de desarrollo que corresponde al derecho interno.

El Reglamento de Protección de datos en su artículo 88 contempla una serie de materias laborales que pueden ser objeto de tratamiento o desarrollo por parte del legislador nacional, se trata de todo género de materias del ámbito laboral. El legislador español lo desarrolla en los artículos 87 a 91 de la LOPD.

A los efectos de entender las intenciones de la Unión Europea es importante tener en cuenta el grupo de trabajo del artículo 29 del Comité Europeo de Protección de Datos que está formado por todas las agencias de protección de datos a nivel europeo, y tiene previsiones muy importantes que no son de ley pero que tienen valor fundamental interpretativo. Con relación al uso de datos por parte de empresarios, el Grupo ya tiene pronunciamientos sobre las pautas del tratamiento.

1. Datos en la precontratación.

El legislador nacional ya se ha ocupado de determinadas materias, como las relativas a las garantías del tratamiento de datos en la precontratación donde:

- Debe informarle de los datos a recabar y su finalidad.
- La información recabada debe limitarse a las imprescindibles para que el contrato pueda formalizarse, sin que puedan exigirse o preguntar sobre datos sensibles o que puedan dar lugar a discriminación.
- Sí pueden recabarse datos en materia de salud o psicológicos, pero dicha información no puede ser tratada directamente por el empresario, sino mediante profesionales sujeto a confidencialidad.
- No se pueden recabar antecedentes penales, salvo supuestos concretos muy justificados como los relativos al trabajo con menores.

2. Casos concretos.

2.1. Uso de dispositivos.

Entrando en cuestiones más concretas sobre el uso de dispositivos en el ámbito laboral (ordenadores, teléfonos móviles...) y del derecho a la intimidad, en el artículo 87 de la LOPD, el legislador nacional establece una serie de criterios o cautelas de uso. Dice que se tiene que proteger la intimidad en todo caso, principio insoslayable, pero la posesión en continuidad por parte del trabajador de tales dispositivos no implica que el empresario no pueda prohibir su uso para fines privados.

La norma habilita para que estas limitaciones sean establecidas por el empresario, que ha de fijar los términos de utilización, a los cuales habrá que estar para, en su caso, fijar el alcance del incumplimiento del trabajador. Adquiere por tanto importancia este deber de información del uso.

El empresario puede controlar o indagar sobre el uso correcto del dispositivo, para los fines establecidos, pero en dicho caso debe respetar la intimidad de los trabajadores, y sólo podrá acceder a los dispositivos a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o garantizar la integridad de dichos dispositivos, lo que implica un límite a la intervención del empresario, y configura la justificación del control.

Es relevante que la LOPD exige que el empresario fije los criterios sobre el uso correcto de estos dispositivos, debe elaborar una normativa al respecto. En este punto, el legislador establece la participación de los representantes de los trabajadores, pero utiliza un término muy importante al señalar que “deberán participar”, y este deber de participación no puede entenderse como algo distinto a la negociación.

El Grupo de Trabajo del artículo 29 recomienda la participación de los representantes de los trabajadores en esta materia. Sobre esta cuestión se pronunció la sentencia del TEDH, caso Barbulescu, que estableció una serie de elementos que deben ser tomados en consideración por los jueces nacionales. En concreto:

- Debe existir una información previa sobre la monitorización.
- Grado de monitorización del empresario, que también será controlada por los jueces para constatar la proporcionalidad.
- Tiene que haber una justificación legítima previa de la empresa.
- Verificación de que el método sea lo mínimamente intrusivo que sea necesario.
- Mecanismos de salvaguarda para que el empresario no acceda sin previa información al trabajador.

2.2. Videovigilancia.

Con relación al derecho a la intimidad respecto de los sistemas de videovigilancia, el art. 89 del de la LOPD habla de la licitud de utilización de videocámaras con la finalidad de controlar el cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones laborales. En cuanto a los requisitos que se exigen:

- En primer lugar el deber de información previa tanto a trabajadores como a sus representantes.
- Esta información previa debe ser expresa, clara y concisa.

Para determinar los requisitos de licitud, también es referencia la sentencia del TEDH en el caso López Ribalda. En concreto sobre estos requisitos puede señalarse:

- Debe haber información sobre lugar de videovigilancia y la finalidad de la misma.
- Se prohíbe la instalación de cámaras en lugares destinados al descanso, vestuarios, aseos, comedores...
- En los supuestos de comisión de delito flagrante, bastaría la instalación o anuncio de un anuncio o cartel informativo, sobre la existencia de cámara en dicho ámbito, aunque la finalidad de su instalación fuera otra, y la captación del delito fuer circunstancial.

2.3. Grabación de sonidos.

Con relación a la grabación de sonidos, no se puede realizar con carácter general el establecimiento de grabaciones de las conversaciones del trabajador con los clientes. El único supuesto en que se admite este tipo de grabaciones es para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo.

Esto puede llevar a pensar en que no serían válidas las grabaciones que se realizan en los Call Centre, para el control de la actividad laboral. Pero al mismo tiempo pone en tela de juicio las grabaciones de las conversaciones privadas entre trabajador y empresario.

2.4. Geolocalización.

Los dispositivos de geolocalización también pueden ser utilizados para el control de la actividad laboral. Los requisitos a considerar son:

- El empresario debe suministrar información previa, precisa y clara que sea expresiva de los sistemas de geolocalización y sus características.
- Debe existir una finalidad legítima

El Grupo de Trabajo del artículo 29, ha señalado que existen mecanismos muchos más sofisticados que el GPS como los mecanismos de incidencias susceptibles de aportar una mayor información de mayores aspectos que conllevan mayores intromisiones en la privacidad del trabajador, y que no están autorizados.

VI. MESA REDONDA. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES Y LOS SISTEMAS DE CONTROL EMPRESARIAL.

Intervención de Raquel Boto Gil. Adjunta a la Secretaría Confederal de Acción Sindical.

Intervención de Alberto Margalló. Secretario de Negociación Colectiva. Federación de Servicios a la Ciudadanía.

Intervención de Jesús Crespo. Coordinador sectorial de Industria base. Federación de Industria.

Intervención de Manuel Sánchez. Secretario de Acción Sindical y Políticas Sindicales. Federación de Servicios.

Resumen de sus intervenciones a cargo del Gabinete de Estudios Jurídicos CC.OO.

Raquel Boto Gil aborda la mesa redonda hablando de los derechos digitales tras la influencia de las Tecnologías de la información y comunicación, así como los sistemas de control del empresario.

- Centrándose en la nueva LOPD destaca que la misma hay que completarla con legislación como puede ser la Constitución Española, el Estatuto de los trabajadores, la ley de Prevención de Riesgos Laborales, etc... y entiende que se ha perdido la ocasión para avanzar más en estos aspectos.
- En relación con la negociación colectiva, todavía no disponen de ningún dato sobre cuántos convenios colectivos regulan la protección de datos, y están esperando pronto los datos para poder analizar la cuestión. Se ha avanzado muy poco en la materia, puesto que el número de convenios colectivos que regulan el teletrabajo, la implantación de nuevas

tecnologías, desconexión digital, etc cree que no ha variado sustancialmente en los últimos años.

- Las actuaciones principales del Sindicato son:
 - o Que los Representantes de los trabajadores refuercen el derecho de información y consulta previo.
 - o Aun cuando el ET, en su art. 20 Bis. habla de los derechos digitales, como hay muchos vacíos legales, el instrumento idóneo es la negociación colectiva y por ello se ha de trabajar para que la negociación colectiva introduzca el principio de proporcionalidad e idoneidad, para que se adapten los derechos a las nuevas tecnologías, para revisar las políticas de privacidad unilaterales e intentar establecer garantías adicionales, que se limite el uso de la videovigilancia sea para ocasiones de necesidad, que los GPS se coloquen en herramientas de trabajo y solamente proporcionen datos durante la jornada, que la empresa este obligada a que no le llegue ningún correo ni llamada a un trabajador fuera de horario laboral, y que la información que reciba el trabajador sea clara y concisa, etc....

Los participantes de la Federación de Servicios a la Ciudadanía, Federación de industria y Federación de Servicios relatan cómo están teniendo problemas en las elecciones sindicales por el censo, el cual debe colgarse en el tablón de anuncios del centro de trabajo, y en el que los trabajadores si deben aparecen con su DNI.

- Asimismo indican que muchas veces la empresa excusándose en la Ley de protección de datos niega datos a los representantes los cuales son necesarios para que puedan cumplir sus funciones. Así las empresas con excusa de la aplicación del nuevo Reglamento no quieren dar información y dificultan los derechos de información del art. 64 ET. Y en casos de cierres de empresas se encuentran con verdaderos problemas para que les den información y ello provoca que se dilate el proceso,

puesto que la empresa demora la entrega hasta que se ve obligada a ellos.

Se mencionan casos concretos, como la Sentencia de la Audiencia Nacional sobre el sistema de geolocalización de la empresa Telepizza, donde los trabajadores se veían obligados a aportar su propio móvil para la geolocalización. Añade que aquí, en vez de excusarse en la Ley de Protección de Datos para no dar información, las empresas utilizan la legislación para hacer un uso no ajustado a derecho de la geolocalización.

- En cuanto a la desconexión, es en la negociación colectiva donde hay que hacer hincapié. Puesto que el derecho a la desconexión es el derecho a la jornada y fuera de ella no debe el empresario mandar nada al trabajador.
- Todos coinciden en la necesidades acciones formativas para que los delegados conozcan cuáles son sus derechos de información y consulta, y conozcan toda la normativa relativa a protección de datos para, de cara a la negociación colectiva, introducir nuevas garantías en los convenios que intenten paliar los vacíos de la ley.
- Como reflexión final, se debe tener cuidado con el tratamiento de los datos y su control, se debe trasladar a la mesa de negociación que la empresa debe informar y en muchos aspectos negociar o dar audiencia previa a los representantes y ver las oportunidades que presenta la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos.

** *** **