

# **CLAVES PRÁCTICAS**

FRANCIS LEFEBVRE

**Protección de datos y  
garantía de los derechos  
digitales  
en las relaciones laborales**

Fecha de edición: 26 de abril de 2019

Esta monografía de la Colección  
**CLAVES PRÁCTICAS**  
es una obra editada por iniciativa y bajo  
la coordinación de  
**Francis Lefebvre**

**JESÚS R. MERCADER UGUINA**  
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
de la Universidad Carlos III de Madrid.  
Counsel de Uria Menéndez Abogados*

© Francis Lefebvre  
Lefebvre-El Derecho, S. A.  
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: 91 210 80 00.  
Fax: 91 210 80 01  
www.efl.es  
Precio: 30,16 € (IVA incluido)  
ISBN: 978-84-17794-28-6  
Depósito legal: M-17303-2019  
Impreso en España por Printing'94  
C/ Orense, 4 (2ª planta) – 28020 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

## Plan general

	<u>Nº marginal</u>
<b>Capítulo 1. Fundamentos y principios de la protección de datos personales</b> .....	50
1. Marco normativo .....	75
2. Protección de datos como derecho fundamental autónomo .....	213
3. Dato personal .....	220
4. Tratamiento de datos personales .....	265
5. Principios generales del tratamiento de datos .....	300
<b>Capítulo 2. El trabajador como interesado: licitud del tratamiento y garantías</b> .....	400
1. Licitud del tratamiento de los datos .....	420
2. Categorías especiales .....	575
3. Garantías .....	625
4. Limitaciones a los derechos de los interesados .....	775
<b>Capítulo 3. Responsables del tratamiento de la protección de datos personales</b> .....	850
1. La empresa como responsable del tratamiento .....	857
2. El encargado del tratamiento .....	875
3. Obligaciones de responsables y encargados .....	905
4. Delegado de protección de datos .....	960
5. El trabajador como participante en el tratamiento .....	985
<b>Capítulo 4. Protección de datos en la fase previa a la contratación</b> .....	1200
1. Procesos de selección .....	1205
2. Límites a la recopilación de datos personales .....	1235
3. Gestión del «curriculum vitae» .....	1260
4. Uso de redes sociales .....	1330
5. Pruebas selectivas .....	1345
6. Petición de referencias entre empresas .....	1435
7. Elaboración de listas negras .....	1445
8. Tratamiento informatizado y perfiles de candidatos .....	1470
9. Datos de candidatos no incorporados a la empresa .....	1510
10. Cláusulas contractuales prohibidas .....	1520
11. Cesiones de datos por empresas de intermediación laboral .....	1555
<b>Capítulo 5. Protección de datos durante las fases de ejecución y extinción del contrato de trabajo</b> .....	1700
1. Datos de contacto profesionales y personales .....	1710
2. Datos de identificación .....	1735
3. Comprobación de otros datos por el empresario .....	1800
4. Datos derivados de la dinámica laboral .....	1810
5. Extinción del contrato de trabajo .....	1887

**Nº marginal**

<b>Capítulo 6. Control empresarial y uso de las nuevas tecnologías digitales en el trabajo</b>	2100
1. Derechos digitales laborales: una aproximación general desde la protección de los datos	2105
2. Control del correo electrónico y de las navegaciones por internet	2115
3. Videovigilancia	2245
4. Captación de conversaciones	2375
5. Sistemas de geolocalización	2415
6. Control biométrico	2495
7. Control por detectives privados	2550
8. Monitorización fuera del lugar de trabajo	2575
<b>Capítulo 7. Control de la salud de los trabajadores</b>	2700
1. Datos de salud como datos personales	2705
2. Vigilancia de la salud	2740
3. Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social	2825
4. Servicios de prevención	2875
5. Delegados de prevención	2935
6. Prevención de riesgos laborales	2970
7. Control del absentismo laboral	3015
<b>Capítulo 8. Sistemas internos de denuncias y programas de «compliance»</b>	3100
1. Sistemas internos de denuncias o «whistleblowing»	3105
2. Programas «compliance» y códigos de conducta	3215
<b>Capítulo 9. Transferencias de datos laborales entre empresas</b>	3500
1. Grupo de empresas	3510
2. Obtención de ventajas: seguros de vida y planes de pensiones	3535
3. Pluralidad empresarial: contratas y subcontratas	3575
4. Sucesión de empresas	3625
5. Aspectos internacionales: el papel del consentimiento del trabajador	3655
<b>Capítulo 10. Derecho sindical</b>	3900
1. Ponderación entre el derecho a la libertad sindical y el derecho a la protección de datos	3905
2. Conocimiento por la empresa del dato de la afiliación sindical de sus trabajadores	3910
3. Derecho de información de los representantes legales de los trabajadores	3960
4. Acción sindical en la empresa	4055
5. El sindicato como informante	4180
6. Comisión de control del Plan de pensiones	4220

	<u>Nº marginal</u>
<b>Capítulo 11. Administración y jurisdicción social</b> .....	4400
1. Tratamiento de datos en la Administración Laboral.....	4405
2. Tratamiento de datos por la Administración de Justicia.....	4550
<b>Capítulo 12. Responsabilidad</b> .....	4800
1. Derecho a indemnización .....	4810
2. Régimen sancionador.....	4835
	<u>Página</u>
<b>Bibliografía</b> .....	273
<b>Tabla Alfabética</b> .....	279

## Abreviaturas

<b>AEPD</b>	Agencia Española de Protección de Datos
<b>AN</b>	Audiencia Nacional
<b>art.</b>	artículo
<b>CDFUE</b>	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
<b>CEDH</b>	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
<b>Const</b>	Constitución
<b>Dict.</b>	Dictamen
<b>Dir</b>	Directiva
<b>ET</b>	Estatuto de los Trabajadores (RDLeg 2/2015)
<b>GT29</b>	Grupo del art.29
<b>IMI</b>	Sistema de información del mercado interior
<b>L</b>	Ley
<b>LGSS</b>	Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RDLeg 8/2015)
<b>LO</b>	Ley Orgánica
<b>LOLS</b>	Ley Orgánica de Libertad Sindical (LO 11/1985)
<b>LOPD</b>	Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LO 3/2018)
<b>LORTAD</b>	Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LO 5/1992)
<b>LPRL</b>	Ley de Prevención de Riesgos Laborales (L 31/1995)
<b>LSSI</b>	Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (L 34/2002)
<b>OIT</b>	Organización Internacional del Trabajo
<b>RD</b>	Real Decreto
<b>RDL</b>	Real Decreto-ley
<b>RGPD</b>	Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos (Rgto UE/2016/679)
<b>Rgto</b>	Reglamento
<b>RLOPD</b>	Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (RD 1720/2007)
<b>TCo</b>	Tribunal Constitucional
<b>TEDH</b>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<b>TFUE</b>	Tratado de Funcionamiento de la UE
<b>TGSS</b>	Tesorería General de la Seguridad Social
<b>TJUE</b>	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<b>TS</b>	Tribunal Supremo
<b>TSJ</b>	Tribunal Superior de Justicia
<b>TUE</b>	Tratado de la Unión Europea
<b>UE</b>	Unión Europea

## Presentación

La Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, viene a adaptar al ordenamiento jurídico español el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016. El desarrollo o complemento que la norma interna realiza incorpora **importantes novedades** que se proyectan de forma especial en el ámbito de las relaciones laborales.

Ha sido, sin duda, su Título X, en **materia de garantías de los derechos digitales**, en el que se ha puesto más intensamente el foco de atención. Cuestiones como los límites empresariales al control a través de sistemas de videovigilancia y de grabación de sonidos, el rastreo a través de sistemas de geolocalización; el seguimiento de los correos electrónicos y de las navegaciones por internet; unido al reconocimiento de nuevos derechos como el de «desconexión digital», conforman un nuevo entorno tecnológico que abre numerosos interrogantes prácticos. Una realidad en la que también pide paso la negociación colectiva como instrumento llamado a la mejora del marco normativo preexistente.

La estrella de la garantía de los derechos digitales ha producido, sin embargo, un cierto olvido de algunos aspectos generales que la Ley incorpora y que poseen una **indudable trascendencia**. Cuestiones como las limitaciones al tratamiento de datos especialmente sensibles, en particular, el de afiliación sindical; las aplicaciones legales del interés legítimo para facilitar el tratamiento de los datos de contacto o de los vinculados a operaciones mercantiles; la regulación sobre alcance y límites de los canales de denuncia, las peculiaridades laborales que observa la figura del Delegado de Protección de Datos o, en fin, el régimen sancionador, son aspectos de gran interés e indudable proyección práctica.

La presente edición incorpora, junto a las señaladas, las más **recientes directrices del GT29** (ahora, Comité Europeo de Protección de Datos), los pronunciamientos de nuestros Tribunales habidos en la materia y los criterios adoptados por la Agencia Española de Protección de Datos como consecuencia de la efectiva aplicación, tanto del Reglamento (UE) 2016/679, como de la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre.

## Capítulo 1. Fundamentos y principios de la protección de datos personales

1.	Marco normativo .....	75
a.	Normativa comunitaria .....	75
b.	Normativa internacional .....	120
c.	Legislación española .....	150
d.	Negociación colectiva .....	170
e.	Espacios del «soft law» .....	205
2.	Protección de datos como derecho fundamental autónomo .....	213
3.	Dato personal .....	220
a.	Componentes principales en la definición de dato personal .....	225
b.	Categorías especiales de datos .....	246
4.	Tratamiento de datos personales .....	265
5.	Principios generales del tratamiento de datos .....	300

50

Como señala la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (en adelante, LOPD): «La transformación digital de nuestra sociedad es ya una realidad en nuestro desarrollo presente y futuro tanto a nivel social como económico».

55

Si la preocupación por el impacto de la técnica en el mundo del trabajo ha sido una constante histórica, el desarrollo que la misma vive en los últimos tiempos ha venido a reabrir con renovado interés esa vieja cuestión. El ecosistema productivo comienza a transformarse de manera radical. **Nuevas aplicaciones informáticas** permiten la gestión de flujos masivos de datos, los algoritmos ayudan a una asignación más eficiente de los recursos y sectores de actividad tradicionales se enfrentan a fórmulas disruptivas de competencia que difuminan la imagen tradicional de los mercados. Los robots y aplicaciones de inteligencia artificial se convierten en un instrumento fundamental en la incesante búsqueda de la eficiencia y la productividad.

Los datos personales, nuestra información, fotos, contenidos y comentarios se han convertido en la pieza clave sobre la que pivotan las empresas de Internet, y, en especial, las redes sociales. Las **tecnologías Big Data** están conduciendo además a la consideración del dato como materia prima capital de la sociedad de la información y del conocimiento (Holmes, 2018). La evolución tecnológica permite reelaborar gran cantidad de datos simples, de forma que, combinados entre sí, pueden contribuir a definir el perfil íntimo de una persona, no solo a través de la recogida directa de datos, sino mediante la recopilación de noticias fragmentarias y aparentemente inocuas que, unidas, nos pueden dar bastante información sobre un individuo o grupo de individuos. Esa «huella estadística» permite analizar muestras, medir relaciones o predecir la evolución futura de un determinado comportamiento. Ciertamente, «vivimos en la era de la estadística y cada aspecto de la actividad humana es medido e interpretado en términos estadísticos» (Peña, 2013).

Existen **características** de la relación laboral que dan trascendencia al tratamiento de datos y que convierten a la misma en especialmente sensible a los peligros derivados de las anteriores realidades: su perdurabilidad, que hace importante la conservación de datos; su carácter personal, que hace más complejo el tipo de datos a considerar; la diversidad de escenarios para los que pueden ser relevantes; y, en fin, el número de trabajadores tan elevado a los que se requiere información (Del Rey, 1993). Los complejos problemas que se plantean en materia laboral con el tratamiento de datos se amplifican en un momento de hiperdatificación del lugar del trabajo, donde la empresa es un emisor constante de datos. Es por ello, particularmente relevante tener en cuenta, como han venido recomendando los órganos consultivos internacionales en materia de protección de datos, que la legislación sobre protección de datos no debe aplicarse de forma independiente del Derecho del Trabajo y las prácticas laborales y que estos, a su vez, no pueden aplicarse aisladamente, sin tener en cuenta la legislación sobre protección de datos. Esta **interacción** es necesaria y valiosa y debe contribuir al desarrollo de soluciones que protejan adecuadamente los intereses de los trabajadores.

---

## I. Marco normativo

### a. Normativa comunitaria

- 75** La protección de datos es, probablemente, una de las garantías individuales que **mayor desarrollo normativo** ha experimentado a nivel europeo en los últimos años. Se recoge en el CDFUE art.8 que establece que «toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan». Añade que, «estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación». Para concluir que «el respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente».
- Por su parte, el Tratado de Funcionamiento de la UE art.16.1 (en adelante, TFUE) establece que «toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan», habilitando al Parlamento y al Consejo para determinar la protección de las personas físicas en virtud del Tratado de la Unión Europea art.39 (en adelante, TUE).
- 78** **Modelo de protección europeo** La importancia de la tutela de los datos personales en el ámbito laboral aparece subrayada por la Proclamación interinstitucional sobre el pilar europeo de derechos sociales de 13-12-2017, que afirma: «Los trabajadores tienen derecho a la protección de sus datos personales en el contexto del empleo» (DOUE 2017/C 428/09).
- 80** **Antecedentes: la Directiva 95/46/CE** El modelo de protección de datos personales en Europa se ha basado primordialmente en la Dir 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24-10-1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante, Dir 95/46/CE), cuyo objeto era procurar que la garantía del derecho a la protección de datos de carácter personal no supusiese un obstáculo a la libre circulación de los datos en el seno de la Unión.

La misma vino a establecer un **espacio común de garantía** del derecho que, al propio tiempo, asegurase que en caso de transferencia internacional de los datos, su tratamiento en el país de destino estuviese protegido por salvaguardas adecuadas a las previstas en la propia directiva.

**PRECISIONES** El **Tribunal de Justicia de la Unión** ha venido adoptando a lo largo del período de vigencia de la Directiva una jurisprudencia que resulta fundamental para interpretar no solo lo dispuesto en la Dir 95/46/CE sino también en el CEDH art.8 (TJUE 24-11-11, C-468/10 y C-469/10, ASNEF; 8-4-14, C-293/12, Digital Rights Ireland; 13-5-14, C-131/12, Google Spain y Google).

**Grupo del art.29 (GT29)** De gran importancia en el ámbito europeo ha sido también el Órgano de carácter consultivo e independiente creado por la Dir 95/46/CE art.29 y, por este motivo, también conocido como Grupo del art.29 (en adelante, GT29). Está integrado por representantes de las **autoridades de protección de datos** de la UE y la Comisión Europea. **90**

Como indicó el GT29 en su Dictamen 8/2001, su actuación trataba de «contribuir a la aplicación uniforme de las medidas nacionales adoptadas en el marco de la Directiva 95/46/CE sobre protección de datos».

**PRECISIONES** El tratamiento de datos personales en el **ámbito laboral** ha sido objeto de atención, especialmente, en el Dictamen 2/2017 sobre tratamiento de datos en el trabajo, que complementa el Dictamen 8/2001 sobre el tratamiento de los datos personales en el contexto del empleo y el documento de trabajo de 2002 sobre la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo.

**Reglamento UE/2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos** En los últimos años de la pasada década se intensificaron los impulsos tendentes a lograr una **regulación más uniforme** del derecho fundamental a la protección de datos en el marco de una sociedad cada vez más globalizada. El último hito en esta evolución tuvo lugar con la adopción del Rgto UE/2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27-4-16, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Dir 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (en adelante, RGPD), así como de la Dir 16/680/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27-4-16, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo. **95**

Las razones de la aprobación del RGPD, pueden quedar resumidas en su considerando 6: «La rápida **evolución tecnológica** y la **globalización** han planteado nuevos retos para la protección de los datos personales. La magnitud de la recogida y del intercambio de datos personales ha aumentado de manera significativa. La tecnología permite que tanto las empresas privadas como las autoridades públicas utilicen datos personales en una escala sin precedentes a la hora de realizar sus actividades. Las personas físicas difunden un volumen cada vez mayor de información personal a escala mundial. La tecnología ha transformado tanto la economía como la vida social, y ha de facilitar aún más la libre circulación de datos personales dentro de la Unión y la transferencia a terceros países y orga- **100**

nizaciones internacionales, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de los datos personales».

- 105** Se incorpora una regulación específica en **materia laboral** por el RGPD al establecer que «los Estados miembros podrán, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, establecer normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral, en particular a efectos de contratación de personal, ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por el convenio colectivo, gestión, planificación y organización del trabajo, igualdad y diversidad en el lugar de trabajo, salud y seguridad en el trabajo, protección de los bienes de empleados o clientes, así como, a efectos del ejercicio y disfrute, individual o colectivo, de los derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la extinción de la relación laboral» (RGPD art.88.1).

Añadiendo que «dichas normas incluirán medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana de los interesados así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales, prestando especial atención a la transparencia del tratamiento, a la transferencia de los datos personales dentro de un grupo empresarial o de una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo» (RGPD art.88.2).

**PRECISIONES** **1)** El RGPD **entró en vigor** el 25-5-2016, pero es plenamente aplicable a partir del 25-5-2018.

**2)** En virtud del TFUE art.288, el RGPD «tendrá un alcance general» y «será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro». Se integra, pues, en los **ordenamientos jurídicos nacionales** a partir de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, en adelante DOUE, desplegando su eficacia a partir de la fecha que él mismo fije o, a falta de ella, a los veinte días de su publicación (TFUE art.297).

**3)** El RGPD se aplica directamente en todos los Estados desde su entrada en vigor, sin que sea necesario un acto nacional de transposición. Excluye, a su vez, la posibilidad de aplicar normas nacionales incompatibles con las cláusulas materiales que contiene. El efecto normativo de la **plena aplicación** del RGPD es el desplazamiento de las respectivas leyes nacionales de protección de datos dado que las mismas solo pueden ser derogadas por los Parlamentos de cada Estado miembro.

**4)** Como pone de manifiesto la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre Mayor protección, nuevas oportunidades: Orientaciones de la Comisión sobre la aplicación directa del Reglamento general de protección de datos a partir del 25 de mayo de 2018 (COM (2018) 43 final): «el Reglamento ofrece a los Estados miembros la posibilidad de precisar aún más la aplicación de las normas de **protección de datos en sectores específicos**: sector público, empleo y seguridad social, medicina preventiva y medicina laboral (...)), entre otros.

## b. Normativa internacional

- 120 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)** Este Convenio, en adelante, CEDH, consagra el derecho al respeto de la **vida privada y familiar**: «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia» (CEDH art.8).

## Convenio nº 108 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal 125

En la medida en que la protección de los datos personales está estrechamente unida a la privacidad y puede desempeñar un papel sustancial en el ejercicio de otros derechos como la libertad de expresión, o las libertades de religión y conciencia, el Consejo de Europa adoptó el Convenio nº 108 del Consejo de Europa, de 28-1-1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, que fue el primer instrumento internacional **jurídicamente vinculante** adoptado en el ámbito de la protección de datos. Tiene como fin «garantizar [...] a cualquier persona física [...] el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, concretamente su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona».

El Consejo Europeo autorizó, el 9 de abril de 2019, la ratificación por los Estados miembros de la Unión Europea de la versión modernizada del Convenio 108 (<https://www.coe.int/en/web/data-protection/-/eu-member-states-to-ratify-convention-108->)

El Protocolo modificativo aumenta considerablemente el grado de protección de datos con arreglo al Convenio nº 108 (<https://rm.coe.int/convention-108-convention-for-the-protection-of-individuals-with-regar/16808b36f1>). En línea con el RGPD, los **elementos clave** que este instrumento recoge son los principios de transparencia y proporcionalidad en el tratamiento de datos, incrementando las garantías que han de adoptarse junto a adecuadas medidas de salvaguarda. Las inclusiones más destacables son las siguientes:

- la aplicación del **principio de proporcionalidad** para subrayar que debe aplicarse durante todo el proceso y, en particular, con respecto a los medios y métodos utilizados en el tratamiento (Convenio nº 108 art.5);
- el catálogo de **datos sensibles** se ha ampliado para incluir datos genéticos y biométricos, así como los datos procesados para la información que revelan la afiliación sindical u origen étnico (Convenio nº 108 art.6);
- se garantizan y se amplían los **derechos de acceso y supresión**, debiendo transmitirse toda la información relativa al tratamiento que se va a llevar a cabo y las finalidades (Convenio nº 108 art.9);
- los responsables y encargados de tratamiento han de tomar todas las **medidas necesarias** para asegurar que se cumple con la normativa de protección de datos y se instaura el principio de responsabilidad proactiva (Convenio nº 108 art.10);
- se facilitan las **transferencias de datos**, ya sea entre miembros o terceros Estados, siempre que se reúnan unas mínimas garantías (Convenio nº 108 art.14).

**PRECISIONES** 1) El Convenio establece un **Comité Consultivo** encargado, entre otras tareas, de elaborar propuestas con el fin de facilitar o mejorar la aplicación del Convenio, presentar propuestas de enmienda del Convenio y pronunciarse sobre cuestiones relativas a su aplicación (Convenio de Estrasburgo 28-1-1981 art.18).

2) La **AEPD** es miembro del Comité Consultivo.

3) La **actividad** del Comité a lo largo de sus más de 30 años de actividad se ha plasmado en la elaboración de numerosos informes, opiniones y estudios, así como en la preparación de Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo.

4) El Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó el pasado 1-4-2015 la Recomendación CM/Rec (2015) 5 relativa al tratamiento de datos personales en el **entorno laboral**.

**I 30 Organización Internacional del Trabajo** No ha adoptado Convenios ni Recomendaciones específicamente en esta materia, si bien el Convenio OIT sobre las **Agencias de empleo privadas**, 1997 (núm 181) y la Recomendación que lo complementa (núm 188) también contienen reglas sobre la recolección, archivo y uso de datos personales por agencias privadas de empleo a las cuales se apliquen esas normas de la OIT. Si bien el mismo no posee efectos vinculantes, la OIT ha emitido un repertorio de buenas prácticas en esta materia: «"Protección de los datos personales de los trabajadores. Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT" Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1997» (en adelante, Recomendaciones OIT).

Su finalidad, tal y como expresamente señala, es suministrar orientación acerca de la protección de los datos personales de los trabajadores. El repertorio comprende principios generales acerca de la protección de datos personales y disposiciones específicas sobre almacenamiento, cesión, uso, etc. Asimismo, se presentan orientaciones sobre derechos individuales y colectivos de los trabajadores, y sobre la función de las agencias de colocación o empleo.

**I 35 Grupo de Telecomunicaciones de Berlín** Se creó en 1983, a iniciativa de la autoridad de protección de datos del Land de Berlín, donde tiene su sede. Reúne a autoridades de control, procedentes fundamentalmente de países europeos y de América del Norte, junto con representantes de organizaciones internacionales y expertos. En su seno se ha abordado la problemática derivada del uso de las **nuevas tecnologías** de la información y las telecomunicaciones dentro del lugar de trabajo. En su documento «Informe y Recomendaciones sobre las Telecomunicaciones y la Privacidad en las relaciones laborales», el Grupo analiza los riesgos inherentes al control y vigilancia de los empleados a través de las modernas Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, que suponen en muchas ocasiones una intrusión en su privacidad.

### c. Legislación española

**I 50** La LOPD dota de **nuevas respuestas**, en el fondo y en la forma, a las muchas e importantes cuestiones que plantea esta era de cambio y transformación en que lo digital lo invade todo. La construcción de los derechos fundamentales de la disrupción digital se está enfrentando a retos significativos y globales por lo que la construcción desde la respuesta a casos concretos puede comenzar un lento y progresivo declive. Y ello porque la compleja realidad a la que nos enfrentamos requiere de soluciones imaginativas en lo jurídico y, por paradójico que pueda parecer, volver a las abstractas y generales como las que aporta la regulación legal puede ser una forma innovadora de enfrentarnos a esas disruptivas realidades.

Han sido, sin duda, las novedades incorporadas por la LOPD Tít X en materia de garantías de los derechos digitales en el ámbito de las relaciones laborales en las que se ha puesto más intensamente el foco de atención. El control a través de sistemas de videovigilancia, microfónicos y telefónicos, el rastreo a través de sistemas de geolocalización; los controles biométricos; el seguimiento de los correos electrónicos y de las navegaciones por internet; o, en fin, la enorme pro-

yección que sobre lo laboral comienzan a tener las técnicas del Big Data, conforman una realidad en la que la **vigilancia empresarial** se ha convertido en algo más impersonal, pero no por ello menos invasivo.

La LOPD constituye una disposición dictada en cumplimiento del mandato de la Const art.18.4 de limitar el uso de la informática. Cumple un importante papel en el control del **tráfico de información en la empresa**, ámbito en el que coexisten dos núcleos de intereses bien definidos:

- a) El interés legítimo del **empresario** en utilizar las enormes ventajas que proporciona el tratamiento automatizado de datos para aumentar la eficacia en la gestión del personal;
- b) El acceso y tratamiento de datos personales del **trabajador** que pueden poner en peligro sus derechos fundamentales.

**PRECISIONES** **1)** La LO 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (en adelante, **LORTAD**) revisada en su constitucionalidad por las TCo 290/2000 y 292/2000

**2)** La antecesora de la vigente normativa fue la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD disp.derog.unica).

**Agencia Española de Protección de Datos** La Agencia Española de Protección de Datos es la encargada de supervisar la aplicación de la LOPD y del Reglamento (UE) 2016/679 y, en particular, ejercer las funciones establecidas en el art.57 y las potestades previstas en el art.58 del mismo reglamento, en la ley orgánica y en sus disposiciones de desarrollo (LOPD art.47). **155**

Su régimen jurídico se desarrolla en la LOPD cap.I (art.44 a 56).

Su regulación se completa (con el RD 428/1993, sobre el estatuto de la Agencia de Protección de Datos (AEPD)).

La AEPD es la autoridad de control independiente que vela por el cumplimiento de la normativa sobre protección de datos y garantiza y tutela el derecho fundamental a la protección de datos personales.

La AEPD ha realizado, también, determinadas **publicaciones** informativas de interés, entre las que cabe destacar en nuestra materia la «Guía de la protección de datos en las relaciones laborales».

**Comité Europeo de Protección de Datos** El Comité Europeo de Protección de Datos es el **organismo responsable** de la aplicación del RGPD (RGPD art.3 a 76). Está compuesto por el director de cada autoridad de protección de datos y el supervisor europeo de protección de datos o sus representantes. Este organismo ayudará a garantizar que el RGPD se aplica de forma coherente en toda la UE y trabajará para garantizar la cooperación efectiva entre las Agencias de Protección de Datos. El Comité no solo emitirá directrices sobre la interpretación de los principales conceptos del RGPD, sino que se le pedirá que emita decisiones vinculantes sobre diferencias relativas al tratamiento transfronterizo, garantizando así una aplicación uniforme de las normas de la UE con el fin de evitar que el mismo asunto pueda resolverse de forma distinta en varias jurisdicciones. **157**

**Derecho a la protección de datos en la jurisprudencia constitucional** El Tribunal Constitucional ha señalado que nos encontramos ante un **derecho fundamental** a la protección de datos por el que se garantiza a la persona el **160**

control sobre sus datos, cualesquiera datos personales, y sobre su uso y destino, para evitar el tráfico ilícito de los mismos o lesivo para la dignidad y los derechos de los afectados; de esta forma, el derecho a la protección de datos se configura como una facultad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean usados para fines distintos a aquel que justificó su obtención (TCO 94/1998).

También se ha pronunciado el TCo en distintas ocasiones respecto a los límites que el derecho al tratamiento de datos de carácter personal suponía en el ámbito laboral:

1. En primer lugar, sentó los parámetros para el tratamiento automatizado de datos de los **afiliados a sindicatos** (TCO 11/1998); la sentencia TCo 94/1998 sirvió para establecer los parámetros del derecho a la información de los trabajadores en materia de protección de datos y los límites que supone el deber de que el tratamiento de dichos datos por el empresario se corresponda con la «finalidad» para la que son recabados.
2. También resolvió un recurso de amparo planteado por un trabajador que pretendía la eliminación de aquellos **datos médicos** que hacían referencia a su persona y que estaban contenidos en un fichero sobre incapacidades temporales del que era titular la empresa en la que había prestado servicios (TCO 202/1999).
3. Las sentencias más recientes se han ocupado del contenido y alcance del derecho de información en los casos de instalación de cámaras de **videovigilancia** (TCO 29/2013 y 39/2016).

#### d. Negociación colectiva

- 170** El convenio colectivo posee también un lugar importante en la definición de este derecho. El RGPD incorpora una regulación específica en materia laboral al establecer que «los Estados miembros podrán, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, establecer normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral (...)» (RGPD art.88).

También se remite a la negociación colectiva el RGPD que excepciona de la prohibición de tratamiento de **datos especialmente sensibles**, en aquellos casos en que este 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» (RGPD art.9.2 b).

Además, el RGPD recuerda que: «El Derecho de los Estados miembros o los convenios colectivos, incluidos los “**convenios de empresa**”, pueden establecer normas específicas relativas al tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral, en particular en relación con las condiciones en las que los datos personales en el contexto laboral pueden ser objeto de tratamiento sobre la base del consentimiento del trabajador los fines de la contratación, la ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por convenio colectivo, la gestión, planificación y organización del trabajo, la igualdad y seguridad en el lugar de trabajo, la salud y seguridad

en el trabajo, así como a los fines del ejercicio y disfrute, sea individual o colectivo, de derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la rescisión de la relación laboral» (RGPD considerando 155).

La LOPD art.91 prescribe que «los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral», lo que da entrada a la autonomía colectiva en la determinación del contenido de estos derechos. La ley propone que el contenido de la negociación colectiva se concentre en definir «garantías adicionales» a las que la norma ha previsto en la definición del tratamiento de datos y los derechos digitales en las relaciones de trabajo, recordando implícitamente que no es posible la disponibilidad colectiva de estos derechos fundamentales individuales (Baylos, 2019).

Lo cierto es que la intervención del convenio colectivo en esta materia es problemática. Así lo puso de manifiesto la sentencia TJUE 5-10-04, C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer, que ha interpretado el concepto de consentimiento con arreglo a la Dir 93/104/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del **tiempo de trabajo**. La referida Directiva exige que la duración del tiempo de trabajo no exceda de cuarenta y ocho horas en el transcurso de un período de siete días, no obstante, el trabajador puede dar su consentimiento para efectuar un trabajo de duración superior a cuarenta y ocho horas semanales (Dir 93/104/CE art.18.1.b). El Tribunal declaró que el consentimiento del trabajador debe ser no solamente individual, «sino también expresa y libremente manifestado» y que estos requisitos «no se cumplen, desde el momento en que el contrato de trabajo del interesado se limita a hacer referencia a un convenio colectivo que autoriza sobrepasar la duración máxima del tiempo de trabajo semanal».

180

El TSJ Asturias enjuició la **cesión de datos por la TGSS** sobre cotización de los trabajadores de una empresa a la Fundación Laboral de la Construcción, con la finalidad de que esta pueda formular una liquidación frente a la empresa por las contribuciones que esta le adeuda. La empresa alega que los datos se han comunicado por la TGSS sin el consentimiento de los trabajadores. Pero la sentencia considera que el propio convenio colectivo que establece estas contribuciones empresariales exime del consentimiento bien por la vía de la anterior LO15/1999 art.11.2.a) o bien por el apartado c) del mismo precepto (actual, RGPD art.6). En este caso la excepción, dice la sentencia, se fundamenta en lo dispuesto en el art.37.1 Const, a cuyo tenor «la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios» (TSJ Asturias 6-2-09, EDJ 145955).

190

**Algún convenio colectivo** precisa de forma directa la base para la licitud del tratamiento excluyendo la necesidad del consentimiento. Es el caso del Convenio colectivo de Agencia de Transportes Robles, SA. En el mismo y en relación con las medidas de geolocalización, videovigilancia y medios informáticos, se precisa que «se debe respetar la dignidad y el derecho a la protección de datos y a la vida privada teniendo en cuenta, no obstante, que la legitimación para el tratamiento deriva de la existencia de la relación laboral y por tanto, de acuerdo con la normativa aplicable, no se requiere del consentimiento del trabajador».

**PRECISIONES** 1) Hasta el momento las referencias a la protección de datos en nuestra **negociación colectiva** son escasas y no pasan, a título de ejemplo, de

meras remisiones a la normativa general (Convenio colectivo del sector Ocio Educativo y Animación Sociocultural), referencias específicas a su aplicación en los procesos de selección (Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio), disposiciones en materia de formación (Convenio colectivo general del sector de la construcción), teletrabajo (XXVI Convenio colectivo de la empresa Repsol Butano, SA), o en tipificación de infracciones (Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center). También podemos encontrar supuestos referidos a esta materia en temas relativos al control del absentismo laboral, derechos de información de los representantes de los trabajadores (Convenio colectivo Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A) o en el terreno de las cláusulas de subrogación convencional (I Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center (antes Telemarketing) o el Convenio colectivo de enseñanza y formación no reglada).

2) También a título de ejemplo el Convenio estatal de empresas de seguridad dispone que: «En aplicación de lo previsto en la legislación vigente, el **personal de seguridad privada** tendrá prohibido comunicar a terceros, salvo a las autoridades judiciales y policiales para el ejercicio de sus respectivas funciones, cualquier información que conozcan en el desarrollo de sus servicios y funciones sobre sus clientes o personas relacionadas con éstos, así como sobre los bienes y efectos de cuya seguridad o investigación estuvieran encargados».

### e. Espacios del «soft law»

**205 Códigos de conducta** (LOPD art.38 y 39) Dentro de los mecanismos de autorregulación en materia de protección de datos que han venido a complementar el marco regulatorio existente, adquieren especial relevancia los Códigos de conducta.

El RGPD se ocupa de los mismos en su sección 5.<sup>a</sup> del Capítulo IV. A tales efectos, se establece que los Estados miembros, las autoridades de control, el Comité y la Comisión promoverán la elaboración de códigos de conducta destinados a contribuir a la correcta aplicación del presente Reglamento, teniendo en cuenta las características específicas de los distintos sectores de tratamiento y las necesidades específicas de las microempresas y las pequeñas y medianas empresas. También se han de tener en cuenta tales necesidades en materia de **mecanismos de certificación** en materia de protección de datos (RGPD art.42). La Ley también se ocupa de ellos en la LOPD art.38 y 39. El Comité Europeo de Protección de Datos ha publicado unas **directrices sobre códigos de conducta** (Guidelines 1/2019) ([https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-12019-codes-conduct-and-monitoring-bodies-under-0\\_en](https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-12019-codes-conduct-and-monitoring-bodies-under-0_en)).

**210 Normas corporativas vinculantes** (RGPD art.46 y 47) Son también una garantía adecuada para la transferencia de datos a terceros países cuando no haya decisión de la Comisión sobre la garantía de un nivel de protección adecuado en el lugar de transferencia.

Se definen como tales «las **políticas de protección de datos** personales asumidas por un responsable o encargado del tratamiento establecido en el territorio de un Estado miembro para transferencias o un conjunto de transferencias de datos personales a un responsable o encargado en uno o más países terceros, dentro de un grupo empresarial o una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta» (RGPD art.4.20).