

TRANSCURRIDO POCO MÁS DE UN AÑO DESDE LA ENTRADA EN VIGOR DEL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS (RGPD) Y ALGO MENOS DESDE LA APROBACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 3/2018, DE 5 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES (LOPD), RESULTA OPORTUNO HACER UN REPASO DE LAS PRINCIPALES CUESTIONES QUE SE HAN PLANTEADO EN TORNO A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ÁMBITO LABORAL. NO EN VANO LA RELACIÓN LABORAL, POR SU DURACIÓN Y EL CARÁCTER PERSONALÍSIMO DE LA PRESTACIÓN, CONSTITUYE UNA FUENTE INAGOTABLE DE DATOS PERSONALES, A LO QUE SE UNE LA DIVERSIDAD DE SUJETOS INTERVINIENTES, DESDE LOS REPRESENTANTES SINDICALES HASTA LOS CLIENTES, Y LA EXISTENCIA INCLUSO DE PREVISIONES LEGALES ESPECÍFICAS PARA EL ÁMBITO LABORAL.

CLAVES PRÁCTICAS LABORALES DE LA PROTECCIÓN DE DATOS: GUÍA PRÁCTICA (I)

JAVIER THIBAUT ARANDA,

Consultor DE Abdón Pedrajas y Profesor Titular de Derecho del Trabajo de la Universidad Complutense de Madrid (UCM).
jta@abdonpedrajas.com.

RGPD

CUESTIONES GENERALES

1. ¿QUÉ DATOS PERSONALES DE LOS TRABAJADORES TRATA EL EMPLEADOR?

Conforme al RGPD, cualquier tipo de información sobre una persona identificada o identificable, tanto objetiva –edad, altura, peso, enfermedades- como subjetiva o valorativa –rendimiento laboral, esperanza de vida, solvencia crediticia- son tratados por el empleador. No cabe, por tanto, confundir, datos personales con datos confidenciales, estando entre los primeros el currículum, los datos de contacto profesional, la fotografía que figura en las tarjetas identificativas de los trabajadores, las grabaciones mediante cámaras en el seno del establecimiento empresarial, los resultados de los reconocimientos médicos, los datos que se obtienen a partir de la geolocalización del vehículo de empresa, etc.

2. ¿CUÁNDO PUEDE EL EMPLEADOR TRATAR DATOS PERSONALES DE SUS EMPLEADOS?

En primer lugar, cuando sea necesario para la ejecución del contrato de trabajo o para la aplicación de medidas precontractuales. También cuando sea necesario para el cumplimiento de una obligación legal del empleador, por ejemplo, a efectos de registrar la jornada de trabajo –art. 34.9 ET-, la realización de los reconocimientos médicos –art. 22 LPRL- o la cesión del censo electoral a efectos de las elecciones sindicales –art. 74.2 ET-. Asimismo, cuando sea necesario para satisfacer un interés legítimo del empleador o de un tercero, siempre y cuando no prevalezca el interés o derechos o libertades fundamentales del trabajador. Y fuera de los supuestos anteriores, cuando el trabajador preste su consentimiento expreso. Éste tiene que ser un título de legitimación excepcional en el ámbito laboral, habida cuenta que es parte débil del contrato, además de que en ningún caso podrá supeditarse la celebración del contrato a que el trabajador consienta el tratamiento de datos personales que no guardan relación con el desarrollo de la prestación laboral –art. 6 LOPD-.

3. ¿CÓMO TIENE QUE SER EL CONSENTIMIENTO DEL TRABAJADOR?

Tiene que ser libre, esto es, carente de cualquier vicio en el consentimiento. A este respecto, el TS ha declarado la nulidad de la cláusula tipo incorporada al contrato de trabajo por virtud de la cual el trabajador queda obligado a comunicar su teléfono y correo electrónico particular para cualquier comunicación relativa al contrato. Ello en la consideración de que tales datos no resultan estrictamente necesarios para el desarrollo de la relación laboral, como acredita el hecho de que hasta ese momento no se hubieran solicitado, por lo que es necesario el consentimiento expreso del trabajador y además no puede considerarse por completo libre y voluntario cuando se incorpora como una cláusula tipo en el contrato de trabajo –STS 21/09/2015-. En sentido contrario, el TS (Sentencia 10/04/2019) casa y anula la Sentencia de la Audiencia Nacional (15/06/2017), declarando la validez de la cláusula tipo del contrato firmado por los trabajadores contratados para prestar servicios de telemarketing, ya que que consienten expresamente la cesión de su imagen para la realización de videollamadas como parte de las funciones propias del objeto del contrato celebrado y aunque no sean las habituales. Añade que la cláusula no es abusiva, sino más bien informativa y receptora de un consentimiento expreso que no era preceptivo ya que la imagen se cede en el marco del cumplimiento de un contrato de trabajo (videollamada, no videovigilancia), todo ello al amparo de los arts. 6.1 b) y 9.2 b) RGPD.

4. ¿CÓMO TIENE QUE DAR EL CONSENTIMIENTO EL TRABAJADOR?

Debe prestarse mediante una declaración o acción afirmativa clara –art. 6 LOPD-. Ya no cabe el consentimiento tácito, por lo que no es válido el mero silencio, las casillas ya marcadas o la inacción –32 RGPD-. Puede darse, eso sí, mediante declaración escrita -por ejemplo, marcando una casilla web- o declaración verbal, pero téngase en cuenta que el empleador tiene que estar en disposición de demostrar que el trabajador consintió el tratamiento de sus datos (art. 7 RGPD). El consentimiento tendrá que ser específico, es decir, para una finalidad determinada, explícita y legítima; informado, de modo que el trabajador conozca previamente los elementos básicos del tratamiento; e inequívoco, por lo que no cabe el consentimiento presunto.

5. ¿CÓMO TIENE QUE TRATAR EL EMPLEADOR LOS DATOS PERSONALES DE SUS EMPLEADOS?

Conforme a lo dispuesto en el artículo 5, el empleador tendrá que tratar los datos personales de forma lícita, con lealtad y transparencia. Los datos se recogerán para fines determinados, explícitos y legítimos y sólo podrán solicitarse los que sean imprescindibles para la finalidad declarada. Además, deberán ser exactos y, si fuera necesario, actualizados o completados. No se conservarán más tiempo del estrictamente necesario para la finalidad que justifica el tratamiento y se tendrá que garantizar una seguridad adecuada de ellos, incluida la protección frente a usos no autorizados.



DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

6. ¿PUEDE LA EMPRESA TRATAR DATOS PERSONALES DE LOS TRABAJADORES QUE REVELEN SU ORIGEN ÉTNICO O RACIAL, LA IDEOLOGÍA, LA RELIGIÓN, LA AFILIACIÓN SINDICAL, ASÍ COMO DATOS GENÉTICOS, BIOMÉTRICOS, RELATIVOS A LA SALUD, A LA VIDA SEXUAL O LA ORIENTACIÓN SEXUAL?

Con carácter general la empresa tiene prohibido tratar esos datos dado que se consideran "sensibles". No obstante, sí podrá hacerlo cuando sea necesario para el cumplimiento de obligaciones y derechos específicos del empleador o del trabajador, conforme a una disposición legal o un convenio colectivo –art. 9.2.b) RGPD-; o cuando sea necesario, en el caso de los datos relativos a la salud, para fines de medicina laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico o prestación de asistencia sanitaria y esté amparado por una norma con rango de ley –art. 9.2.h) RGPD y art. 9.2 LOPD-.

7. ¿QUÉ DERECHOS RECONOCE LA LEY AL TRABAJADOR?

El RGPD ha ampliado de manera sensible el catálogo de derechos del empleado respecto de sus datos personales:

- tiene derecho a ser informado sobre el tratamiento de datos,
- a recibir una copia de los mismos,
- a que se corrijan o completen los que son inexactos o están desactualizados,
- a que se supriman cuando hayan dejado de ser necesarios,
- el tratamiento fuera ilícito o el trabajador haya revocado el consentimiento,
- a oponerse al tratamiento en determinados supuestos,
- e incluso a solicitar la portabilidad, esto es, que se transmitan directamente a otro empleador.

El ejercicio de estos derechos es gratuito para el trabajador salvo que, en el caso de la solicitud de información, se considere que es infundada o excesiva.

8. ¿CÓMO TIENE QUE INFORMAR LA EMPRESA A LOS TRABAJADORES?

La información puede suministrarse por capas o niveles: se facilita al trabajador la información básica y se le indica al mismo tiempo la dirección electrónica, sitio web u otro medio que permita acceder a la restante información -art. 11 LOPD-. La información básica debe comprender al menos la identidad del responsable, la finalidad del tratamiento, la posibilidad de ejercer los derechos establecidos en los artículos 15 a 22 del RGPD y la eventualidad de que los datos puedan ser usados para elaborar perfiles y su derecho de oposición. Si la información procede de un tercero, la información básica tendrá que incluir además la categoría de los datos y las fuentes de las que procedan los datos. El principio de transparencia exige, eso sí, que toda información y comunicación al trabajador sea fácilmente accesible y comprensible. Ha de utilizarse un lenguaje sencillo y claro. Y la información tiene que facilitarse por escrito: el propio contrato de trabajo o un anexo al mismo puede ser un medio adecuado para informar al trabajador. No obstante, téngase en cuenta que respecto de determinados tratamientos de datos la ley puede reclamar que se informe también a los representantes de los trabajadores o en unos términos más específicos, como por ejemplo a efectos de la videovigilancia, el control del uso de los dispositivos digitales o la geolocalización en el ámbito laboral –arts. 87, 89 y 90 LOPD-.

9. ¿CABE ELABORAR "LISTAS NEGRAS" DE TRABAJADORES?

No, no existe una habilitación legal específica como, por ejemplo, en el caso de los ficheros de solvencia patrimonial y crédito. Así, al tratarse de ficheros de datos personales creados sin el consentimiento de los afectados, no resultará aplicable ninguna de las bases jurídicas del art. 6 RGPD y la comunicación de datos para conformar tales ficheros será ilícita (tal y como ya declaró en su día el TS en relación con la elaboración de listas de trabajadores conflictivos, sindicalizados o que demandan a la empresa en defensa de sus derechos -STS 12/11/2015-).

CERTIFICADO DE PENALES

10. ¿PUEDE LA EMPRESA SOLICITAR EL CERTIFICADO DE PENALES A UN CANDIDATO A UN EMPLEO?

En principio no. Conforme a lo dispuesto en el art. 73.2 de la Ley General Penitenciaria, los antecedentes penales no podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica. Y el tratamiento de datos personales relativos a condenas o infracciones penales, así como a medidas cautelares o seguridad conexas sólo podrá llevarse a cabo cuando lo autorice una norma del Derecho de la Unión o en una norma de rango legal –art. 10.1 LOPD-.

En consecuencia, tanto la solicitud de los antecedentes penales en el proceso de selección como la exclusión de un candidato a partir de la información obtenida a partir de los mismos constituirán actos discriminatorios del empresario, salvo que la ausencia de antecedentes penales venga impuesta por una disposición legal (como en el caso de jueces, fiscales, fuerzas y cuerpos de Seguridad del Estado, miembros de la Fuerzas Armadas, profesionales de la seguridad privada, auditores, personal directivo de entidades financieras, empleados de bingo y de casino o personal con acceso a zonas restringidas de seguridad en aeropuertos, etc.).

11. ¿CUÁNDO PUEDE SOLICITARSE AL CANDIDATO O TRABAJADOR QUE PRESENTE UN CERTIFICADO NEGATIVO DEL REGISTRO CENTRAL DE DELINCUENTES SEXUALES?

La LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y la Ley 45/2015, de Voluntariado, establecen la obligación de que se aporten certificados negativos del registro central de delinquentes sexuales para todos los profesionales y voluntarios que trabajen habitualmente con menores. Tal previsión sólo resulta aplicable cuando se trate de una profesión que, por su propia naturaleza y esencia, comporte un contacto habitual con menores, siendo éstos los destinatarios principales del servicio. Por ejemplo, profesores, maestros, educadores y asistentes infantiles o monitores de escuelas de verano. No es exigible el certificado en aquellas profesiones que, teniendo un contacto habitual con el público en general, entre los que pueden encontrarse los menores de edad, no estén por su naturaleza exclusivamente destinadas a un público menor de edad, como empresas de transporte de viajeros por carretera o servicio de comedor, salvo que sean, por ejemplo, rutas o comedores escolares -Informe AEPD 0401/2015-.



REGISTRO DE JORNADA, PERMISOS Y ABSENTISMO

12. ¿SE REQUIERE EL CONSENTIMIENTO DEL TRABAJADOR PARA UTILIZAR SU HUELLA DACTILAR A EFECTOS DEL REGISTRO DE JORNADA?

Antes de la aprobación del RGPD, el TS admitió la utilización de la palma de la mano como elemento identificativo a efectos del registro de horario, en la medida en que concurría una finalidad legítima y la toma de una imagen de

la mano constituía una medida adecuada, pertinente y no excesiva (STS 02/07/2007). Ahora, sin embargo, el artículo 9 RGPD incardina el tratamiento de datos biométricos dentro de las categorías especiales de tratamiento de datos, lo que impone un canon reforzado de justificación. Por lo que, como el art. 34.8 ET no exige que dicho registro se realice necesariamente mediante control biométrico, la empresa tendrá que acreditar que no existe un sistema de registro menos invasivo o solicitar el consentimiento del trabajador. Así, dentro de los acuerdos o protocolos que se suscriban en la empresa sobre la llevanza del registro de jornada debería contemplarse el aspecto relativo al tratamiento de datos.

13. ¿SE PUEDEN UTILIZAR LOS DATOS RESULTANTES DEL CONTROL DE ACCESO A LAS INSTALACIONES DE LA EMPRESA PARA REGISTRAR LA JORNADA DE TRABAJO DE LOS EMPLEADOS?

Sí, pero debería informarse previamente al trabajador, pues en principio se trata de una finalidad distinta. Los datos que inicialmente se tratan por razones de seguridad ahora sirven también para verificar el cumplimiento de la jornada laboral.

14. ¿HACE FALTA EL CONSENTIMIENTO DEL TRABAJADOR PARA REGISTRAR LA JORNADA MEDIANTE HOJA DE FIRMAS?

No. Ese tratamiento puede entenderse amparado por la propia previsión legal, en cuanto que el artículo 34.8 ET impone la creación de un registro de jornada y la firma no constituye un dato "sensible". En relación con lo anterior, el TSJ de Madrid ha rechazado la pretensión de un trabajador de que se sustituyeran la hoja de control colectiva -en la que se dejaba constancia de la formación recibida, entrega de comunicados y hora de entrada y salida, además del nombre, apellidos, DNI y firma- por un sistema de control informático o mediante hoja de firma individualizada, para que así los restantes empleados no tuvieran acceso a sus datos. El Tribunal entiende que el sistema de control establecido por la empresa responde al poder de dirección y organización que compete al empresario conforme al artículo 20 ET y que, bien utilizado, no puede reputarse una amenaza para la esfera personal del trabajador -STSJ Madrid 18/2/2008-.

15. ¿HACE FALTA EL CONSENTIMIENTO DEL TRABAJADOR PARA REGISTRAR LOS CONCRETOS MOTIVOS DE LA AUSENCIA O RETRASO?

No. Tanto el art. 20.3 ET, que faculta al empresario para controlar el absentismo o la puntualidad, como el art. 34.8 ET, que impone la obligación de registrar la jornada de trabajo, constituyen una base jurídica suficiente para registrar el motivo de la ausencia o retraso -arts. 5.1.b) y c) RGPD-.

16. ¿PUEDEN FIGURAR EN EL REGISTRO MOTIVOS TALES COMO BAJA POR ENFERMEDAD, REHABILITACIÓN, REUNIÓN SINDICAL O DEL COMITÉ DE EMPRESA?

En principio sí, dado que es necesario para la ejecución del contrato -art. 6.1.b) RGPD-, pues dependiendo del motivo de la ausencia, la falta se reputa justificada o no, a efectos de la extinción del contrato, y, desde otra perspectiva, se computa o no a efectos del registro de jornada. Eso sí, en ningún caso se puede reflejar la concreta dolencia o enfermedad que motiva la ausencia o el retraso ni la afiliación sindical del trabajador.

17. ¿HACE FALTA EL CONSENTIMIENTO DEL TRABAJADOR PARA REGISTRAR EN UN FICHERO LAS AUSENCIAS DEL TRABAJADOR, CON INDICACIÓN DE SI LA AUSENCIA ES JUSTIFICADA O NO?

No. La creación de ese registro viene amparada legalmente por la facultad de control que se reconoce al empleador en el art. 20.3 ET -AEPD E/00489/2008-.

18. ¿LA CESIÓN DE DATOS DE FAMILIARES POR PARTE DEL TRABAJADOR A EFECTOS DE SOLICITAR UN PERMISO O LICENCIA CONSTITUYE UNA INFRACCIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS?

No. Según ha declarado la AEPD, la cesión de datos de terceros relativos a nacimiento, hospitalización o fallecimiento resulta necesaria para la ejecución del contrato o la realización de un derecho del trabajador, por lo que tiene base jurídica suficiente conforme a lo dispuesto en los artículos 6.1.b) y 9.2.b) del RGPD.

PROCESOS DE SELECCIÓN Y EVALUACIÓN

19. ¿TIENE LA EMPRESA QUE SOLICITAR EL CONSENTIMIENTO DEL ASPIRANTE A UN EMPLEO PARA TRATAR SUS DATOS PERSONALES DURANTE EL PROCESO DE SELECCIÓN?

No. En principio no es necesario, dado que se trata de una medida precontractual -art. 6.1.b) RGPD-. Eso sí, la empresa tiene que informar en todo caso al aspirante al puesto de trabajo sobre los términos en que van a tratar esos datos, en concreto, conforme a lo dispuesto en los arts. 12, 13 y 14 del RGPD.

En este sentido, si la empresa solicita el envío de un CV tendrá que informar sobre el uso que se va a hacer del mismo. Una fórmula adecuada sería disponer de un modelo normalizado de CV que incluyera la correspondiente cláusula informativa. Si el CV se presenta directamente por el candidato sin que se le haya solicitado, la empresa tendrá igualmente que informarle. Conforme a la Guía de Protección de Datos en las RRLL de la AEPD:

- Si el currículum se remitió por correo postal o electrónico y se cuenta con una dirección facilitada por el propio interesado puede remitírsele información por ese medio, solicitando confirmación de la recepción y condicionando el tratamiento de los datos al acuse de recibo.
- Si se presentó en un mostrador u oficina de atención debería ser informado allí mismo por cualquier medio que acredite el cumplimiento de este deber, tales como carteles, documentos de acuse de recibo y en general cualquier medio que garantice y permita probar el cumplimiento del deber de información.

20. ¿TIENE EL EMPLEADOR OBLIGACIÓN DE INFORMAR AL CANDIDATO CUANDO EL CURRÍCULO PROCEDE DE UNA AGENCIA DE COLOCACIÓN O UN PORTAL DE EMPLEO?

Sí, en el caso de que la empresa incorpore ese CV a su base de datos, tendrá que informar al candidato dentro del mes siguiente, salvo que ya se le hubiera informado con anterioridad art. 14.4.a) RGPD).

21. ¿PUEDE EL EMPLEADOR CONSERVAR EL CURRÍCULO PARA POSTERIORES PROCESOS DE SELECCIÓN?

No, salvo que el candidato preste su consentimiento. En principio, los datos del aspirante tienen que suprimirse desde el momento en que se le descarta o en todo caso cuando finaliza el proceso de selección. Si la empresa desea conservar el CV para incluirlo en una bolsa de empleo o contratación tendría que solicitar el consentimiento del candidato.

22. ¿PUEDE LA EMPRESA REMITIR EL CURRÍCULO DE UN CANDIDATO O UN EMPLEADO A OTRA EMPRESAD DEL GRUPO?

No, salvo que el candidato o el trabajador presten su consentimiento. Se trata de una cesión de datos personales a un tercero, por lo que exige el consentimiento del interesado, además de que la empresa receptora tendrá que actuar conforme a los principios que rigen el tratamiento ex art. 5 RGPD.

23. ¿PUEDE LA EMPRESA SOLICITAR REFERENCIAS SOBRE EL TRABAJADOR A SUS ANTERIORES EMPLEADORES?

Según la AEPD, sólo cabría admitir la petición de referencias al anterior empleador cuando:

- Concurra una finalidad legítima, como por ejemplo contrastar los datos que figuran el currículum de un candidato.
- Se cuente con el consentimiento del afectado.

24. ¿PUEDEN REALIZARSE PRUEBAS PSICOLÓGICAS DURANTE DEL PROCESO DE SELECCIÓN?

El TC ha admitido la realización de tales evaluaciones únicamente cuando resultara absolutamente imprescindible para el desempeño del puesto de trabajo (ATC 272/1998). Y en términos igualmente restrictivos, conforme a la normativa de protección de datos, sólo cabe la realización de test psicológicos, de conducta o personalidad mediante técnicas psicométricas si hay una habilitación legal específica, dado que se trata de un dato relativo a la salud (art. 9.2 LOPD). Precisamente por ello, según la AEPD debería realizarse por profesional especializado y sujeto al deber de secreto médico, pudiendo comunicarse al empleador sólo la condición de "apto" o "no apto" -Informe AEPD 2006/2003-.

25. ¿PUEDE EL EMPLEADOR ACCEDER A LAS REDES SOCIALES DEL TRABAJADOR?

Conforme a la doctrina de nuestros tribunales, el empresario puede tratar datos de las redes sociales del candidato al empleo o de un trabajador cuando exista un fin legítimo que justifique tal actuación y además la información tenga carácter o esté publicada en abierto. A sensu contrario, se reputa que carece de legitimidad cuando el trabajador ha restringido el acceso a la misma. En este sentido, véase la STSJ de Galicia de 25 de abril de 2013, donde se enjuicia el despido disciplinario de un arquitecto por la realización de actividades consideradas como competencia desleal, mediante la aportación del material probatorio obtenido de su página de Facebook, donde figuraban proyectos de vivienda con una clara identidad de imagen, formas y acabados con las que habitualmente proyectaba el estudio de arquitectura para el que trabajaba. También la STSJ de Asturias de 14 de junio de 2013 confirma el despido de una trabajadora a partir de unas fotografías obtenidas de su página de Facebook en las que se aprecia que realiza actividades lúdicas que evidencian su aptitud para trabajar mientras se encuentra de baja médica por enfermedad.

26. ¿CABE EL CONTROL O MONITORIZACIÓN DE LAS LLAMADAS DE LOS TRABAJADORES?

Únicamente cuando concurra un fin legítimo – control de calidad, motivos de seguridad, etc.-, no exista otro medio menos "invasivo", como por ejemplo en el sector del *contact center* y se haya informado previamente al trabajador -STS 05/12/2003-. En tales circunstancias no es necesario el consentimiento del trabajador, pero sí habrá que informarle del tratamiento de los datos resultantes en los términos previstos en el artículo 13 del RGPD.

27. ¿CABEN CONTROLES DE CALIDAD POR PARTE DE PERSONAL ESPECIALIZADO O MISTERY-SHOPPING?

Según la AEPD sí, siempre que se informe previamente a los afectados de la posibilidad de establecer tal sistema de control -Informe AEPD 2012/0168-. Téngase en cuenta, no obstante, que en la medida que se realicen videograbaciones, el artículo 89 de la LOPD exige que se informe con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, acerca de la videovigilancia, a los empleados.

28. ¿PUEDEN PUBLICARSE EN LA INTRANET DE LA EMPRESA LOS RESULTADOS DE LOS PROCESOS DE EVALUACIÓN?

Según la AEPD, la publicación en el tablón de anuncios de los resultados de las pruebas de conocimientos y rendimiento de los trabajadores con nombres y apellidos vulnera el principio de proporcionalidad porque no hay una finalidad que justifique que esa valoración de la capacidad de cada trabajador sea accesible a terceros (otros trabajadores, visitas, personal de otras empresas) -AEPD PS/001118/2009. Por lo tanto, los resultados tendrán que comunicarse exclusivamente al interesado y si se procede a la publicación tiene que hacerse de modo que un tercero no pueda conocer la identidad del trabajador.