

## Comunicaciones de la empresa vía sms o e-mail a los dispositivos privados del trabajador

**Lourdes López Cumbre**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria*

*Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo*

---

### 1. Cláusulas consensuadas sobre comunicación relativa al contrato de trabajo vía sms o e-mail a los dispositivos privados del trabajador

1. La repercusión pública de un nuevo pronunciamiento de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (Sentencia de 21 de Septiembre de 2015, Ar. 239514) obliga a precisar algunos aspectos de la misma. Se resuelve en ella el conflicto colectivo planteado por el sindicato Comisiones Obreras sobre la nulidad de las cláusulas establecidas en el contrato de trabajo por la empresa Unisono, Soluciones de Negocios, SA. Se trata de una empresa que opera en el sector de los *contact center* y por tanto se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de *contact center* (antes telemarketing, Resolución de 12 de Julio de 2012, BOE, 27).

La empresa demandada viene incorporando una cláusula en los contratos de trabajo nuevos con la siguiente inscripción: "Ambas partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa a este contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, podrá ser enviada al trabajador vía sms o vía correo electrónico, mediante mensaje de texto o documento adjunto al mismo, según los datos facilitados por el trabajador a efectos de contacto. Cualquier cambio o incidencia

con respecto a los mismos, deberá ser comunicada a la empresa de forma fehaciente y a la mayor brevedad posible".

2. Los demandantes presentaron denuncia previa a la Inspección de Trabajo que, tras las correspondientes actuaciones, redactó un acta de advertencia en el libro de visitas de la empresa considerando que dicha cláusula, incluida en los contratos de trabajo, no exime a la empresa "del cumplimiento de los requisitos formales exigidos por la normativa legal vigente en materia de extinción del contrato de trabajo, modificación de condiciones de trabajo, etc.". Califica la cláusula de abusiva, entendiéndose que, tanto su calificación como sus consecuencias, corresponden ser declaradas por los órganos judiciales y no por los administrativos.

Tras dicha advertencia, la empresa modificó la cláusula e incorporó otra con el siguiente tenor literal: "Ambas partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa a este contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, podrá ser enviada al trabajador vía sms o vía correo electrónico, mediante mensaje de texto o documento adjunto al mismo, sin menoscabo del cumplimiento por parte de la empresa de los requisitos formales exigidos por la normativa laboral vigente y según los datos facilitados por el trabajador

a efectos de contacto. Cualquier cambio o incidencia con respecto a los mismos deberá ser comunicada a la empresa de forma fehaciente y a la mayor brevedad posible". Pero, con posterioridad, la empresa optó por reformar dicho contenido y lo sustituyó por este otro: "Ambas partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa a este contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, podrá ser enviada al trabajador vía sms o vía correo electrónico, mediante mensaje de texto o documento adjunto al mismo, según los datos facilitados por el trabajador a efectos de contacto. Cualquier cambio o incidencia con respecto a los mismos, deberá ser comunicada a la empresa de forma fehaciente e inmediata".

## 2. Protección de datos y derechos fundamentales en el contrato de trabajo

1. La empresa basa su defensa en la falta de vulneración del artículo 6 de la Ley Orgánica de Protección de Datos (LO 15/99, 13 de Diciembre, BOE, 14, en adelante, LOPD) pues, si bien, en su primer apartado, el precepto subordina el tratamiento de datos de carácter personal al inequívoco consentimiento del afectado, en el segundo se exime de dicha regla a "los datos de carácter personal que surgen en el ámbito de una relación laboral y son necesarios para el mantenimiento o cumplimiento de ésta". No en vano, el artículo 2.2. del reglamento de desarrollo de la norma (RD 1720/07, 21 de Diciembre, BOE, 19 de enero de 2008) (en adelante el "Reglamento") excluye de esta protección, en el ámbito de las relaciones laborales, a la "dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales". Por lo demás, el artículo 4 de la LOPD consagra la necesidad de que el uso de los datos de carácter personal sea adecuado, pertinente y no excesivo en relación con las finalidades para las que se hubieran obtenido. Y, en última instancia, el artículo 7.2 del Código Civil delimita los contornos de la figura jurídica del abuso de derecho.

También el Tribunal Supremo entiende que la LOPD contiene dos disposiciones

que son aplicables. El artículo 3.a) en el que se dispone que se entenderá por dato de carácter personal "cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables" y el artículo 6 en el que se requiere el consentimiento para el tratamiento de los datos salvo cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento. Por su parte, el Reglamento dispone que no resultará de aplicación a los tratamientos de datos referidos a personas jurídicas, ni a los ficheros que se limiten a incorporar los datos de las personas físicas que presten sus servicios en aquéllas, consistentes únicamente en su nombre y apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales.

2. Recupera el Tribunal Supremo la jurisprudencia constitucional (SSTC 96/2012, 217/2013 y 151/2014, entre otras) para la resolución de este supuesto entendiendo que el derecho a la protección de datos no es ilimitado y, aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los poderes públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución. Por lo demás, la celebración de un contrato de trabajo no implica la privación -para el trabajador- de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, así como tampoco la libertad de empresa - art. 38 CE - justifica que los empleados hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales, porque el ejercicio de las facultades organizativas del empresario no puede traducirse en la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador, de forma que estos derechos fundamentales son prevalentes y constituyen un límite infranqueable no sólo a las facultades

sancionadoras del empresario, sino también a sus facultades de organización y de gestión, tanto causales como discrecionales (SSTC 196/2004, 125/2007 y 56/2008, entre otras).

En este sentido, y dada la posición preeminente de los derechos y libertades constitucionales en el ordenamiento jurídico, la modulación que el contrato de trabajo pueda producir en su ejercicio habrá de ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin (SSTC 98/2000, 80/2001, 20/2002, 213/2002 y 126/2003, entre otras). Por lo tanto -concluye el recorrido que el Tribunal Supremo efectúa por la jurisprudencia constitucional- si bien por una parte los derechos fundamentales del trabajador deben adaptarse a los requerimientos de la organización productiva en que se integra, por otra, también las facultades empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador (STC 88/1985). Y, así, finalmente, se considera que si bien la efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales debe ser compatible con el cuadro de límites recíprocos que pueden surgir entre aquéllos y las facultades empresariales, estas últimas merecen asimismo protección al tratarse de la expresión de los derechos constitucionales reconocidos en los artículos 33 y 38 de la Constitución (SSTC 151/2004 y 56/2008).

### **3. La calificación como abusiva de la cláusula contractual**

3.1. La empresa defiende la legalidad de la cláusula con cuatro argumentos, básicamente. El primero, que el supuesto se halla exento del consentimiento del trabajador por cuanto los datos a los que se refiere la cláusula en cuestión presentan la nota de ser absolutamente indispensables para que el contrato de trabajo pueda desplegar sus efectos, por lo que estaría incurso en la excepción prevista en el artículo 6.2 LOPD (en tanto

necesarios para el mantenimiento o cumplimiento del contrato) y se fundan en la previsión, también excusatoria, del artículo 2.2. del Reglamento (dirección electrónica, teléfono, etc.). El segundo, que amén de dicha innecesariedad, la propia literalidad de la cláusula pone de manifiesto el expreso consentimiento del trabajador, al evidenciarse que ambas partes convienen expresamente, por lo que su formalización responde a la libre voluntad de las mismas. En tercer término, que los datos a que el contrato se refiere -correo electrónico y teléfono-, son exceptuados de la norma reglamentaria pues tanto el número de teléfono móvil como la dirección de correo electrónico personal se erigen en datos absolutamente comunes en el tráfico ordinario de las cosas, son necesarios en una dinámica de relaciones laborales normales y, por ello, no se corresponden ni tienen relación alguna con datos o con información que entronque directamente con la esfera más íntima de la persona. Y, en fin, porque la empresa ha limitado el uso de tales datos a poner en conocimiento de los trabajadores las cifras correspondientes a anticipos y liquidaciones.

3.2. Bien al contrario, el Tribunal Supremo considera en su pronunciamiento que los datos cuya incorporación al contrato se cuestionan (teléfono móvil/correo electrónico) en manera alguna están exentos del consentimiento del trabajador. No lo están en la excepción general del art. 6.2 LOPD, porque en absoluto son necesarios para el mantenimiento o cumplimiento del contrato de trabajo, como el precepto requiere, y mucho menos como "imprescindibles" a tal efecto, como el recurso llega a afirmar, pues "si la cualidad de "necesario" se predica -conforme al DRAE- de aquello que "es menester indispensablemente, o hace falta para un fin", el hecho de que la relación laboral pueda desenvolverse -lo ha venido haciendo hasta las recientes fechas en que tales avances tecnológicos eran inexistentes- sin tales instrumentos, evidencia que no puedan considerarse incluidos en aquella salvedad general" (FJ 3). Pero tampoco pueden incluirse en la previsión específica

que al efecto lleva a cabo el art. 2.2 del Reglamento en tanto la misma se refiere exclusivamente al teléfono y dirección electrónica “profesionales”, esto es, aquellos destinados específicamente a la actividad profesional del trabajador y que - parece obvio- han de ser los proporcionados por la empresa para el desarrollo de la actividad laboral del empleado, no así el teléfono o el correo electrónico particular del que dispone el trabajador.

Tampoco cabe aceptar que a nadie se le impone ni la adquisición de los instrumentos para proporcionar los datos en cuestión (teléfono móvil; ordenador personal) ni la obligada aportación de los datos (número de teléfono y cuenta de correo); y que el clausulado evidencia la voluntariedad de su aportación. No se niega que voluntariamente puedan ponerse aquellos datos a disposición de la empresa, pues ello es algo incuestionable; es más, incluso pudiera resultar deseable, dado los actuales tiempos de progresiva pujanza telemática en todos los ámbitos. A lo que se opone expresamente el Tribunal es a que “en el contrato de trabajo se haga constar -como específica cláusula/tipo- que el trabajador presta su “voluntario” consentimiento a aportar los referidos datos personales y a que la empresa los utilice en los términos que el contrato relata, siendo así que el trabajador es la parte más débil del contrato y ha de excluirse la posibilidad de que esa debilidad contractual pueda viciar su consentimiento a una previsión comercial referida a un derecho fundamental, y que dadas las circunstancias -se trata del momento de acceso a un bien escaso como es el empleo- bien puede entenderse que el consentimiento sobre tal extremo no es por completo libre y voluntario” (FJ 3). La ausencia de la menor garantía en orden al consentimiento que requiere el art. 6.1 LOPD, determina precisamente que la sentencia recurrida -y ahora este pronunciamiento en casación- consideren que tal cláusula es nula por atentar contra un derecho fundamental, y que debe excluirse de los contratos de trabajo.

Por todo ello, el Tribunal procede a rechazar dos argumentos utilizados en el

recurso, a mayor abundamiento. Que los datos corresponden a la vida ordinaria - que no íntima- y que la utilización de los mismos por la empresa se ha limitado a una concreta cuestión laboral (anticipos). La contestación -sucinta- a tales planteamientos viene dada por la normativa y doctrina constitucional indicadas. El ámbito de la protección va más allá de la intimidad que protegen el art. 18.1 CE y la LOPD, alcanzando la expresión “datos de carácter personal” a “cualquier información concerniente a personas físicas” [art. 3.a) LOPD ]. Por lo demás, lo que el derecho fundamental protege no solamente es la utilización -indebida- de los datos, sino su propia adquisición, como prueba la exigencia de expreso consentimiento (art. 6.1 LOPD) y como refiere -con meridiana claridad- la doctrina constitucional, al referirse al “poder de disposición y control sobre los datos personales” que “se concreta jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles”. Nos encontramos, pues, “ante unos datos de carácter personal, cuyo conocimiento, uso y destino tiene que quedar bajo el control de su titular; y la incorporación al contrato de una cláusula como la cuestionada supone una conducta abusiva y no puede entenderse que el trabajador haya prestado su consentimiento de una manera libre y voluntaria” (FJ 3).

#### 4. Decisión idónea, justificación errónea

- 4.1. Hace tiempo que la propia Agencia Española de Protección de Datos ( la “Agencia”) ofrece una interpretación para la mejor aplicación de la LOPD en diferentes ámbitos. Uno de ellos, el laboral. En virtud de la misma, la Agencia entiende que la citada ley no se aplica a los datos de las “personas de contacto”. Y, así, el Reglamento de desarrollo de la norma no será de aplicación al tratamiento de los datos referidos a personas jurídicas ni a los ficheros que se limiten a incorporar los datos de las personas físicas que presten sus servicios para aquéllas, consistentes únicamente en su nombre y apellidos, las funciones

o puestos desempeñados así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales, de acuerdo con su artículo 2.2.

Pero esa exclusión, se advierte, no admite más que una aplicación restrictiva. Atendiendo a la misma, los datos excluidos deberán limitarse a los meramente necesarios para identificar al sujeto en la persona jurídica a la que presta sus servicios. Cualquier tratamiento que contenga datos adicionales a los mencionados se entenderá plenamente sometido a la LOPD. De ahí que “no se encontrarían excluidos de la ley los ficheros en los que, por ejemplo, se incluyera el dato del documento nacional de identidad del sujeto, al no ser el mismo necesario para el mantenimiento del contacto empresarial. Igualmente, por razones obvias, nunca podrá considerarse que se encuentran excluidos de la LO 15/1999 los ficheros del empresario respecto de su propio personal en que la finalidad no sea la del mero contacto sino el ejercicio de potestades de organización y dirección que a aquél atribuyen las leyes” (Informe de la Agencia 78/2008). El dato personal es, pues, un dato de identidad y nada más.

- 4.2. La presunción del vicio en el consentimiento como consecuencia de la debilidad contractual del trabajador y del momento coyuntural de empleo en que se produce la prestación voluntaria del mismo merecen una consideración más crítica. Y no porque, efectivamente, el trabajador pueda verse obligado a firmar cláusulas contractuales con las que no esté parcial o totalmente de acuerdo, sino porque tanto el elemento endógeno (la debilidad contractual) como el exógeno (la dificultad en el empleo) no predeterminan, salvo prueba en contrario, vicio alguno pues, de ser así, toda prestación de consentimiento en el contrato

de trabajo debería presumirse “viciada”. No cabe apreciar en el supuesto que se analiza error (equivocación sobre el objeto), tampoco dolo (propósito de engaño) y no se produce con violencia (fuerza irresistible). Tan sólo cabría aludir a una intimidación (sufrimiento actual o temor a sufrimiento futuro), bien que de forma implícita. Pero lo cierto es que, en toda relación en la que existen dos partes con posición contractual desigual, podría considerarse que se produce cierta intimidación o presión con riesgo de nulidad contractual, ex artículo 1265 del Código Civil. La mera prestación del consentimiento para contratar y para trabajar podrían estimarse “no libres” en el sentido de la norma civil. Muchos trabajadores reconocen que no trabajan por voluntad sino por necesidad. Y, pese a ese reconocimiento, el contrato no se anula por considerarlo viciado.

Las nuevas tecnologías constituyen un instrumento al servicio de la persona, también para la empresa en su relación con los trabajadores. Facilitar un teléfono móvil o el correo electrónico y aceptar que se trate de una forma de comunicación entre ambos resulta acorde con la evolución social. De hecho, comienza a ser ésta la forma de transmisión de datos y notificaciones en el ámbito fiscal, educativo, judicial, etc. Pero requiere garantías. La primera, que se facilite de forma voluntaria y no obligatoria, lo que en el caso de autos hubiera supuesto que sólo aquellos trabajadores interesados hubieran optado por esta forma de comunicación, sin imposición de una cláusula de general aceptación por los trabajadores. La segunda, que se garantice la recepción de la comunicación de forma fidedigna por el destinatario puesto que los efectos de la comunicación laboral (bilateral y recepticia, en la mayor parte de los casos) exigen notificación.