

EL REAL DECRETO-LEY 28/2020 SOBRE EL TRABAJO A DISTANCIA: ¿UN MARCO NORMATIVO QUE SATISFACE EL EJERCICIO DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES A DISTANCIA?*

FERNANDO FITA ORTEGA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universitat de València

EXTRACTO

Palabras clave: Trabajo a distancia, representación de los trabajadores, pandemia, derechos colectivos.

Es un hecho reiteradamente denunciado que la normativa laboral necesita de una revisión que la contextualice al actual entorno productivo. Revisión que resulta más necesaria, si cabe, por lo que se refiere a la regulación de las estructuras de representación de los trabajadores en la empresa. La normativa surgida a raíz de la situación de pandemia provocada por la Covid-19 ha significado un avance en esta labor de actualización, tal y como ha sucedido con la nueva regulación del trabajo a distancia con el Real Decreto-ley 28/2020. Sin embargo, es difícilmente compartible la afirmación de que esta norma constituya un marco normativo que satisfaga el ejercicio de los derechos de representación de los trabajadores a distancia, aspecto sobre el que muy poco se ha avanzado respecto a los criterios que, fundamentalmente la doctrina judicial, venía sosteniendo. El presente texto se centra en analizar esos cambios y detectar sus carencias.

ABSTRACT

Keywords: Telework, workers' representatives, pandemic, collective rights.

Different authors have insisted on the necessity of updating the rules applicable to the employment relationships and contextualizing it to the current productive environment. This commitment is even more relevant in the case of the legislation on workers' representatives. The rules appeared in the emergency context of the pandemic Covid-19 have made progress in this field, and the Royal Decree-law 28/2020 about telework is an example of that. However, it is difficult to consider this new legislation as the legal framework that fulfils the requirements of teleworkers about their representation needs. In this field, no much progress can be observed in relation to the criteria settled by Labour Courts. This paper focuses on analyzing these changes and identifying their shortcomings.

* Este trabajo fue presentado como comunicación en el marco del Congreso Internacional on-line “*Derechos Fundamentales, trabajo subordinado y digitalización*” celebrado en formato cíclico durante los meses de octubre y noviembre de 2020 y organizado por el Sub-Proyecto de Investigación “*Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital*” (DER2017-83488-C4-3-R), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, la Agencia Estatal de Investigación y FEDER, así como, en lo relativo al Congreso, por la Conselleria de Innovació, Universitats, Ciència y Societat Digital de la Generalitat Valenciana. Asimismo, el trabajo se inscribe en las actividades y resultados del Sub-Proyecto DER2017-83488-C4-3-R “*Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital*” financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, la Agencia Estatal de Investigación y FEDER.

ÍNDICE

1. CONSIDERACIONES INICIALES: EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA
2. OBSOLESCENCIA DE LA NORMATIVA SOBRE REPRESENTACIÓN UNITARIA EN EL ÁMBITO DEL TRABAJO A DISTANCIA Y LA OPORTUNIDAD DERIVADA DE LA NORMATIVA DE EMERGENCIA COMO CONSECUENCIA DE LA PANDEMIA DE LA COVID-19
3. LA INCIDENCIA DE LA PANDEMIA EN LA REGULACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES A DISTANCIA EN LA EMPRESA
 - 3.1. La representación de los trabajadores a distancia en la empresa antes de la COVID-19
 - 3.2. La representación de los trabajadores a distancia en la empresa tras la COVID-19
4. CONCLUSIONES

1. CONSIDERACIONES INICIALES: EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

La participación de los trabajadores en la toma de decisiones adoptadas por terceros es un mecanismo de democracia industrial cuyo objetivo no es otro que el de favorecer la legitimación de las decisiones o reglas que van a regir las relaciones dirigidas a solventar los conflictos de intereses entre capital y trabajo, fomentando de este modo la paz social. Así sucede, en el ámbito de la elaboración normativa, con los procesos de concertación social, a través de los cuales se busca la implicación de los interlocutores sociales en la creación normativa y en la aceptación de las reglas adoptadas, para lo cual resulta imprescindible el establecimiento de procedimientos de información y consulta mediante los que llevar a cabo dicha participación¹.

En el ámbito de las relaciones en el ámbito de las empresas, la pacificación de los conflictos de intereses surgidos entre empresario y trabajadores, así como la consecuente legitimación de las decisiones adoptadas, se alcanza tanto por vía de la negociación colectiva, como mediante el recurso a otras fórmulas de participación de los trabajadores en la adopción de decisiones empresariales². En ambos casos (concertación social y participación en la empresa) nos encontramos

¹ En este sentido, el art. 154 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea contempla, como uno de los cometidos de la Comisión, el de fomentar la consulta a los interlocutores sociales a nivel de la Unión y adoptar todas las disposiciones necesarias para facilitar su diálogo, velando por que ambas partes reciban un apoyo equilibrado. Para ello, este mismo precepto dispone, en su apartado segundo, que, antes de presentar propuestas en el ámbito de la política social, la Comisión consultará a los interlocutores sociales sobre la posible orientación de una acción de la Unión.

² Modelo de poder empresarial delegable y participado que nos aproxima a las ideas de democracia industrial y ciudadanía en la empresa (Palomeque López, M.C., “La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)”, en AA.VV. *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas forma institucionales. XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Salamanca. 2006, pp. 26 y 27

ante instrumentos de reparto del poder entre los sujetos involucrados, un reparto que se canaliza a través de fórmulas de participación representativa y no directa.

La eficacia de este mecanismo de gestión del conflicto de intereses depende, por tanto, de la existencia de unas estructuras de representación consolidadas y fortalecidas por medio de las cuales desplegar el derecho a la participación. Robustecer las estructuras de representación será resultado de las garantías normativas que se establezcan para su consecución, las cuales obedecen a las lógicas de ideología política imperantes en cada momento y que inciden en tales garantías tanto por acción³, como por omisión, como consecuencia de la falta de respuesta del legislador al cambiante contexto en el que la norma debe ser aplicada.

La apuesta por favorecer la participación de los trabajadores en la adopción de decisiones en el ámbito de la empresa constituyó una constante preocupación por el legislador comunitario desde la adopción del primer Programa de Acción Social en 1974, recogiénose en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, como derecho fundamental de los trabajadores, la información, la consulta y la participación de los trabajadores. En todo caso, no se consiguió avanzar en esta dirección hasta que el Tratado de Ámsterdam no integró el Acuerdo sobre la política social en 1997, proporcionando una base jurídica apropiada para la llevar a cabo iniciativas legislativas⁴. Normativa que, por otra parte, sirvió de base para condenar al Reino Unido por no observar las obligaciones de consulta en casos de transmisión de empresa (STJ de 8 de junio de 1994, asunto C-382/92) o despido colectivo (STJ de 8 de junio de 1994, asunto C-383/92) al, entre otros motivos, no prever la designación de representantes

³ De este modo, desde perspectivas neoliberales que reconocen en la libertad de empresa un “suprafundamental” (Falguera Baró, M.A., *La externalización y sus límites*. Bomarzo, 2015, p. 97), con un poder limitador de los derechos fundamentales muy superior hasta el no hace mucho reconocido, se puede constatar un ataque a la organización colectiva de los trabajadores, minando su poder representativo -mediante la creación de figuras alternativas a las existentes- así como sus instrumentos de acción -negociación y conflicto-.

⁴ Entre las que puede destacarse: Directiva 2002/14/CE por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea; Directiva 94/45/CE (modificada por la Directiva 2009/38/CE) sobre la constitución de comités de empresa europeos; Directivas relativas a los derechos de información y/o consulta en la adopción de determinadas decisiones, tales como despidos colectivos (Directiva 75/129/CEE relativa a los despidos colectivos, modificada por las Directivas 92/56/CEE y 98/59/CE), derechos de los trabajadores en casos de transmisión de empresas (Directiva 2001/23/CE (consolidación de las Directivas 77/187/CEE y 98/50/CE del Consejo), Directiva 2001/86/CE por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores; Directiva 2003/72/CE por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores; Directiva 2004/25/CE relativa a las ofertas públicas de adquisición; Directiva 2011/35/UE relativa a las fusiones de las sociedades anónimas.

cuando el empresario se negase a reconocer voluntariamente a la representación de los trabajadores⁵.

En el caso español, la referencia que el artículo 129 de la Constitución efectúa respecto de los derechos de participación de los trabajadores⁶ se traduce en una configuración legal de los derechos de participación de los trabajadores que se contiene, con carácter general, en los artículos 4 y 61 del Estatuto de los Trabajadores, reconociéndose en el primero de ellos el derecho básico de los trabajadores a la información, consulta y participación en la empresa, y, en el segundo, al derecho de los trabajadores a participar en la empresa a través de los órganos de representación regulados en el propio Estatuto, sin perjuicio de otras formas de participación.

La presencia de estructuras de representación de los trabajadores en la empresa se erige, pues, como elemento indispensable para que éstos den efectividad a su derecho a la participación en la empresa, teniendo en cuenta que son las representaciones de los trabajadores de base electiva las que, con independencia de la extensión de estos derechos a la representación sindical, vertebran semejante derecho.

⁵ Tradicionalmente, en el Reino Unido ha habido una escasa participación del Estado en la regulación de las funciones atribuidas a la representación de los trabajadores en las empresas, siendo que el sistema se ha caracterizado por su carácter voluntario. De este modo, el modelo de representación de los intereses de los trabajadores en las empresas se desarrollaba en torno a dos ejes: la ausencia de una disposición legal que regulase la representación de los trabajadores en las empresas, la cual se venía configurando como una práctica social, y la monopolización de la representación de los trabajadores por parte del sindicato reconocido. Como consecuencia, si el empresario no reconocía voluntariamente a su interlocutor social, los trabajadores se quedaban sin representantes. Sobre el particular, véase Fita Ortega, F., “Reino Unido”, en AA.VV. (dir. Sala Franco y Goerlich Peset) *Negociación y conflicto en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013, pp. 813 y ss., y Kilpatrick, C., “La representación de los trabajadores en la empresa en la legislación del Reino Unido a la luz de sus diversas funciones” en AA.VV. *El sistema de negociación colectiva en la Europa comunitaria*. Tirant Lo Blanch. 2008, pp. 451 y ss.

⁶ El apartado segundo de este artículo dispone: *Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción.*

2. OBSOLESCENCIA DE LA NORMATIVA SOBRE REPRESENTACIÓN UNITARIA EN EL ÁMBITO DEL TRABAJO A DISTANCIA Y LA OPORTUNIDAD DERIVADA DE LA NORMATIVA DE EMERGENCIA COMO CONSECUENCIA DE LA PANDEMIA DE LA COVID-19

La normativa laboral, surgida de la contestación social a la situación de explotación laboral en la industria a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, sigue manteniendo, en buena medida, una visión de las relaciones laborales anclada en aquella realidad. Este es un escenario constatable a pesar de las innumerables reformas que han sufrido los textos normativos laborales con objeto de aproximar la ley al mutable contexto político, social y económico en el que ha tenido que aplicarse. Así, si bien es cierto que la norma laboral española se ha amoldado con relativa rapidez a los variables contextos políticos (incorporando, por ejemplo, las reformas necesarias para adaptar, con mejor o peor fortuna, el texto del Estatuto de los Trabajadores a las exigencias normativas de la Unión Europea) y económicos (dotando de adaptabilidad a la norma laboral en nombre de la flexibilidad primero, y de la llamada “flexiguridad” después, con objeto, según se nos dice, de proteger la eficiencia productiva de las empresas en un contexto de mundialización económica), no ha sucedido lo mismo con los cambios productivos que han incidido en la realidad sobre la que descansan los intereses a regular en el seno de las relaciones de trabajo.

De este modo, la normativa laboral se sigue construyendo en torno a una imagen de relaciones bilaterales, que contrapone intereses de trabajadores frente a los de empresarios, en un modelo productivo que continúa girando en torno a la empresa (ampliación de aquella fábrica que dio origen a la cuestión social, génesis de derecho del trabajo, pero compartiendo la idea de coexistencia de los trabajadores en un mismo espacio geográfico y temporal), y en una dimensión estrictamente nacional, cuando la realidad productiva ha hecho saltar por los aires ese corsé bilateral, fabril, y nacional, al incluir, con la descentralización productiva, a terceros sujetos hasta no hace tanto inexistentes; al ubicar a los trabajadores fuera del espacio geográfico de la empresa; y, por último, al superar las fronteras nacionales como consecuencia de las deslocalizaciones, de la competencia internacional, así como del desplazamiento internacional de trabajadores.

Dejando de lado, en este análisis, la dimensión supranacional de las relaciones de trabajo -intensificada como consecuencia de los anteriores factores-, interesa aquí destacar la falta de adaptación de la norma laboral al nuevo contexto productivo, y, en particular, insistir en el hecho de cómo la dimensión colectiva de las relaciones de trabajo no ha evolucionado en función del cambio experimentado en el modo de producir. Y ello a pesar de la oportunidad que ha brindado la nueva normativa de emergencia aparecida a raíz de la COVID-19.

La anterior afirmación no queda en entredicho por las limitadas incorporaciones a la norma laboral de ciertos aspectos típicos de los nuevos procesos productivos, al tomar en consideración fenómenos como la descentralización productiva a través de la regulación de determinados aspectos de las contrataciones o de las empresas de trabajo temporal, del trabajo a distancia o del derecho a la desconexión. En efecto, la incorporación de referencias normativas al fenómeno de la descentralización, a la par que muy posteriores al verdadero funcionamiento descentralizado de las relaciones de trabajo, se vinieron limitando, básicamente, a extender tutelas económicas de los trabajadores involucrados en esos procesos descentralizadores, sin que se replantease la superación de un modelo binario de relaciones de trabajo. De este modo, cabe referirse, como ejemplo, al reforzamiento de la garantía de cobro del salario en casos de falta de abono del mismo por parte del empleador, haciendo igualmente responsable del mismo a la empresa principal, beneficiaria en último término de los servicios de los trabajadores⁷.

Asimismo, cabe referirse a la tardía respuesta legislativa, en comparación con la realidad productiva, al fenómeno de las empresas de trabajo temporal en España que, si bien venían funcionando con anterioridad a su reconocimiento legal, solamente fueron reguladas cuando ya eran una realidad consolidada. Cabe señalar, en todo caso, que la normativa sobre empresas de trabajo temporal recoge, por vez primera, una realidad que supera la visión bilateral de las relaciones laborales, haciendo alusión a una relación triangular en la que se disciplinan, de forma diferenciada, las relaciones entre trabajador y empleador (ETT), las que se producen entre el trabajador y empresa cliente, y las relaciones que surgen del vínculo jurídico contraído entre ETT y empresa cliente (contrato de puesta a disposición)⁸. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que esta superación de la visión

⁷ Así se ha venido poniendo de manifiesto por parte del Tribunal Constitucional en diversas sentencias (entre otras, SSTC 75/2010 y 76/2010) reconociendo la laguna que tiene la legislación laboral en materia de subcontratas respecto de los derechos colectivos, señalando que *“las garantías establecidas en la legislación laboral, en función de lo que ha sido el propio desarrollo y evolución histórica de la figura de la subcontratación, se dirigen más bien a garantizar los derechos de los trabajadores frente a la empresa contratista, a cuyo efecto se establece en determinados supuestos la responsabilidad de la empresa principal -a la que se presume normalmente más estable y solvente- en relación con el incumplimiento por la contratista de algunas de sus obligaciones legales (por ejemplo, en materia de salarios o de Seguridad Social), así como a reforzar los instrumentos de protección en materia de salud y seguridad. Pero no existe en el art. 42 del Estatuto de los trabajadores una correlativa corresponsabilidad de la empresa contratista respecto de eventuales vulneraciones cometidas por la empresa principal, ni se reconoce a los trabajadores mecanismo alguno para acudir directamente contra ésta frente a sus propias actuaciones, quizás por entender que los trabajadores de la empresa contratista no pueden verse afectados en sus derechos por actuaciones de la empresa principal, con la que no les une vínculo alguno”*.

⁸ El artículo 17.1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal atribuye a los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria la representación de los trabajadores en misión, mientras ésta dure, a efectos de formular cualquier

de las relaciones laborales como una realidad meramente bilateral también se ha ido introduciendo, de forma que cabría calificar de tímida, en el régimen jurídico de otras instituciones laborales, alcanzando, incluso, a los derechos colectivos, tomando en consideración la importancia alcanzada por la descentralización en el modo de producción⁹.

Otro ejemplo más de la demora en la respuesta jurídica a la realidad que pretende regular la podemos encontrar en la disciplina del trabajo a distancia, que escasa preocupación suscitó en el legislador a lo largo de su vigencia¹⁰, hasta la convulsión que en las relaciones laborales ha supuesto la pandemia COVID-19, sucediendo algo parecido con la afectación de las nuevas tecnologías al mundo del trabajo dependiente y por cuenta ajena¹¹ o con el derecho a la desconexión,

reclamación en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en todo aquello que se refiera a la prestación de sus servicios en aquéllas.

⁹ En este sentido, cabe referirse a la previsión introducida en el régimen jurídico de las contratistas (art. 42 ET), por parte del Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, estableciendo que los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación, sin que tal vía pueda servir para tramitar las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa que lo contrató. Igualmente es destacable la modificación de las reglas de legitimación de los convenios colectivos negociados conforme a las reglas del Estatuto de los Trabajadores (art. 87 ET), cuya finalidad no fue otra que la de dar respuesta a la aparición de nuevas realidades empresariales, a las diferentes formas de organización así como a los fenómenos de reestructuración de las empresas o de descentralización productiva, adaptando las reglas de legitimación a esa nueva realidad (exposición de motivos del Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio).

¹⁰ El artículo 13 del Estatuto de los trabajadores de 1980, inicialmente intitulado “contrato de trabajo a domicilio” solamente fue afectado, hasta la aparición del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, por una modificación legal en el año 2012 (Real Decreto-ley 3/2012 de 10 de febrero, posteriormente convertido en la Ley 3/2012, de 6 de julio, que efectúa una mínima modificación en el texto del artículo al hablar de formación profesional para el empleo en lugar de formación profesional continua), por la que, además de modificarse el título del precepto por el de “trabajo a distancia” se reforzaron los derechos de estos trabajadores en aspectos tales como protección de la seguridad e higiene, aspectos formativos, movilidad a un trabajo presencial a efectos de facilitar su promoción o equiparación de derechos a los trabajadores presenciales, más allá de las condiciones meramente retributivas. Sin embargo, se perdió una primera oportunidad para incidir en los derechos de representación de los trabajadores (Nieto Rojas, P., *La representación de los trabajadores en la empresa. Estructura, ámbito y función*, 2015. p., 325) Tesis doctoral. Disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21492/patricia_nieto_tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y (último acceso, 25 noviembre 2020).

¹¹ Hasta la aparición del Real Decreto-ley 28/2020, la repercusión de la introducción de nuevas tecnologías en el ámbito de las relaciones de trabajo se hizo descansar en la previsión como causa extintiva del contrato de la falta de adaptación a las innovaciones tecnológicas operadas

que, si bien se recogió en la normativa española poco tiempo antes de la pandemia COVID-19, ha sido a partir de este momento cuando se ha desarrollado una mayor conciencia sobre este derecho. En todo caso, la crítica que cabe realizar no alcanza solamente al retraso temporal, si no a lo limitado de la intervención normativa, en, cuando menos, el ámbito del derecho a la representación de los trabajadores en la empresa.

3. LA INCIDENCIA DE LA PANDEMIA EN LA REGULACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES A DISTANCIA EN LA EMPRESA

La incorporación de nuevas regulaciones dirigidas, bien a superar la situación de emergencia provocada por la COVID-19 en el ámbito de las relaciones de trabajo, bien a dar respuesta a las lagunas normativas de algunas instituciones jurídicas que se han revelado insuficientes, ha afectado, aunque de forma más tímida de lo deseable, al rediseño de algunas instituciones del derecho laboral español. De este modo, y por lo que se refiere a las actuaciones normativas del legislador español, cabe referirse al Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, por el que se ha efectuado una regulación más cercana a la realidad del trabajo a distancia.

Las reacciones de los legisladores en la situación de emergencia provocada por la pandemia ha sido muy similar en muchos países de Europa y América, consistiendo una de las primeras medidas adoptadas en fomentar el teletrabajo como vía más eficiente de combinar la restricción de la movilidad, el aislamiento social (ambas indispensables para intentar controlar el avance de la pandemia) y la continuación de la actividad productiva, tan necesaria para no hacer colapsar el sistema económico y productivo. De este modo, en el caso español, el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, fue la primera de esta normativa de la emergencia en reconocer la trascendencia del trabajo no presencial *“para poder conjugar las necesarias medidas de aislamiento y contención en la propagación del virus y, al mismo tiempo, garantizar la continuidad en el ejercicio de numerosas actividades empresariales, económicas y sociales”*, fijando el carácter preferente del trabajo a distancia (art. 5).

En ese momento, la normativa laboral española contenía una regulación del trabajo a distancia que no diferenciaba entre el mismo y el teletrabajo, no definía qué debía entenderse por actividad prestada en régimen de teletrabajo, no contemplaba las limitaciones del empresario, ni de los trabajadores, a la hora de optar por el teletrabajo, ni regulaba, entre otros aspectos, la distribución de costes del teletrabajo entre empresarios y trabajadores. Esa misma normativa, y por lo que

en el puesto de trabajo, así como en la recepción de las disposiciones comunitarias acerca de la protección de datos de los trabajadores.

se refiere a los derechos colectivos, únicamente efectuaba una referencia al derecho a la representación colectiva, remitiendo a la normativa general en materia de representación, con la única referencia específica consistente en fijar la obligación de adscribir a estos trabajadores a un centro de trabajo concreto, como consecuencia de ser éste la circunscripción electoral en torno a la cual gira la institución de la llamada representación unitaria, de base electiva, de los trabajadores en la empresa.

3.1. La representación de los trabajadores a distancia en la empresa antes de la COVID-19

Como se ha señalado, la normativa previa a la última reforma legislativa sobre el trabajo a distancia llevada a cabo por el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, se limitaba a declarar aplicable, a quienes trabajasen siguiendo este modelo productivo, las disposiciones generales en materia de representación, sin cuestionarse las dificultades que esta forma de trabajo pudiera conllevar para la efectiva participación de dichos trabajadores al proceso electoral. Partiendo de las diferencias entre censo laboral y censo electoral que se puede encontrar en la normativa electoral laboral española, pudiera concluirse que el legislador se interesó porque estos trabajadores no quedaran fuera del primero (censo laboral) por el que se determina si una empresa debe contar con órganos de representación unitaria, en su caso, qué tipo (si delegados de personal o comités de empresa) y, por último, el número de representantes a elegir, cuestiones todas ellas de indudable interés para los sindicatos, toda vez que su representatividad se mide en función del criterio de la audiencia electoral obtenida en estos procesos electorales, y puesto que contar con un mayor número de representantes refuerza su presencia en las empresas y centros de trabajo. De ahí que la norma se preocupase por adscribir a los trabajadores a distancia a un centro de trabajo específico donde se centralizarán todos los actos del proceso electoral, incluido el acto de la votación.

Sin embargo, ninguna preocupación se mostró acerca de cómo estos trabajadores podrían participar en un proceso electoral cuyas principales manifestaciones se iban a producir en el seno de unas instalaciones de las que, por definición, se encontrarían alejados¹². Así, por ejemplo, si la condición de electores y elegibles se supedita al hecho de contar con una cierta antigüedad en la empresa (un mes y seis meses, respectivamente) dada la necesidad de que exista, por parte de electores y elegibles, un conocimiento mínimo previo de la empresa,

¹² Antes de la nueva ley, el trabajo a distancia se definía como aquel en que la prestación de la actividad laboral se realizase de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa. En sentido similar, el Real Decreto-ley 28/2020 lo define como la forma de organización del trabajo, o de realización de la actividad laboral, conforme a la cual ésta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular.

de los compañeros y, en definitiva, del contexto en el que el trabajo se desarrolla, ninguna previsión dirigida a alcanzar dicho objetivo se contempla respecto de los trabajadores a distancia. Ni tan siquiera la regla dirigida a facilitar el voto en los casos de dispersión geográfica de los trabajadores parece estar pensada en quienes lo ejecutan en la modalidad a distancia, pues las disposiciones relativas a la mesa itinerante (art. 7 del Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre) tienen como destinatarios a quienes no presten su actividad en el mismo lugar con carácter habitual (trabajadores agrarios empleados para recolecta de cosechas, etc.)

En definitiva, la atención del legislador parece haberse puesto más en la institución representativa que en la participación de los trabajadores en el proceso de elección de sus representantes, olvidándose de las personas. Esa misma impresión se infiere del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, suscrito por los interlocutores sociales europeos en julio de 2002 y revisado en 2009, en el que, respecto de los derechos colectivos, y tras señalar que los teletrabajadores tienen los mismos derechos colectivos que el resto de trabajadores de la empresa y que el teletrabajo no es obstáculo para la comunicación con los representantes de los trabajadores, se limita a reconocer que los teletrabajadores están incluidos en el cálculo determinante de los umbrales necesarios para las instancias de representación de los trabajadores¹³.

Ahora bien, semejante “olvido” también redundaría en perjuicio de los intereses de quienes promueven el proceso electoral y desean participar en él presentando candidaturas. Conocida es la dificultad de los sindicatos para conformar sus candidaturas, sin que se hayan arbitrado mecanismos para que los sindicatos puedan dialogar con los trabajadores a distancia para convencerles a formar parte de las mismas, o, simplemente, a que voten en favor de la candidatura por ellos propuesta. Las dificultades de acceso a estos trabajadores, así como los obstáculos, derivados de su ubicación en otro espacio, para que los mismos accedan a la propaganda desplegada en el centro de trabajo, entorpecen en buena medida la participación de los mismos en los procesos electorales.

¹³ En la Recomendación n° 184, de 1996, de la OIT sí se contempla alguna obligación adicional. Así, en su apartado V (Derecho de sindicación y derecho a la negociación colectiva) se dispone que se identifiquen y supriman las restricciones legislativas o administrativas, u otros obstáculos, al ejercicio del derecho de los trabajadores a domicilio a constituir sus propias organizaciones o a afiliarse a las organizaciones de trabajadores que escojan y a participar en las actividades de esas organizaciones. De este modo, si una de las actividades de las organizaciones sindicales consiste en la promoción de elecciones sindicales, debería, según esta Recomendación, identificarse y suprimirse los factores que obstaculizan la participación de los trabajadores a domicilio (término sustituido en el ordenamiento español, en 2012 por el de trabajo a distancia) en los procesos de elección de representantes.

3.2. La representación de los trabajadores a distancia en la empresa tras la COVID-19

La falta de adecuación de la normativa sobre representantes de los trabajadores al nuevo contexto productivo ha sido abordada por la doctrina¹⁴, destacando cómo aquella no ha tomado en consideración ni los fenómenos de descentralización productiva (por la que se reduce el número de trabajadores empleados por la empresa que obtiene sus servicios y, de este modo, afectando a las estructuras de representación, que se establecen teniendo en cuenta el número de trabajadores de la circunscripción electoral) ni la implantación de nuevas tecnologías en los procesos productivos, lo que se ha puesto en evidencia con la nueva realidad productiva que ha irrumpido con la denominada *gig economy*, donde el trabajo a través de aplicaciones tecnológicas ha puesto en entredicho muchas instituciones jurídico-laborales, no solamente las relativas a la dimensión colectiva de las mismas.

La regulación normativa durante la pandemia, en la cual nos seguimos encontrando a principios de noviembre de 2020, ha recogido la necesidad de reforzar los derechos colectivos del trabajo a distancia, ya se preste mediando teletrabajo o sin que en el proceso productivo intervengan elementos telemáticos¹⁵. El necesario refuerzo de esta particular forma de trabajar se ha producido con el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia. Sin embargo, el alcance de dicho refuerzo ha sido limitado, quedando lejos de incorporar unas previsiones legislativas realmente eficaces que fortalezcan los derechos de representación de los trabajadores a distancia. Semejante apreciación se deriva del hecho de que la normativa deja en manos de la negociación colectiva las “*condiciones para*

¹⁴Entre otros, Casas Baamonde, M.E., “El modelo español de representación de los trabajadores en la empresa: Un modelo en crisis” en *Sindicalismo y Democracia*. Comares. Granada. 2017; Fita Ortega, F., “La incidencia de la descentralización productiva sobre las estructuras de representación en la empresa”. *Documentación Laboral* nº 107. Año 2016-Vol II; Fita Ortega, F., “El impacto del actual contexto productivo en los derechos de participación y representación de los trabajadores en Europa”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº. 46, 2017; Fita Ortega, F., “Los derechos colectivos de los trabajadores en la economía digital: ¿hacia un movimiento obrero digital?”, *Revista de Direito do Trabalho*. Especial Cielo Laboral 2018 - Uruguay. Disponible en: <http://roderic.uv.es/handle/10550/74985>; Quintanilla Navarro, B., “La necesaria adaptación de las estructuras de representación en la empresa”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº. 2/2007; Valdés Dal-Ré, F., y Molero Marañón, M.L., *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*. Ministerio de Trabajo e inmigración. 2010

¹⁵ Téngase en cuenta que trabajo a distancia y teletrabajo no designan una misma realidad, pues mientras el primero se refiere a la “*forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular*”, el teletrabajo designa a “*aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación*” (art. 2 del Real Decreto-ley 28/2020).

garantizar el ejercicio de los derechos colectivos de las personas trabajadoras a distancia”, lo que en materia de derechos de representación no va a resultar tan sencillo, habida cuenta del carácter de norma de derecho necesario que los preceptos reguladores del proceso electoral tienen atribuido. Todo ello sin olvidar que, como consecuencia de la irrecurribilidad de las sentencias de los juzgados de lo social que decidan sobre los recursos presentados frente a los laudos arbitrales dictados en las disputas electorales¹⁶, la normativa que regula los procesos electorales va a ver acrecentada su ya considerable dosis de inseguridad jurídica.

Así pues, la desvinculación de los trabajadores respecto de un lugar y tiempo que el trabajo a distancia conlleva, ha sido escasamente considerada por la nueva normativa a los efectos de la participación de quienes trabajen bajo esta modalidad en los procesos electorales. En efecto, si bien la norma impone la obligación de la empresa de suministrar a la representación legal de los trabajadores (“personas trabajadoras” en la terminología inclusiva incorporada a partir del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo) *los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa, entre ellos, el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa y la implantación del tablón virtual, cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia*, no acaba de aclarar los posibles límites a dicha obligación¹⁷.

Hasta la aparición de este Real Decreto, ha sido la jurisprudencia la que ha tenido que adaptar la interpretación de la norma al contexto histórico en el que la misma debe ser aplicada sin que, en esta materia, haya propiciado una interpretación extensiva del marco jurídico regulador¹⁸. En este sentido, la obligación contenida en el artículo 8.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical relativa a la obligación de las empresas de poner un tablón de anuncios a disposición de las secciones sindicales de los sindicatos más representativos, así como de aquellos que tengan representación en los comités de empresa o cuenten con delegados de personal, o los correspondientes de las Administraciones públicas¹⁹, ha sido entendida en el sentido de que, en una interpretación extensiva del derecho a un tablón de anuncios, el derecho a un tablón virtual encuentra fundamento en el art. 8.1 c) LOLS, que no

¹⁶ La reforma laboral operada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, introdujo un sistema arbitral de solución de las controversias suscitadas durante el proceso electoral.

¹⁷ Disposición que refleja el deber del empresario de no obstaculizar la comunicación con los representantes de los trabajadores recogida en el Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo.

¹⁸ Navarro Nieto, F., “Art. 81. Locales y tabloneros de anuncios”, en Goerlich Peset, J.M., *Comentario al Estatuto de los Trabajadores, Libro homenaje a T. Salas Franco*, Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 1427 y ss.

¹⁹ La norma establece, con objeto de facilitar la difusión de aquellos avisos que puedan interesar a los afiliados al sindicato y a los trabajadores en general, la obligación de la empresa de poner a disposición de tales secciones sindicales un tablón de anuncios, que deberá situarse en el centro de trabajo y en lugar donde se garantice un adecuado acceso al mismo de los trabajadores.

adjetiva el medio a través del cual los afiliados y trabajadores en general podrán recibir en la empresa la información del sindicato, proporcionando una “lectura actualizada de la norma legal”²⁰. Ahora bien, el Tribunal Constitucional²¹ ha señalado que semejante derecho -así como el uso del correo electrónico profesional- se encontraría limitado por una serie de requisitos, pues si bien un ingrediente importante de la actividad sindical en la empresa es la comunicación y la difusión de información de interés laboral o sindical entre los sindicatos y los trabajadores, y aunque la actividad sindical en el seno de la organización productiva forma parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical de las organizaciones sindicales, tal comunicación no podrá perturbar la actividad normal de la empresa y, en el caso del empleo de un medio de comunicación electrónico, creado como herramienta de la producción, no podrá perjudicarse el uso específico empresarial pre-ordenado para el mismo, ni pretenderse que deba prevalecer el interés de uso sindical. Por lo demás, el Tribunal Constitucional ha destacado que, en ningún caso, la utilización del instrumento empresarial podrá ocasionar gravámenes adicionales para el empleador, significativamente la asunción de mayores costes, dado que carece de fundamento en derecho semejante carga empresarial²².

De este modo, la obligación empresarial respecto al tablón virtual y uso de medios electrónicos de comunicación, se limita, según las sentencias del Tribunal Constitucional hasta la fecha, a no obstaculizar injustificada o arbitrariamente el ejercicio del derecho de libertad sindical en su vertiente de actividad sindical, en cualquiera de sus distintas manifestaciones, debiendo “soportar” la misma cuando no suponga perjuicios para la actividad productiva, pero sin que exista una obligación de implementar estos recursos²³. Con la actual normativa, debe entenderse que dicha obligación existe, pero surgen dudas acerca de si su limitación podrá mantenerse en similares términos a los vigentes hasta la fecha, singularmente por lo que se refiere a la cuestión de la afectación del uso pre-ordenado de las herramientas informáticas, o a la de los costes que de su implantación puedan derivarse para la empresa²⁴. El hecho de que la norma restrinja el derecho a estas herramientas de comunicación a aquellos casos en que sean compatibles “*con la forma de prestación del trabajo a distancia*”, pese a proporcionar un criterio de interpretación, no termina de zanjar plenamente la cuestión, al introducir un

²⁰ STSJ de Cantabria de 16 octubre 2009 (Recurso de Suplicación nº. 722/2009).

²¹ STC 281/2005, de 7 de noviembre.

²² *Ibidem*, fundamento jurídico octavo.

²³ Criterio seguido por el Tribunal Supremo. Así, entre otras, STS (Social) de 17 mayo 2012 (recurso nº. 202/2011); de 16 febrero 2010 (recurso nº. 57/09); de 3 de mayo de 2011 (recurso 114/10) de 24 de marzo de 2015 (recurso 118/14) o de 13 septiembre 2016 (recurso nº. 206/2015).

²⁴ En cuanto a la necesidad de que la actividad sindical no se afecte al proceso productivo, cabe recordar que el artículo 8.1.b de la LOLS es claro a señalar que la información debe producirse fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa.

concepto jurídico indeterminado como el de la “compatibilidad con la forma de prestación del trabajo a distancia”, y debiendo interpretarse a la luz de otras normas, como la relativa a la protección de datos²⁵.

Sobre este último particular, cabe recordar los criterios jurisprudenciales y judiciales emanados de los tribunales laborales, así como los criterios mantenidos por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), no siempre plenamente coincidentes. Así, en la relación de los Delegados Sindicales con los afiliados a su sindicato los tribunales laborales han considerado que facilitar al Delegado los correos electrónicos y teléfonos de carácter profesional, y no los privados²⁶, no colisiona con la protección de datos de carácter personal, en cuanto se trata de instrumentos para la gestión de los temas sindicales entre trabajadores afiliados²⁷, criterio este que cabe encuadrar en las excepciones a la necesidad de consentimiento para llevar a cabo el tratamiento de datos personales previsto en la actualidad en el artículo 6 del Reglamento 2016/679.

Conviene precisar, en todo caso, que no es el carácter profesional del correo lo que evita considerar que se incurre en una vulneración de la protección de datos, sino la finalidad a la que se destina el correo electrónico de los trabajadores, teniendo el sindicato derecho a acceder a ciertos datos de los trabajadores cuya representación ostentan para dar cumplimiento a la función que constitucionalmente tienen atribuida, *“sin que tal función se limite en todos los casos a sus propios afiliados, pues será la concreta necesidad y finalidad de su ámbito de actuación la que servirá para delimitar el tipo de dato y el alcance del contenido de la información que se precise”*²⁸. En este sentido, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)

²⁵ Mayor claridad respecto del alcance de estos derechos habría dado la incorporación de algunas modificaciones de los artículos 81 ET y 8 de la LOLS, incorporando expresamente la obligación de dotar a los representantes de estos medios telemáticos de comunicación, por lo menos en aquellas empresas o centros donde las nuevas tecnologías se encuentren suficientemente implantadas (en este sentido, Nieto Rojas, P., *La representación de los trabajadores en la empresa...*, cit., p. 324).

²⁶ Respecto de éstos, el TS ha considerado que el trabajador no puede verse obligado a proporcionar su teléfono móvil y su cuenta de correo electrónico, sino que solamente será posible si voluntariamente consiente, siendo nula la cláusula incorporada en un contrato/tipo de trabajo por la que este indica que proporciona voluntariamente estos datos por ser contraria a la normativa sobre protección de datos dado que, *“al ser el trabajador es la parte más débil del contrato, ha de excluirse la posibilidad de que esa debilidad contractual pueda viciar su consentimiento a una previsión negocial 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”* (STS -Social- de 21 septiembre 2015 -recurso nº. 259/2014-).

²⁷ En este sentido, STSJ de Madrid, de 19 julio de 2019 (recurso nº. 137/2019).

²⁸ STS (Social) de 7 febrero 2018 (recurso nº. 78/2017) Es, por consiguiente, la finalidad a la que se dirigen los datos personales lo que permite que los mismos lleguen a manos del sindicato sin que ello suponga una vulneración de la normativa de protección de datos.

ha señalado que también los correos profesionales pueden ser considerados datos de carácter personal. Entiende la Agencia, en su informe 0437/2010²⁹, que pueden darse dos situaciones: una primera, en la que la dirección de correo esté integrada por datos que permitan la identificación directa del titular del correo (como sucede en los casos en los que la dirección contiene el nombre y apellidos del trabajador) de tal modo que sea posible identificarlo plena y directamente; una segunda, en la que el correo esté compuesto por combinaciones alfanuméricas o de otro tipo, que no permitan la identificación directa del individuo. En estos casos, entiende la AEPD, nos encontramos ante un dato personal, incluso si no es posible la identificación directa de la persona, pues al ir referenciada la dirección de correo a un dominio concreto, podría identificarse al titular mediante la consulta al servidor en que se gestione dicho dominio, sin que pueda considerarse que ello conlleva un esfuerzo desproporcionado por parte de quien procede a la identificación.

En un sentido similar, la Agencia Vasca de Protección de Datos, en su Dictamen CN11-037, de 14 de febrero de 2012³⁰, estimó que la dirección de correo electrónico solamente ha de ser considerada como dato de carácter personal cuando *“contenga información acerca de su titular, o en la medida en que permita proceder a la identificación del mismo, por lo que, cuando no concurran dichas circunstancias su utilización, cesión o nivel de seguridad no estarán sometidos a la normativa de protección de datos”*. De este modo, concluye, que *“la consideración como dato de carácter personal de la dirección del correo electrónico, bien podría decirse que dependerá precisamente de si la dirección ... proporciona elementos suficientes que identifiquen o permitan razonablemente identificar al titular de la misma, de no ser así y correspondiendo la verificación de tal extremo al responsable del fichero..., no se le aplicará la normativa de protección de datos”*.

En todo caso, el criterio mantenido por las agencias de protección de datos se coherente con lo que posteriormente a sus resoluciones ha señalado en el considerando vigésimo sexto del Reglamento de protección de datos de la Unión Europea (Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016) en el que se indica que los datos personales seudonimizados, los cuales cabría atribuir a una persona física mediante la utilización de información adicional, deben considerarse información sobre una persona física identificable, de modo que a los mismos deberán aplicarse los principios de la protección de datos³¹. Ciertamente,

²⁹ Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/2010-0437.pdf> (último acceso 25 noviembre 2020).

³⁰ https://www.avpd.euskadi.eus/contenidos/dictamen_avpd/d12_008/es_def/adjuntos/CN11-037_DIC_D12-008.pdf (último acceso 25 noviembre 2020).

³¹ Señala este considerando que *“para determinar si una persona física es identificable, deben tenerse en cuenta todos los medios, como la singularización, que razonablemente pueda utilizar el responsable del tratamiento o cualquier otra persona para identificar directa o indirectamente a la persona física. Para determinar si existe una probabilidad razonable de que*

la aplicación de la seudonimización a los datos personales puede reducir los riesgos para los interesados afectados, pero no los excluye, motivo por el que el considerando vigésimo octavo del Reglamento señala que la introducción explícita de la «seudonimización» en el Reglamento no pretende excluir ninguna otra medida relativa a la protección de los datos. Distingue el referido Reglamento, pues, entre datos seudonimizados y datos anonimizados. Siendo los primeros aquellos datos personales sometidos a un tratamiento de manera tal que ya no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional, (art. 4.5 del Reglamento), los datos anonimizados serían aquellos sometidos a un tratamiento de manera tal que ya no sea posible identificar al interesado³² (considerando 26 de la derogada Directiva 95/46/CE, de protección de datos) rompiéndose la cadena de identificación de las personas, de modo que se evite esta identificación y se garantice, además, que cualquier operación o tratamiento que pueda ser realizado con posterioridad a la anonimización no conlleva una distorsión de los datos reales³³.

El consentimiento del trabajador no es, por tanto, necesario para que el empresario facilite el correo profesional de los trabajadores a los sindicatos con objeto de permitirle el cumplimiento de sus fines³⁴, tal y como se desprende del art. 6.1 del Reglamento UE 2016/279³⁵. Otra cuestión consiste en la de determinar si el trabajador pudiera ejercer un derecho de oposición a esta cesión de datos, tal y como se recoge en el artículo 21 del Reglamento UE 2016/279.

se utilicen medios para identificar a una persona física, deben tenerse en cuenta todos los factores objetivos, como los costes y el tiempo necesarios para la identificación, teniendo en cuenta tanto la tecnología disponible en el momento del tratamiento como los avances tecnológicos. Por lo tanto, los principios de protección de datos no deben aplicarse a la información anónima, es decir información que no guarda relación con una persona física identificada o identificable, ni a los datos convertidos en anónimos de forma que el interesado no sea identificable, o deje de serlo”.

³² Sometido, en palabras de la derogada Ley Orgánica de Protección de Datos de 1999, a un procedimiento de disociación por el que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable (art. 3.f).

³³ En estos términos se refiere al proceso de anonimización la Guía de la AEPD Orientaciones y garantías en los procesos de anonimización de datos personales (2016).

³⁴ “Así pues, la facultad de recabar datos por parte de los sindicatos y representantes de los trabajadores debe limitarse según un principio de pertinencia y, por consiguiente, ceñirse a aquellas circunstancias personales de los trabajadores que sean necesarias para desarrollar el cometido que tienen atribuido. Parece evidente que haya de rechazarse que tal facultad abarque los datos personales en cualquier circunstancia, puesto que, de no concurrir aquella conexión con la función, sí será necesario el consentimiento expreso de los trabajadores interesados” (STS -Social- de 7 febrero 2018, recurso nº. 78/2017).

³⁵ Cabe recordar que, según este precepto, el consentimiento del interesado no es la única condición cuyo concurso otorga licitud al tratamiento de datos, existiendo otras que pueden darse alternativamente.

Este precepto permite que el interesado se oponga, por motivos relacionados con su situación particular, a que datos personales que le conciernan sean objeto de un tratamiento que sea lícito por resultar necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento; o que cuya licitud derive del hecho de ser necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales (apartados e y f del art. 6.1 del Reglamento). En este caso, *“el responsable del tratamiento dejará de tratar los datos personales, salvo que acredite motivos legítimos imperiosos para el tratamiento que prevalezcan sobre los intereses, los derechos y las libertades del interesado, o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones”* (art. 21 del Reglamento)³⁶

Sobre el particular la AEPD, en las orientaciones sobre *“La protección de datos en las relaciones laborales”*, señala que el derecho a la libertad sindical prevalece sobre el respeto a la protección de datos, por lo que no es admisible el derecho de oposición, si bien se refiere únicamente al supuesto de elecciones sindicales, haciendo referencia a su resolución TD/01119/2008³⁷. Este razonamiento busca superar las posibles trabas que pudieran plantearse para el adecuado desenvolvimiento de los procesos electorales. Sin embargo, el hecho de que se vincule el reconocimiento de inadmisibilidad al derecho de oposición al derecho de libertad sindical podría dejar fuera de esta garantía a otros sujetos con intereses electorales al no ser titulares de aquel derecho, como podría suceder con las candidaturas integradas por un grupo de trabajadores que no apareciesen bajo las siglas de ningún sindicato³⁸. En este

³⁶ Obviamente, la activación de una cuenta de correo electrónico en la empresa para su uso por los sindicatos para el desarrollo de su actividad sindical exigirá que se cumpla con todo el régimen relativo a la protección de datos, como la designación de un responsable (esto es, la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento) y un encargado (esto es, la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo) del tratamiento, sin que esta exigencia pueda considerarse como una obstrucción al derecho de la libertad sindical (STS -Social- de 16 febrero 2010, recurso n.º 57/2009).

³⁷ *“A tenor de las previsiones contenidas en la LOPD acerca del derecho de oposición, debe reconocerse el derecho de los trabajadores a mostrar su oposición a la recepción de mensajes con contenido sindical y, consiguiente, la obligación de los Sindicatos de cesar en el tratamiento de los datos de los solicitantes. No obstante, en lo referente a la información sindical remitida a los trabajadores en período electoral, debe concluirse que en período electoral debe prevalecer el derecho a la actividad sindical consagrado en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical sobre el derecho fundamental a la protección de datos. Así las cosas, los trabajadores durante el proceso electoral sindical, no pueden oponerse al tratamiento de sus datos personales, siempre que el uso que realice el Sindicato sea adecuado para los fines del propio proceso electoral”*.

³⁸ En este mismo sentido, Pérez Del Prado, D., *“Representación de los trabajadores y protección de datos de carácter personal como fuente de poder”*, *Documentación Laboral*, n.º 119/2020, p. 69.

caso habría que acudir a otros razonamientos jurídicos (la necesidad de garantizar la igualdad de trato, por ejemplo, en la participación de un proceso electoral) para extender el derecho a remitir comunicaciones a los trabajadores, aun contra su voluntad, a estos otros colectivos desprovistos del derecho a la libertad sindical.

Por otra parte, la guía de la AEPD “La protección de datos en las relaciones laborales”³⁹, elaborada con relación a la normativa anterior a la actualmente vigente, recoge una serie de consideraciones de indudable interés al respecto. Así, recuerda la existencia de procedimientos automatizados que pueden permitir la satisfacción del derecho a la libertad sindical sin necesidad de realizar una cesión y, por tanto, minimizando los riesgos y las obligaciones de cumplimiento normativo para el empresario y el sindicato. Sería el caso, por ejemplo, de la creación de listas de distribución que permite que el sindicato remita la información a una dirección corporativa, sin acceso a los datos de los destinatarios⁴⁰. Sobre este particular cabe destacar que de procederse de esta manera en el ámbito de las relaciones sindicales podría facilitar conductas antisindicales del empresario, toda vez que no existiría la posibilidad de controlar fácilmente, por parte del sindicato remitente, a los destinatarios finales de los correos, pudiendo el empresario reducir el número de los mismos excluyéndolos del listado.

Ahora bien, no es la posibilidad de comunicarse por vía electrónica el único medio para contactar con trabajadores que no se encuentren habitualmente en un centro de trabajo geográficamente localizado. Al respecto cabe destacar que ninguna referencia se realiza a otra de las cuestiones que han resultado controvertidas en los procesos de elecciones sindicales, como es la posibilidad de facilitar el domicilio de los trabajadores a los sindicatos, o dar una mayor difusión al censo laboral⁴¹.

Con relación al derecho a conocer el domicilio de los trabajadores, la STSJ de Andalucía, Granada de 18 julio de 2007 (recurso n.º. 1986/2007) rechazaba

³⁹https://sie.fer.es/esp/Asesorias/Mercantil/Legislacion_Mercantil/Proteccion_Datos/Documentos_Interes/Guia_La_proteccion_datos_relaciones_laborales/webFile_15034.htm (último acceso 25.11.2020).

⁴⁰ Junto a ello, recuerda que si se trata de datos personales, cabe incorporar la información exigida por la normativa de protección de datos en los pies de los correos y automatizar la cancelación y la oposición a los tratamientos mediante las bajas en las listas a petición del usuario (Informe 0101/2008); que la comunicación de datos se limitará a los estrictamente necesarios; que el dato debe utilizarse estrictamente para la finalidad para la que fue cedido; y que el sindicato como cesionario está obligado a cumplir con las previsiones en materia de protección de datos.

⁴¹ Respecto al censo, la STS (Social) de 27 de septiembre de 2007 (recurso n.º. 78/2006) admitió que mediante acuerdo colectivo pudiera ampliarse la obligación legal de dar publicidad al censo -que contiene datos de carácter personal, como el documento nacional de identidad- e imponer la obligación de entregarlo en soporte informático a los sindicatos que así lo solicitasen. Esta sentencia valida la argumentación de la sentencia recurrida según la cual, si la totalidad de los datos profesionales y personales que contienen los censos laboral y electoral de la empresa

dicha posibilidad, al considerar, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, que en estos casos el interés en juego es meramente individual (el del propio del sindicato a obtener, para el ejercicio de su actividad sindical, el domicilio de los trabajadores) y no del conjunto de los trabajadores, entendiéndose que “*existen otros medios con menor incidencia en el derecho de los trabajadores, para obtener el fin legítimo pretendido de promocionar el Sindicato, como son... solicitar reuniones y asambleas de los mencionados trabajadores*”⁴². En todo caso, cabe recordar que el Tribunal Supremo no ha reconocido a los sindicatos el derecho a convocar asambleas referidas al conjunto general de los trabajadores⁴³ (derecho reconocido a los propios trabajadores y a sus representantes unitarios -art. 77 ET-) pues la LOLS solamente les reconoce este derecho con relación a los afiliados a su sindicato, los cuales, en un proceso de elecciones sindicales, son los que menos estímulo necesitarán para formar parte de la candidatura del sindicato o, simplemente, para convencerles de que les otorguen su voto.

Tampoco la AEPD considera lícita la comunicación del domicilio de los trabajadores a un sindicato por motivos electorales. Así, en su Resolución 0042/2011⁴⁴, de 2 marzo 2011 considera que la comunicación, por parte de la empresa, del domicilio particular de los trabajadores a un sindicato, al que la mayoría no está afiliada, para el envío de propaganda electoral, efectuada sin contar con el consentimiento de los mismos, supone una infracción de la normativa de protección de datos puesto que la normativa electoral no contempla el domicilio como dato a incluir en el censo⁴⁵. Quizá el establecimiento de la necesidad de que, en el caso de los trabajadores a distancia, figurase este dato en el censo, junto con la obligación de remitir el mismo no solamente a la mesa electoral (art. 6.2 del Real Decreto 1844/1994), sino a todos aquellos que deseen participar en el proceso electoral, pudiera contribuir a superar este escollo y permitir un contacto directo con estos trabajadores, favoreciendo, entre otros aspectos, la conformación de candidaturas o la promoción misma del proceso electoral, si el centro cuenta con menos de 11

demandada son objeto de la publicidad prevista y ordenada legalmente en el artículo 74.3 del ET, es claro que no se produce la conculcación del derecho a la intimidad y protección de datos por el simple hecho de que a tal publicidad se le pueda añadir otra complementaria.

⁴² La SJS nº 1 de Cáceres de 28 de mayo de 2018 (Procedimiento 128/2018), por el contrario, reconoció el derecho de una formación sindical a que se le facilitase el domicilio de los trabajadores (quienes prestaban servicios de asistencia a domicilio de personas que no podían valerse por sí mismas) para poder dirigirse a ellos con objeto de conformar su candidatura.

⁴³ STS (Social) de 11 de febrero de 2003 (recurso nº. 1118/2002).

⁴⁴ Disponible en: <https://es.calameo.com/read/000707367a76b40f718e3> (último acceso, 25 de noviembre 2020).

⁴⁵ Criterio que ya había sostenido la SAN (Contencioso-administrativo) de 10 marzo 2010 (recurso nº. 274/2009).

trabajadores⁴⁶. Por otra parte, las funciones de vigilancia del cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de los representantes de los trabajadores avalarían que éstos conociesen, no solamente el nombre de los trabajadores que prestan sus servicios a distancia, sino también sus domicilios o lugares elegidos para la prestación del servicio, a efectos de comprobar el cumplimiento de la normativa laboral y de prevención de riesgos (tal y como se contempla en el artículo 16 del Real Decreto-ley 28/2020), pero también para poder desplegar su acción “sindical”.

La comunicación entre trabajadores a distancia y representantes debe ser una prioridad, para lo que deberían facilitarse todas las herramientas posibles que permitan alcanzar ese objetivo. Para ello resulta esencial garantizar que el empresario pueda contactar con ellos, lo que supone conocer su dirección de correo y, en su caso, su domicilio, aspectos sobre los que el Real Decreto-ley 28/2020 nada dice.

Por otra parte, la pérdida de la oportunidad de actualización normativa que ha brindado el Real Decreto-ley 28/2020, consecuencia de la extensión del teletrabajo a raíz de la pandemia provocada por la COVID-19, es patente cuando se analizan sus previsiones respecto del aseguramiento de la efectiva participación de los trabajadores a distancia en las actividades organizadas o convocadas por su representación legal o por el resto de las personas trabajadoras en defensa de sus intereses laborales⁴⁷, “*en particular, su participación efectiva presencial para el ejercicio del derecho a voto en las elecciones a representantes legales*”.

La oportunidad perdida para instaurar un sistema de voto electrónico para unos trabajadores que pueden encontrarse realmente alejados del centro de trabajo al que queden adscritos, en lugar de mantener la necesidad de un voto presencial, al contrario de facilitar la participación de estos trabajadores en los procesos electorales, la dificulta⁴⁸, pues podría interpretarse la actual disposición como una prohibición legal a que la negociación colectiva o la práctica electoral seguida en las empresas permitan este tipo de voto, validando como único modo posible de voto no presencial el voto por correo, regulado en el artículo 69.1 ET, y

⁴⁶ Recuérdese que cuando la empresa tenga entre seis y diez trabajadores la promoción de elecciones requiere el acuerdo mayoritario de los trabajadores (art. 62.1 ET)

⁴⁷ Previsión que evoca lo dispuesto en el apartado V de la Recomendación n° 184, de 1996, de la OIT, anteriormente citada.

⁴⁸ Pocos han sido, hasta la fecha, los conflictos derivados de votos telemáticos en procesos de elecciones sindicales. La Sentencia del juzgado de lo Social n°. 25 de Madrid (Procedimiento n°. 542/2015) desestimó un recurso contra un laudo que dio validez al voto telemático por entender que la norma no lo prohíbe, sino que se limita a exigir que el sufragio sea personal, directo, libre y secreto, por lo que, cumpliéndose tales garantías en el modo de votación seguido en el supuesto enjuiciado, desestimó el recurso.

desarrollado por el artículo 10 del Real Decreto 1844/1994⁴⁹. Semejante conclusión podría verse reforzada por la circunstancia de que la actual regulación resulta mucho más estricta que la que se contemplaba en el texto originario del Estatuto de los Trabajadores de 1980 que, en su artículo 75, disponía que el voto por correo se debía efectuar siguiendo las normas que al respecto “*deberán incluirse en la convocatoria electoral*”, dejando libertad a los promotores de las elecciones a establecer reglas para efectuar el voto por correo.

Igualmente se echa en falta una modificación que introdujese la posibilidad de celebración de asambleas por video-conferencia, modificando los artículos 77 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores para introducir esta posibilidad, eliminando la disposición que impone que el lugar de celebración de la asamblea sea el centro de trabajo (art. 78 ET) y recogiendo, en el artículo 80, la posibilidad de que las votaciones se produzcan de forma telemática, cuestiones alguna de las cuales ya se encuentran incorporadas en derecho comparado⁵⁰, habiéndose ampliado su régimen jurídico durante la Covid-19 al haberse considerado una herramienta idónea para el desempeño de las actividades de representación en época de pandemia⁵¹.

En definitiva, el reforzamiento de todo el entramado de medidas que facilite el contacto entre representantes y representados resulta imprescindible, en el caso del trabajo a distancia, para paliar la falta de proximidad física entre ellos mediante el incremento de su proximidad comunicacional, de tal manera que se permita reconstruir las relaciones de confianza que dan pie al surgimiento del interés colectivo que se encuentra en la base de la organización obrera⁵².

⁴⁹ El art. 69.1 ET reconoce la posibilidad de que el voto se emita por correo, “*en la forma que establezcan las disposiciones de desarrollo de esta ley*”. En este sentido, el artículo 10 del RD 1844/1994 dispone que quien desee efectuar el voto por correo debe notificarlo previamente a la mesa electoral (órgano encargado de dirigir el proceso electoral y velar por su correcto desarrollo) “*a partir del día siguiente a la convocatoria electoral hasta cinco días antes de la fecha en que haya de efectuarse la votación*”.

⁵⁰ En el caso del ordenamiento francés se contempla la posibilidad del uso de la video conferencia en las reuniones del Comité Social y Económico (art. L2315-4 *Code du travail*), así como el voto electrónico (art. D. 2315-1 *Code du travail*).

⁵¹ *Ordonnance n° 2020-389 du 1er avril 2020 portant mesures d’urgence relatives aux instances représentatives du personnel*.

⁵² Rosanvallon, J., “Travail à distance et représentations du collectif de travail, *Revue Interventions économiques*, n°. 34/2006, p. 2.

4. CONCLUSIONES

Todo lo expuesto permite concluir, pues, que, en buena medida, el legislador sigue a remolque de las decisiones judiciales. No avanza grandes cambios, sino que incorpora algunos de los avances impulsados desde la judicatura. De este modo, la nueva legislación sobre el teletrabajo, propiciada por una situación de emergencia derivada de la pandemia de la COVID-19, no ha sido aprovechada plenamente para impulsar los cambios normativos en materia de representación que demanda el trabajo a distancia que, en el actual contexto productivo y sanitario, ha experimentado un innegable incremento. Como consecuencia de ello no cabe entender que la normativa contenida en el Real Decreto-ley 28/2020 pueda considerarse, a pesar de lo que se indica en su exposición de motivos, que la misma constituya ese un marco de derechos que satisface, entre otros, el ejercicio de los derechos colectivos, por lo menos en lo que se refiere al ejercicio de los derechos de representación.

Se trata de una oportunidad perdida en un momento en el que se está poniendo de relieve la necesidad de fortalecer los instrumentos de representación y negociación de nuevos colectivos de trabajadores a distancia, tanto los que trabajan *on-line* como los que lo hacen *off-line*. Los *riders* han sido pioneros en este sentido⁵³, pero los movimientos en búsqueda de autotutela de quienes desempeñan actividades económicas hasta la fecha desconocidas, o especialmente desprotegidas, no paran de sucederse, como está ocurriendo, entre las actividades emergentes, con los *influencers* de Instagram o Youtube⁵⁴, o los diseñadores de videojuegos⁵⁵; o en actividades tradicionales cuyos trabajadores cada vez más frecuentemente prestan sus servicios a través de plataformas digitales, tales como con las trabajadoras al servicio del hogar familiar o encargadas de actividades de cuidado⁵⁶, las camareras

⁵³ <https://www.ridersxderechos.org/>

⁵⁴ En este sentido, véase el artículo publicado en *The Guardian*: “Influencers are being taken advantage of”: the social media stars turning to unions”. Disponible en <https://www.theguardian.com/media/2020/oct/10/influencers-are-being-taken-advantage-of-the-social-media-stars-turning-to-unions> (último acceso el 14 de octubre de 2020)

⁵⁵ Es el caso de la aparición del *Game Workers United UK*, sindicato que persigue, según la declaración que cuelga en su página web (<https://www.gwu-uk.org>) acabar con la práctica institucionalizada, en el sector del diseño de videojuegos, de excesivo abuso de realización de horas extra, en muchas ocasiones no retribuidas; promover con la inclusión y diversidad; informar a los trabajadores de sus derechos, apoyar a quienes hayan sido objeto de abuso, acoso o necesiten representación, así como asegurar unos ingresos estables y justos.

⁵⁶ En el caso español, agrupadas en torno al recientemente creado Sindicato de Trabajadoras del Hogar y Cuidados (SINTRAHOCU). En Méjico, Sindicato Nacional de Trabajadores y Trabajadoras del Hogar (SINACTRAHO) en la República Dominicana, Sindicato Nacional de Trabajadora/es Domésticas (SINTRADOMES-CASC). Movimientos sin duda espoleados por la adopción del Convenio N° 189 de la OIT, que todavía no ha sido ratificado por España. En el caso

de piso⁵⁷, o incluso con las trabajadoras sexuales⁵⁸ (en femenino, pues se trata de sectores claramente feminizados). Actividades para las que la tradicional organización sindical, históricamente vinculada a partidos políticos, no parece estar dando respuestas, visto el afloramiento de esos nuevos fenómenos auto-organizativos en defensa de unos intereses puramente profesionales más allá de la ideología política -un motivo más de su alejamiento del sindicato tradicional-, y cuya vulnerabilidad se ha visto enormemente acrecentada como consecuencia de la pandemia de la COVID-19, al partir de una situación de mayor desprotección propiciada, en buena medida, por la invisibilidad de estos colectivos.

Su movilización, tratándose de sujetos habitualmente excluidos del juego político institucional, viene a reforzar la conclusión de que la representación y la acción colectiva constituyen una de las formas de expresión colectiva de los descontentos sociales, y la normativa debería propiciar su organización. La pandemia COVID-19 no ha hecho si no hacer más evidente esa necesidad de adaptar la normativa a la nueva realidad, una adaptación que permita canalizar eficazmente las reivindicaciones de los colectivos más desfavorecidos y a los que la pandemia ha colocado en situación de mayor vulnerabilidad.

El legislador debería, pues, anticiparse a estos fenómenos o, cuando menos, no demorar su respuesta ante las nuevas realidades que se presentan en los procesos productivos, para evitar la vulneración de las reglas aplicables al trabajo⁵⁹ o situaciones de explotación⁶⁰ (tal y como ha comenzado a hacer la Unión Europea

de Brasil el movimiento auto-organizativo de las empleadas domésticas es muy anterior, pues la primera asociación de domésticas fue fundada en 1936 por la militante negra y comunista Laudelina de Campos Mello, y la Federação Nacional das Trabalhadoras Domésticas (FENATRAD) fue creada en 1997. Todos estos movimientos se han ido integrando en una Federación internacional: la Federación Internacional de Trabajadores del Hogar (<https://idwfed.org/es>)

⁵⁷ Agrupadas en torno a la asociación laskellys (<https://laskellys.org>) surgida mediante la movilización a través de las redes sociales en 2014, lo que condujo a su auto-organización y presentación formal en 2016, exigiendo la prohibición -o, por lo menos- limitación de la externalización de sus servicios.

⁵⁸ Así ha ocurrido en España con el trabajo sexual, donde la *Organización sindical de Trabajadoras Sexuales* (OTRAS) surgió en 2018, como consecuencia “de la necesidad de garantías sociales y políticas de un grupo amplio de personas involucradas en un cambio profundo y necesario que deriva, entre otras cosas, del momento de convulsión ideológica mundial con el auge de las derechas radicales por un lado, y los feminismos, por otro” (<https://www.sindicatootras.org/-que-decimos-.html>).

⁵⁹ Tal y como se ha hecho recientemente en Francia, con relación al trabajo infantil, con la proposición de ley sobre la explotación comercial de la imagen de los menores de dieciséis años en plataformas en línea (proposición n.º. 3133) aprobada por la Asamblea Nacional francesa el 6 de octubre de 2020.

⁶⁰ Como es el caso de la aparición del *Game Workers United UK*, sindicato que persigue, según la declaración que cuelga en su página web (<https://www.gwu-uk.org>) acabar con la práctica

respecto del derecho de negociación colectiva para los trabajadores autónomos⁶¹) objetivo para el que el reforzamiento de sus derechos de representación, tanto sindical como unitaria⁶², y los medios de acción de los representantes, resulta indispensable.

En cualquier caso, la falta de mayores avances en el aspecto aquí tratado que cabría reprochar a la reciente normativa seguramente no puede achacarse plenamente al legislador. En efecto, teniendo en cuenta que se trata de una norma surgida del diálogo social, las presumibles reticencias de la patronal a incorporar mayores garantías para fortalecer las estructuras de representación podrían explicar -que no justificar- las carencias detectadas.

institucionalizada de excesivo abuso de realización de horas extra, en muchas ocasiones no retribuidas; promover con la inclusión y diversidad; informar a los trabajadores de sus derechos y apoyar a quienes hayan sido objeto de abuso, acoso o necesiten representación, así como asegurar unos ingresos estables y justos.

⁶¹ Comunicado de prensa de la Comisión Europea. “*Competition: The European Commission launches a process to address the issue of collective bargaining for the self-employed*”, Bruselas 20 junio 2020 (disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_1237 -último acceso, 25 noviembre 2020).

⁶² Aunque se considere que la necesaria reorganización y adaptación de la representación colectiva que demandan estos trabajadores se encauce, de manera preferente, por la vía sindical. Rojo Torrecilla, E., “La declaración del centenario de la OIT. A propósito de la importancia del reconocimiento de la libertad sindical y la negociación colectiva”, en *Revista Derecho Social y Empresa*, n.º. 13/2020, p. 18).