

Derecho a la protección de datos y monitorización del trabajo: juego de incumplimientos.

Pilar Rivas Vallejo

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona

Resumen: *No existe vulneración del derecho fundamental a la privacidad de los datos si se constata, a través de monitorización del trabajo, consistente en la atención telefónica, un incumplimiento reiterado, que permite conceder válidamente efectos disciplinarios a la monitorización pese a que se pactó colectivamente lo contrario, asumiendo la empresa el compromiso de no darle a las grabaciones uso disciplinario, sino formativo; primacía del valor del incumplimiento y la identificación de su corrección con un aspecto “formativo” sobre la eficacia del pacto colectivo.*

Palabras clave: *Monitorización. Protección de datos. Derecho a la intimidad.*

Abstract: *No violation of the fundamental right to data privacy can be found if it due to work monitoring (on telephone attention), a repeated breach by the worker which allows valid disciplinary effects to be granted to the monitoring, despite the fact that there's a collective agreement that commits the company not to give the recordings disciplinary use, but rather formative; primacy of the value of worker misconduct and identification of its correction with a “formative” aspect on the effectiveness of the agreement.*

Keywords: *Monitoring. Data protection. Right to privacy.*

I. Introducción

La doctrina constitucional y europea admiten la captación de imágenes y sonido como práctica de control empresarial cuando los trabajadores tienen conocimiento de ello. En este caso, el conocimiento de su existencia no es relevante, pues forma parte de la propia dinámica del trabajo, pero se trata de evaluar si el uso disciplinario posterior que se le da a las grabaciones, que fue expresamente excluido a través de un pacto por el que la empresa asumió explícitamente que la finalidad única de la misma es mejorar la formación de los trabajadores, excluyendo los fines disciplinarios, vulnera el derecho fundamental. Y, con ello, la prueba del despido, aunque en realidad no se alude explícitamente a este aspecto.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Constitucional (Sala Segunda).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 160/2021, de 4 de octubre.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de amparo núm. 3884/2017.

ECLI:ES:TC:2021:160

Fuente: BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 2021.

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. La cuestión central

El problema que se suscita es la hipotética vulneración del derecho amparado por el art. 18.4 CE a la privacidad de los datos como consecuencia de la monitorización del trabajo (de atención comercial telefónica) cuando existe un pacto que compromete a la empresa a no utilizar las grabaciones resultantes con fines disciplinarios, sino como parte de un plan formativo orientado a mejorar la formación de tales trabajadores. Se valora al mismo tiempo el alcance de la tutela del derecho en el ámbito laboral en relación con grabaciones y captación de datos de los trabajadores, en atención a la doctrina constitucional y europea, junto con la posible primacía del pacto o compromiso, que excluye la flexibilidad admitida por la doctrina constitucional en torno al conocimiento del uso de la monitorización, sin perjuicio de que lo que esté en juego no sea el conocimiento de tal práctica, sino su finalidad ulterior en relación con el análisis efectuado por el Tribunal Constitucional sobre el concepto de formación en este contexto y sobre el valor de la renuencia a cumplir las instrucciones empresariales para excluir la existencia de la vulneración pretendida.

2. Los hechos

El demandante fue despedido (en fecha 6/6/2014) como consecuencia de un incumplimiento contractual advertido por la empresa Telefónica de España, SAU, a través de la monitorización de sus conversaciones telefónicas con clientes de la empresa en su condición de asesor comercial (concretamente por “deficiente atención y dilación injustificada en la resolución de los problemas que le plateaban, sin seguir los procedimientos establecidos para encauzar las incidencias, incluso en algunos casos facilitándoles información errónea”). El despido fue declarado improcedente por la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Zaragoza núm. 276/2015, de 9 de junio de 2015, pronunciada en el procedimiento sobre despido núm. 635-2014, descartando su nulidad.

Respecto de la monitorización base de la acreditación de la causa del despido, se declara probado que todas las conversaciones de los asesores telefónicos con los clientes son grabadas desde al menos 2003, y que la coordinadora del servicio realiza las escuchas de tales conversaciones al objeto de comprobar el correcto desarrollo de su trabajo. Asimismo, se constata que la empresa firmó el 18/11/2003 con la representación de los trabajadores un documento de desarrollo de compromisos, incluyendo en él la monitorización de las llamadas de los asesores, si bien excluyendo su finalidad disciplinaria.

La sentencia del juzgado de lo social sostiene que la monitorización de las llamadas es una medida conocida por los trabajadores y proporcionada dentro de las facultades de control empresarial, que obedece a la finalidad de identificar carencias formativas de aquellos para elaborar planes formativos individuales. Afirma que esta finalidad no excluye su utilización como medio de prueba en caso de constatar un incumplimiento grave de sus obligaciones laborales, pues constituye una garantía de la empresa frente a comportamientos rechazables por parte de los trabajadores hacia los clientes, en caso de que estos no tramitaran reclamación alguna contra la empresa, ya que se trata de trabajadores cuya única herramienta de trabajo es la

comunicación telefónica y, por consiguiente, sostiene el juzgador a quo, se privaría a la empresa de los medios de control para verificar la ejecución del trabajo. Dicho lo cual, estima improcedente el despido por no considerar lo suficientemente grave el incumplimiento imputado. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón núm. 379/2016, de 27 de mayo (Sala de lo Social) desestima ambos recursos, fundamentando la ausencia de vulneración del art. 18.4 CE en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, en este caso STC 39/2016, de 3 de marzo, a partir del argumento de que las grabaciones no son lesivas del derecho invocado ni contravienen el compromiso asumido por la empresa, puesto que este no puede significar «la inmunidad de los asesores frente al control empresarial de la actividad laboral que desempeñan, siempre que se realice en condiciones de respeto a su esfera íntima inatacable». Finalmente, el Tribunal Supremo inadmitió, por auto de 18 de mayo de 2017, el recurso de casación para la unificación de doctrina, tramitado con el núm. 3016/2016, por falta de contradicción.

El Tribunal Constitucional admite el recurso de amparo porque plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no existe doctrina constitucional, ya que, si bien la jurisprudencia constitucional ha abordado la relevancia de grabaciones sonoras sobre los derechos fundamentales en el contexto de las relaciones laborales, solo lo ha hecho desde la perspectiva del derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE) y no desde el derecho a la protección de datos de carácter personal (artículo 18.4 CE), o en relación con el desconocimiento de la práctica de grabación de imágenes relativas al desarrollo de la actividad laboral (STC 39/2016, de 3 de marzo), pero no en situaciones en las que este conocimiento no se cuestiona, pero se vincula a un pacto que no incluye su uso con fines disciplinarios.

IV. Posición de las partes

El demandante y recurrente alega la vulneración del artículo 18.4 CE para justificar la nulidad del despido, sosteniendo asimismo el incumplimiento empresarial de su compromiso de utilización de las grabaciones con fines meramente formativos. La empresa se limitó a impugnar la improcedencia del despido, por lo que sus alegaciones, relativas a la calificación de los hechos imputados, no resultan relevantes a los efectos analizados.

En su recurso de amparo, el demandante alega vulneración del derecho a la protección de datos personales (artículo 18.4 CE), al amparo de la STC 29/2013, de 11 de febrero, por incumplimiento del compromiso suscrito con la empresa, que excluía los efectos disciplinarios de la monitorización telefónica, así como por inidoneidad, y falta de necesidad y proporcionalidad de la medida empresarial. Por su parte, la demandada sostiene que el recurso se concibe por el demandante como una nueva instancia judicial y que la cuestión central dilucidada ya ha sido abordada y resuelta desestimatoriamente en las diferentes instancias ordinarias.

Finalmente, el Ministerio Fiscal Ministerio interesa la desestimación del recurso de amparo, pues su objeto se circunscribe a valorar «el alcance del compromiso asumido por la empresa», que solo de manera tangencial afecta al derecho invocado, entendiendo asimismo que ambas sentencias han motivado debida y razonablemente la posibilidad de utilizar las grabaciones con fines disciplinarios, sin afectación restrictiva de los derechos fundamentales del recurrente.

V. Normativa aplicable al caso

Son de aplicación al caso el artículo 212 i) y j) de la normativa laboral, en relación con el artículo 54.2 b) y d) de la Ley del estatuto de los trabajadores.

VI. Doctrina básica

1. Afectación del derecho a la protección de datos de carácter personal por la grabación de los trabajadores durante el desarrollo del trabajo

La jurisprudencia constitucional sobre la afectación del derecho a la protección de datos de carácter personal (art. 18.4 CE) de las grabaciones a los trabajadores se resume en el fundamento jurídico de la sentencia comentada, que se sintetiza en la STC 39/2016, a tenor de la cual las grabaciones en un soporte físico que facilitan la identidad de una persona o ayudan a confeccionar su perfil personal constituyen un dato de carácter personal a los efectos del art. 18.4 CE, y, por lo tanto, su protección garantiza el poder de control sobre tales datos, su uso y destino, a fin de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad personal, por lo que requiere el conocimiento de tales datos, su acceso por terceros y la finalidad de este, lo que supone que estos elementos forman parte de la esencia del derecho (STC 292/2000, de 30 de noviembre). En el ámbito laboral, si bien el consentimiento del trabajador para la obtención de datos «se entiende implícito en la relación negocial, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes» (STC 39/2016), el deber de información es exigible a la empresa, toda vez que forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos.

El Tribunal Constitucional reseña que la jurisprudencia del Tribunal Europeo Derechos Humanos se encuentra en la misma línea, como se manifiesta en la STEDH de 17 de octubre de 2019, caso López Ribalda y otros c. España, siguiendo lo ya establecido en la STEDH de 5 de septiembre de 2017, caso Bărbulescu c. Rumanía. En esta doctrina, la Gran Sala, rectificando el criterio seguido en la sentencia de 9 de enero de 2018, declara que la videovigilancia no informada puede ser una medida proporcionada cuando concurren las circunstancias necesarias (v.g. en determinadas zonas y debido a la constatación de riesgos para el patrimonio empresarial), que deberán ponderar los tribunales nacionales, sobre la base del criterio de la notificación a los empleados, la existencia de razones legítimas y su comunicación a los empleados (o a sus representantes), junto con su alcance y medios empleados, la correlación entre los resultados de la vigilancia y el objetivo perseguido o adecuación de la medida, y la impugnabilidad de la medida.

2. El válido incumplimiento de un pacto si su respecto priva a la empresa de corregir la prestación de servicios contratada

La anterior doctrina implica que resulte válida la utilización de las grabaciones, aun cuando no se hubieran realizado con fines disciplinarios, para la vigilancia de la ejecución del trabajo, aun cuando se hubiera pactado con la representación legal de los trabajadores no hacerlo, al servir de método único de verificación del cumplimiento de la prestación laboral. Asimismo, el tribunal otorga un valor especial a sendas circunstancias del caso: a) que se cumplió en principio el compromiso de utilizar las grabaciones con fines formativos, y de calidad del servicio, y b) que el trabajador fue advertido en varias ocasiones de la incorrección de su proceder –lo que identifica con “fines de calidad de servicio”–, y que se le dieron las indicaciones para una actuación adecuada –elemento que identifica con los pretendidos “fines formativos”–, sin corregir su actitud, considerando el tribunal que esta renuencia es clave en la validación de la medida empresarial.

En definitiva, en un peculiar juego asociativo entre actividad formativa (curiosamente identificada como las instrucciones de ejecución de la prestación laboral) y calidad del servicio, se concluye que los pactos colectivos como el analizado pueden violentarse si existe incumplimiento reiterado de los trabajadores cubiertos por el mismo, aun cuando no exista una correspondencia entre ambos incumplimientos como vía de escape para soslayar la tutela del derecho fundamental amparado en el art. 18.4 CE. Concluyendo que la interpretación de si el pacto colectivo permite su incumplimiento cuando se produzca una voluntad renuente a cumplir las indicaciones de servicio con fines sancionatorios es una cuestión que debe determinarse por los

órganos judiciales, pues en todo caso no afecta al núcleo del derecho a la protección de datos personales.

En suma, la validez de una prueba obtenida lícitamente, pero usada irregularmente con propósito disciplinario no es cuestionada por vulnerar el derecho fundamental previsto en el art. 18.4 CE, simplemente porque se constata un incumplimiento reiterado del trabajador, lo que, según el parecer del tribunal, es mecanismo hábil para restablecer la validez de la prueba del incumplimiento que justifica el despido.

VII. Parte dispositiva

La resolución desestima el recurso de amparo, por entender que no se ha producido vulneración alguna del derecho fundamental alegado (artículo 18.4 CE).

VIII. Pasajes decisivos

La doctrina de la resolución del Tribunal Supremo se contiene principalmente en el FJ 4 (párrafos noveno a undécimo), en el que se afirma que “el empleador dio estricto cumplimiento a las exigencias de información previa respecto de la posibilidad y efectiva existencia de las observaciones y grabaciones de las conversaciones telefónicas, de las que el recurrente no ha negado en ningún momento ser conocedor; también constata, respecto de una cuestión que tampoco ha sido negada por la empleadora compareciente en este recurso de amparo, que su compromiso expreso es que esta injerencia en el derecho a la protección de datos de carácter personal de sus asesores comerciales, entre los que se verifique el recurrente, no debería en ningún caso como objeto su uso para fines disciplinarios”, que, “las grabaciones fueron utilizadas en primera instancia con los fines de calidad de servicio y formativos a los que se comprometió la empleadora con la representación de los trabajadores, habida cuenta de que, con fundamento en la monitorización sonora de su desempeño laboral, el demandante de amparo fue advertido en varias ocasiones de la incorrección de su proceder –fines de calidad de servicio–, dándose las indicaciones para una actuación adecuada –fines formativos–”. Y añade que “la persistencia en el mantenimiento de una actitud renuente del demandante de amparo al cumplimiento de las indicaciones aportadas por la empleadora en el ejercicio de su dirección empresarial para el más correcto cumplimiento de los deberes contractuales en favor también de los clientes, usuarios y consumidores de la prestación de asesoramiento fue la que posteriormente determinó el ejercicio de acciones disciplinarias y el despido”. Finalmente, concluye que, “atendido que en el caso examinado las grabaciones se han utilizado para la actividad formativa y de detección de deficiencias, el aspecto nuclear del presente recurso se circunscribe a determinar si la interpretación de la cláusula pactada con los representantes de los trabajadores admite que la constatada voluntad renuente del demandado a asumir las indicaciones industriales pueda ser considerado como un comportamiento susceptible de ser sancionado. La determinación de esta cuestión corresponde a los órganos judiciales, pero es ajena al contenido del artículo 18.4 CE”.

IX. Comentario

La sentencia objeto de comentario no efectúa análisis explícito de necesidad, adecuación y proporcionalidad de la medida empresarial cuestionada, pues resitúa el núcleo del litigio en otra cuestión ajena a la propia vulneración del derecho fundamental, privándolo, en consecuencia, del carácter necesario para dilucidarlo en sede constitucional: en concreto, la validez del incumplimiento del pacto por el que la empresa se comprometió a no aplicar las grabaciones obtenidas en el curso de la prestación laboral con fines disciplinarios. Y, llegados a este punto, naturalmente excluye ulterior análisis, toda vez que se trata de una cuestión de legalidad ordinaria ajena a su competencia.

Sin embargo, el verdadero núcleo de la cuestión no es el desplazamiento de la tutela del derecho fundamental por el incumplimiento reiterado del trabajador (este debería conducir siempre, por tanto, a la validez de toda prueba conducente a demostrarlo y a justificar el despido, sustantiva y procesalmente). Por el contrario,

debería haberse examinado si la prueba del despido cuenta con la validez necesaria para acreditarlo, pues, de lo contrario, este habría de ser nulo, porque se ha obtenido vulnerando derechos fundamentales del trabajador. En concreto, el derecho a la protección de los datos personales protegido por el art. 18.4 CE.

Para determinar si tal vulneración se ha producido, la doctrina sentada en la STC 39/2016, recogida en la STS 77/2017, de 31 de enero y posteriores, exige el conocimiento de la existencia de las grabaciones, sin necesidad de comunicar su concreta finalidad, respetando las exigencias de proporcionalidad y necesidad para acreditar la veracidad de los hechos imputados al trabajador. Esta es también la doctrina del Tribunal Supremo, en aplicación de la constitucional, cuando en el auto de 18 de septiembre de 2018 (rcud. 1092/2018) afirma que "la prueba consistente en reproducción de imágenes y sonidos (videovigilancia) es lícita, siempre que el trabajador conozca la instalación de las cámaras y su ubicación ...", matizando las SSTS de 7 de julio de 2016 (rcud. 3233/2014) y posteriores que tal información se entiende cumplida sin necesidad de concretar el propósito de la videograbación (trasladable en este caso a la monitorización de las llamadas telefónicas). En el presente caso, no cabe duda de que tal conocimiento no ha sido cuestionado ni siquiera por el propio interesado.

Como segundo paso de verificación de la pretendida validez de tal prueba, debe examinarse el propio propósito de la grabación. Según la doctrina citada, no constituye impedimento para su validez el conocimiento de la finalidad de su instalación. Y así se resolvió en la STEDH (Gran Sala) 17 octubre 2019 (López Ribalda II), que deja sin efecto su doctrina anterior (STEDH de 9 de enero de 2018, López Ribalda I), y en las SSTS 77/2017, 31 de enero, rcud 3331/2015, 21/2019, de 15 de enero, 212/2020, 5 de marzo (rcud 256/2017) y 817/2021, de 21 de julio. Como se sienta en la STC 39/2016, de 3 de marzo, la finalidad del control no es un requisito imprescindible para la validez del uso del sistema. Según afirma la STS 817/2021, de 21 de julio, el control empresarial reconocido por el art. 20.3 ET cubre el tratamiento de datos sin necesidad de autorización, que, por tanto, se entiende implícita en la celebración del contrato de trabajo [el "desequilibrio claro" que puede existir entre el interesado y el responsable del tratamiento al que hace referencia el considerando 43 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 (RGPD) queda salvado por tal autorización implícita]. Por consiguiente, el propósito no es relevante para considerar vulnerado el derecho fundamental en tales términos.

Ahora bien, en el caso presente este propósito sí estaba restringido a través de la interposición de un pacto colectivo que comprometía a la empresa a no utilizar los datos así obtenidos con finalidad disciplinaria. Y dicho pacto y compromiso ha sido incumplido. Este pacto ha de ponerse en relación con la propia dimensión del derecho constitucional y su configuración jurisprudencial. En otras palabras, ¿puede alterarse su configuración por la interposición de un pacto de signo protector, por tanto, no restrictivo del derecho, para alterar la interpretación constitucional del mismo? El Tribunal Constitucional parece centrar su resolución en esta dimensión y, al mismo tiempo que la considera cuestión de legalidad ordinaria externa a su competencia, le concede el valor necesario para alterar los términos del debate constitucional. Es decir, lo relevante en su interpretación es, realmente, una cuestión de legalidad ordinaria, como es si el incumplimiento reiterado de los trabajadores permite dejar sin efecto un pacto colectivo (como parece deducirse del fundamento jurídico cuarto), o, en el plano constitucional, si los elementos del caso privan de relevancia alguna al aludido pacto o, finalmente, si tales circunstancias pueden calificarse de equivalentes al juicio de necesidad y proporcionalidad necesarios para justificar la violación del derecho sin que esta tenga relevancia constitucional (por tanto, sin que se trate de una verdadera violación del derecho reconocido por el art. 18.4 CE).

Para ello, la operación mental que efectúa el tribunal es la siguiente secuencia lógica (en el sentido filosófico-matemático): a) existe un incumplimiento reiterado, ante el cual el trabajador ha ignorado las advertencias de la empresa en torno a corregir su actitud; b) dicha actitud equivalente a un incumplimiento contractual, por tanto, en el

plano sancionador, se identifica al mismo tiempo y contradictoriamente por el Tribunal Constitucional como una medida formativa (lo que implica equiparar amonestación con formación...), y con la necesidad de garantizar la calidad del servicio (en este caso sí, por tanto, sería una medida correctiva, amonestación que entra claramente en el terreno sancionador), aunque esta finalidad no se desprende de los términos del acuerdo, que reza literalmente: “la dirección de la empresa manifiesta que la finalidad del proyecto es la identificación de carencias formativas para la prestación de los servicios de atención y ventas, que permitan la elaboración de planos individuales de formación y mejora de competencias capaces de superar las referidas carencias [...] asumiendo la empresa el compromiso de que la monitorización no tendrá en ningún caso como objetivo su utilización como un mecanismo disciplinario”; y c) dado tal carácter “formativo”, concluye que no se ha incumplido en realidad el compromiso o pacto, pues es este el que conduce al resultado disciplinario, en una aparente confusión entre ambos planos, y, en consecuencia, no ha existido violación del derecho fundamental, *aunque, en realidad*, se trata de cuestión de legalidad ordinaria.

Como colofón, se omite el análisis explícito de si la prueba así obtenida para acreditar el despido fue irregular y, por tanto, invalida la acreditación de la conducta objeto de sanción disciplinaria, porque las grabaciones fueron legítimas. Otra cuestión distinta es que fuera legítimo *su uso* con finalidades concretas contrarias a los intereses del sujeto grabado, al que se acaba privando del derecho de oposición, como consecuencia inherente a su prestación laboral. Debe recordarse en este punto que la

Guía «La protección de datos en las relaciones laborales» de la Agencia Española de Protección de Datos (2021) indica, en el plano de la recomendación donde se sitúa, que “en el ámbito de las relaciones laborales, la base jurídica principal es la ejecución del contrato de trabajo, porque el consentimiento del afectado no es válido cuando se proporciona en un contexto de «desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento», la posición de desequilibrio entre la empresa y la persona trabajadora exige extremar las cautelas y, en particular, el respeto a los principios de proporcionalidad y de limitación de la finalidad”. La citada guía, contracorriente de la jurisprudencia constitucional y europea aludidas, exige que el contenido del consentimiento *se refiera explícitamente a todas y cada una de las posibles finalidades del tratamiento*, bajo la condición de que este sea necesario y proporcional, y, finalmente, que la prestación del consentimiento no condicione la ejecución del contrato, aunque el art. 6.3 LOPD sí lo admite para garantía de tal ejecución: “no podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual”. Merece destacarse, también, una cuestión de segundo orden: ¿el incumplimiento reiterado hace de peor condición el derecho fundamental que se ampara? La renuencia a cumplir las instrucciones empresariales ¿priva a los trabajadores o matiza el alcance del derecho fundamental a la intimidad y la privacidad de sus datos? O, desde la perspectiva inversa, ¿monitorear el cumplimiento del trabajo, bajo el amparo del art. 20.3 ET, no exige respetar el derecho fundamental a la intimidad, porque este concepto no es aplicable a la ejecución concreta de la prestación laboral -la atención telefónica-, ya que vaciaría el contenido de las facultades empresariales de control? Esta última no parece ser la respuesta conforme a la doctrina de los derechos constitucionales que conocemos.

X. Apunte final

Queda abierta, en todo caso, a pesar de la alusión efectuada por la sentencia a la cuestión, la solución al equilibrio entre el alcance constitucional de un derecho fundamental y su configuración concreta a través de un pacto colectivo de signo beneficioso para la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, pues la resolución comentada parece conceder validez a su ruptura por la empresa si se produce un incumplimiento reiterado de los trabajadores respecto de sus obligaciones contractuales.