

## INFORMES Y ESTUDIOS SERIE EMPLEO

### ÚLTIMOS TÍTULOS PUBLICADOS

**Evolución del empleo y de la situación social en Europa 2017 (Pdf)**  
Comisión Europea

**Evolución del empleo y de la situación social en Europa 2018 (Pdf)**  
Comisión Europea

**Plataformas digitales y mercado de trabajo**  
María Luz Rodríguez Fernández (Dir.)

**Análisis de las transiciones al empleo indefinido**  
Inmaculada Cebrián López  
Gloria Moreno Raymundo

**Evolución del empleo y de la situación social en Europa 2019 (Pdf)**  
Comisión Europea

**Reestructuraciones Empresariales**  
Ponencias  
*XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

**Reestructuraciones Empresariales**  
Comunicaciones (Pdf)  
*XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

**Evolución del empleo y de la situación social en Europa 2020 (Pdf)**  
Comisión Europea

Son muchas las cuestiones jurídico-laborales de actualidad que han pretendido englobarse en la temática común "Digitalización, recuperación y reformas laborales" de este XXXII Congreso Anual de la AEDTSS. Asuntos todos derivados de los compromisos asumidos por España en Europa y de las distintas reformas acometidas a través de planes como el de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Todo ello en un contexto de cambio, en un escenario nuevo, que resulta de la experiencia proporcionada por la crisis de 2008, la emergencia sanitaria de la covid-19 y el contexto de transformación digital en el que estamos inmersos.

Se afrontan temas tan estimulantes como el impacto de la digitalización en el mercado de trabajo y la transición, inclusiva y con derechos, hacia un nuevo modelo económico, verde y digital; las condiciones de trabajo y la protección social del trabajo en plataformas, con propuestas para su regulación internacional; la "contrarreforma" de la Seguridad Social derivada de un proceso de diálogo y búsqueda de consensos; el impacto del nuevo modelo en la protección social internacional, europea e interna, de distintos colectivos vulnerables; las principales consecuencias de la transición tecnológica y digital sobre el fundamento y función propios del Derecho del Trabajo; la adaptación del test de proporcionalidad a la "necesidad" de control tecnológico; el de los algoritmos y la inteligencia artificial como nueva tecnología al servicio de la toma de decisiones en el ámbito laboral; la utilización de la tecnología inteligente en todo tipo de decisiones empresariales; para terminar con una sugerente reflexión sobre la brecha digital generacional de la clase media.

En fin, destaca la Conferencia inaugural del Congreso que quizá llega el momento de revisar la totalidad del modelo, en particular el Estatuto de los Trabajadores, ya debilitado por las sucesivas reformas, con el fin de recuperar su función constitucional de ser norma central impregnada de derechos fundamentales para quien trabaja y no escorado a la protección del mercado.

## DIGITALIZACIÓN, RECUPERACIÓN Y REFORMAS LABORALES

XXXII Congreso Anual  
de la Asociación Española de Derecho  
del Trabajo y de la Seguridad Social

Alicante, 26 y 27 de mayo de 2022

DIGITALIZACIÓN, RECUPERACIÓN Y REFORMAS LABORALES

## INFORMES Y ESTUDIOS EMPLEO

Asociación Española de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

VICEPRESIDENCIA  
SEGUNDA DEL GOBIERNO  
MINISTERIO  
DE TRABAJO  
Y ECONOMÍA SOCIAL



## DIGITALIZACIÓN, RECUPERACIÓN Y REFORMAS LABORALES

XXXII Congreso Anual  
de la Asociación Española de Derecho  
del Trabajo y de la Seguridad Social

Alicante, 26 y 27 de mayo de 2022

Se incluyen en este libro las ponencias del XXXII Congreso Anual de la AEDTSS. Aportaciones, todas ellas, que se expusieron en un entorno de presencialidad, ya deseada, tras dos años de virtualidad ineludible por la covid-19, y que responden a la concienzuda investigación realizada por cada una de las personas que, bien como ponentes o interlocutores, bien por razón de la Inauguración o Clausura del evento, han contribuido a enriquecer el conocimiento científico del iuslaboralismo español. Las aportaciones aquí publicadas son:

- Conferencia Inaugural: El Derecho del Trabajo y su reforma en el contexto post covid
- Ponencias:
  - Acceso al empleo, formación y contratación en el contexto de la digitalización
  - Nuevas formas de empleo
  - Reforma de la Seguridad Social y digitalización
  - Protección social de nuevos colectivos vulnerables
  - Derechos de información, transparencia y digitalización
    - Interlocución: Control tecnológico: una propuesta de aplicación del triple juicio de proporcionalidad conforme a la normativa europea de protección de datos
  - La gestión laboral a través de algoritmos
    - Interlocución: La gestión algorítmica del trabajo: nuevos impactos y retos jurídicos, tecnológicos y éticos
- Conferencia de clausura: Sobre la brecha digital generacional de la clase media española. Un análisis perspectivístico de Derecho comparado, relativo a un colectivo gigante de contribuyentes en riesgo de exclusión social.

Este libro se convierte, pues, en estos momentos, en la vanguardia de muchos de los temas principales de la actualidad de las relaciones jurídico-laborales.



MINISTERIO DE TRABAJO  
Y ECONOMÍA SOCIAL

**Subdirección General de Informes,  
Recursos y Publicaciones**

RET: 22-2.396

# Digitalización, recuperación y reformas laborales

XXXII Congreso Anual  
de la Asociación Española de Derecho  
del Trabajo y de la Seguridad Social

Ponencias

COLECCIÓN INFORMES Y ESTUDIOS  
Serie Empleo

Núm. 62

# Digitalización, recuperación y reformas laborales

XXXII Congreso Anual  
de la Asociación Española de Derecho  
del Trabajo y de la Seguridad Social

Ponencias

Alicante, 26 y 27 de mayo de 2022

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado

<http://cpage.mpr.gob.es>

Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este libro puede ser reproducida o transmitida en forma alguna ni por medio alguno, electrónico o mecánico, incluidos fotocopias, grabación o por cualquier sistema de almacenado y recuperación de información, sin permiso escrito del editor.



Edita y distribuye:

**Ministerio de Trabajo y Economía Social**

**Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones**

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

Correo electrónico: [sgpublic@mites.gob.es](mailto:sgpublic@mites.gob.es)

Internet: [www.mites.gob.es](http://www.mites.gob.es)

NIPO Papel: 117-22-019-7

NIPO PDF: 117-22-020-X

NIPO Epub: 117-22-021-5

ISBN Papel: 978-84-0000-000-0

ISBN PDF: 978-84-0000-000-0

ISBN Epub: 978-84-0000-000-0

Depósito legal: M-00000-2022

En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro, de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública.  
Imprime: Solana e hijos A. G., S.A.U.



## ÍNDICE

PRÓLOGO <i>Gloria Pilar Rojas Rivero</i> .....	9
EL DERECHO DEL TRABAJO Y SU REFORMA EN EL CONTEXTO POST COVID <i>Carmen Viqueira Pérez</i> .....	29
ACCESO AL EMPLEO, FORMACIÓN Y CONTRATACIÓN EN EL CONTEXTO DE LA DIGITALIZACIÓN <i>Miguel Rodríguez-Piñero Royo</i> .....	59
NUEVAS FORMAS DE EMPLEO DIGITAL: EL TRABAJO EN PLATAFORMAS. DIEZ PROPUESTAS PARA SU REGULACIÓN INTERNACIONAL <i>María Luz Rodríguez Fernández</i> .....	91
REFORMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DIGITALIZACIÓN <i>Margarita Isabel Ramos Quintana</i> .....	121
PROTECCIÓN SOCIAL DE NUEVOS COLECTIVOS VULNERABLES <i>Francisco Javier Hierro Hierro</i> .....	157
DERECHOS DE INFORMACIÓN, TRANSPARENCIA Y DIGITALIZACIÓN <i>Yolanda Valdeolivas García</i> .....	187
CONTROL TECNOLÓGICO: UNA PROPUESTA DE APLICACIÓN DEL TRIPLE JUICIO DE PROPORCIONALIDAD CONFORME A LA NORMATIVA EUROPEA DE PROTECCIÓN DE DATOS <i>Adrián Todolí Signes</i> .....	223

LA GESTIÓN LABORAL A TRAVÉS DE ALGORITMOS <i>Jesús R. Mercader Uguina</i> .....	253
LA GESTIÓN ALGORÍTMICA DEL TRABAJO: NUEVOS RETOS JURÍDICOS, TECNOLÓGICOS Y ÉTICOS <i>Anna Ginès i Fabrellas</i> .....	295
SOBRE LA BRECHA DIGITAL GENERACIONAL DE LA CLASE MEDIA ESPAÑOLA. UN ANÁLISIS PERSPECTIVÍSTICO DE DERECHO COMPARADO, RELATIVO A UN COLECTIVO GIGANTE DE CONTRIBUYENTES EN RIESGO DE EXCLUSIÓN SOCIAL <i>Jesús Martínez Girón</i> .....	321

CONTROL TECNOLÓGICO: UNA PROPUESTA DE APLICACIÓN  
DEL TRIPLE JUICIO DE PROPORCIONALIDAD CONFORME  
A LA NORMATIVA EUROPEA DE PROTECCIÓN DE DATOS

ADRIÁN TODOLÍ SIGNES

*Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universitat de València

## **SUMARIO**

1. INSATISFACCIÓN GENERALIZADA. 2. CAMBIAR EL FOCO: DE PILLAR A LOS “TRAMPOSOS” A PROTEGER LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS. 2.1. La intimidad y privacidad como principal límite. 2.2 Pillar a los “incumplidores”. 2.3 El olvido del resto de derechos, y prioridades, en la ponderación. 3. LA MINUSVALORACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE DATOS. 3.1 Relevancia constitucional de los requisitos de protección de datos. 3.2 Adaptación del test de constitucionalidad a la ponderación decidida por Legislador. 4. DEBILITAMIENTO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO FUENTE DE PROTECCIÓN FRENTE A CONTROLES TECNOLÓGICOS. 4.1. Importancia de la negociación colectiva. 4.2. Debilitamiento de la efectividad de la negociación colectiva por la jurisprudencia. 4.3. La remisión a la negociación colectiva como fórmula de desregulación. 4.4 Propuestas para reforzar la negociación colectiva. 5. FALTA DE ESPECIFICIDAD LABORAL DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS. 6. CONCLUSIONES.

“Cuando tengo una película a domicilio no quiero perdérmela”

Juez Salomone

Un giorno in pretura (1954)

## 1. INSATISFACCIÓN GENERALIZADA<sup>1</sup>

El presente trabajo parte de un consenso doctrinal. Como bien señala la prof. Valdeolivas<sup>2</sup>, a pesar de la reciente regulación en materia de control tecnológico de las personas trabajadoras en el ámbito empresarial (art. 20 bis ET y arts. 87 a 91 LOPDGD), la cuestión se encuentra lejos de poderse considerar bien cerrada<sup>3</sup>.

En esta normativa, el legislador opta por incorporar los últimos criterios jurisprudenciales<sup>4</sup> al texto legal. Y, probablemente, esta sea la causa principal de la insatisfacción con los resultados normativos.

---

<sup>1</sup> Investigación parte del Proyecto de I+D+i Retos MICINN “Derechos y garantías frente a las decisiones automatizadas en entornos de inteligencia artificial, IoT, big data y robótica” (PID2019-108710RB-I00, 2020-2022).

<sup>2</sup> VALDEOLIVAS GARCIA Y., “Derechos de información, transparencia y digitalización”, ponencia al Congreso nacional de la AEDTSS celebrado en Alicante en 2022, *versión preprint*, 2022.

<sup>3</sup> Entre otros ver, CRUZ VILLALÓN J., “Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos”, *TL*, 150, 2019, pp 13-44; NAVARRO NIETO, F., “Las facultades de control a distancia del trabajador: videovigilancia y grabación de sonido”, *TL*, 150, 2019, pp 71-99; GONZALEZ ORTEGA, S., “Las facultades de control a distancia del trabajador: geolocalizadores y tacógrafos”, *TL* 150, 2019, pp 45-70; MONEREO PÉREZ J.L., y ORTEGA LOZANO P.G., “El control empresarial del correo electrónico del trabajador”, *TL*, 2019, pp 133-159; MOLINA NAVARRETE, “Control tecnológico del empleador y derecho probatorio: efectos de la prueba digital lesiva de derechos fundamentales”, *TL*, 150, 2019, pp 331-354, MOLINA NAVARRETE C., *Datos y derechos digitales de las personas trabajadoras en tiempos de (pos)covid19: entre eficiencia de gestión y garantías*, Bomarzo, 2021. También se ha criticado por razones de inseguridad jurídica así, GOERLICH PESET, J.M. “Protección de la privacidad de los trabajadores en el nuevo entorno tecnológico inquietudes y paradojas”, *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico: XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional / coord. por Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, 2016, p. 126.

<sup>4</sup> Los vigentes en 2018. Dado que algunos de estos criterios ya han sido modificados, por ejemplo, por la STEDH de 17 de octubre de 2019 caso López Ribalda II.

Como se argumentará en este trabajo, los tribunales, en los últimos 20 años de debates sobre las facultades de control tecnológico, han ido incrementando las posibilidades de vigilancia de los trabajadores mediante medios tecnológicos a través de la calificación como lícita de la prueba presentada por la empresa en un proceso de despido disciplinario. Todo ello a la vez que tecnología permite un control, cada vez más exhaustivo, invasivo y barato en beneficio de la empresa<sup>5</sup>.

De esta forma, los tribunales, como no puede ser de otra manera, resuelven sobre el uso lícito o ilícito –proporcionado o desproporcionado– de las medidas de control tecnológico en casos en los que la medida de control ha funcionado para “pillar” a un trabajador “tramposo”<sup>6</sup> o incluso delictivo. Ante esta tesitura, entre indemnizar o incluso declarar la nulidad del despido, del trabajador “culpable” o admitir la validez de la prueba presentada, los tribunales han ido paso a paso permitiendo un mayor uso de este control tecnológico devaluando con ello la protección de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras (especialmente para las “no culpables”).

Este foco centrado en impedir que los “incumplidores” salgan indemnes es especialmente preocupante desde el momento en el que el legislador interno toma como referencia, para regular los Derechos fundamentales de los trabajadores frente a un control tecnológico, estas mismas resoluciones y, con ello, asume esta perspectiva “policial”, desatendiendo los efectos estructurales y de equilibrio de posiciones entre empresario y personas trabajadoras.

Adicionalmente, en este trabajo se argumentará que esta posición tomada por la jurisprudencia interna y, de alguna forma, elevada a rango legal por el legislador interno es contraria a la postura elegida por el Reglamento europeo de protección de datos. Una norma, a la postre, jerárquicamente superior y de aplicación directa.

Así se argumentará: 1) que la normativa de protección de datos tiene alcance constitucional –por afectar a DDFF– y su incumplimiento debe provocar la nulidad de una prueba tecnológica; 2) que la ponderación entre derechos constitucionales realizada mediante el triple juicio constitucional de proporcionalidad debe ser vertebrada por los principios generales creados por el legislador europeo en materia de protección de datos. Esto es, el triple juicio de constitucionalidad debe realizarse bajo los parámetros del principio de minimización de datos. En este trabajo se realizará una propuesta concreta y actualizada conforme a los parámetros de la normativa europea para realizar el triple juicio de proporcionalidad; 3) en tercer lugar se argumentará que algún posicionamiento judicial, centrado en “pillar” a los “tramposos”, está

---

<sup>5</sup> TODOLÍ SIGNES, A., “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, *RDS*, 84, 2018; TODOLÍ SIGNES A., “En cumplimiento de la primera ley de la robótica”, *Labour and law issues*, 5 (2), 2019, disponible online en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3506584](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3506584)

<sup>6</sup> MOLINA NAVARRETE, “Control tecnológico del empleador...”, op cit, p 342

provocando una minusvaloración de la capacidad de la negociación colectiva de establecer garantías adicionales en materia de protección de datos. Un posicionamiento que se considera criticable a la vista de la normativa europea e interna.

Por último, este trabajo analizará cómo no es solamente un problema de foco de la jurisprudencia que es trasladado a la legislación, sino que, en general, la insatisfacción generalizada con la normativa responde a una falta de especificidad de la regulación de protección de datos en materia laboral. En este sentido, se propondrán algunas mejoras como la extensión de la “autodeterminación informativa” (de carácter eminentemente individual<sup>7</sup>) a los representantes de los trabajadores a través de una “autodeterminación informativa” de carácter colectivo.

## 2. CAMBIAR EL FOCO: DE PILLAR A LOS “TRAMOSOS” A PROTEGER LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS

### 2.1. La intimidad y privacidad como principal límite

El control tecnológico de los trabajadores plantea un enfrentamiento entre el interés legítimo del empresario en vigilar y controlar la actividad laboral y el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores. Este conflicto se tiende a enjuiciar en la mayoría de situaciones desde la perspectiva única del derecho a la intimidad (18.1 CE) y el secreto de las comunicaciones (18.3 CE)<sup>8</sup>.

Esta perspectiva explica que el principal límite/requisito al control tecnológico sean los derechos de información y la transparencia en el uso del mismo<sup>9</sup>. De esta forma, para los Tribunales es crucial destruir la expectativa de intimidad del trabajador, esto es, que el trabajador sea consciente de que no tiene intimidad en su puesto de trabajo o en el uso del ordenador de la empresa, del coche de empresa o durante las conversaciones telefónicas en tiempo de trabajo. Una vez el trabajador sabe que puede ser controlado (obligación de información), el empresario será libre de poder usar las fórmulas tecnológicas de vigilancia que considere oportunas dado que si el trabajador mantiene conversaciones íntimas o usa los medios empresariales para cuestiones privadas será su responsabilidad y deberá soportar los descubrimientos sobre su vida privada que realice el empresario<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Al respecto ver, TODOLÍ SIGNES, A., “La reputación online de la economía colaborativa y su impacto en los derechos fundamentales de los trabajadores”, *Revista derecho del trabajo*, 14, 2017; 31-44.

<sup>8</sup> GOÑI SEIN, J.L., “Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del reglamento europeo de protección de datos de 2016”, *RDS*, 78, 2017, p 26

<sup>9</sup> GOÑI SEIN, J.L., “Nuevas tecnologías digitales...”, *op cit.*, p 27;

<sup>10</sup> MONEREO PÉREZ J.L., y ORTEGA LOZANO P.G., “El control empresarial del correo...”, *op cit.*, p 154. Todo esto puede ser matizado por el principio de proporcionalidad pero, como luego

Otro límite que responde a esta óptica de respeto a la intimidad es la imposibilidad de realizar controles fuera del lugar de trabajo y tiempo de trabajo. Así, la jurisprudencia señala que las posibilidades del empresario de violar el derecho a la intimidad fuera del lugar y tiempo de trabajo son mucho mayores y, por ello, reduce las posibilidades de control fuera del mismo.

## 2.2. Pilar a los “incumplidores”

Ahora bien, estos límites provenientes de los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones son susceptibles de decaer frente a otra perspectiva que parece alcanzar la condición de objetivo supremo: pillar a los “incumplidores”<sup>11</sup>

En efecto, los máximos interpretes no plantean demasiados problemas a la hora de doblar estos principios en los casos en los que sostenerlos implique anular pruebas que obligarían a declarar improcedente/nulo un despido de un trabajador que se sabe “culpable” en base a esas mismas pruebas tecnológicas que se enjuician.

Para sostener esta tesis de la prevalencia de la efectividad de la prueba sobre los derechos fundamentales se puede traer a colación la STC 170/2013<sup>12</sup> en la que se desvirtúan las garantías de la “destrucción de la expectativa de intimidad” al admitir el registro del correo electrónico sin haber informado directamente a los trabajadores de tal medida y sin ni siquiera haber establecido previamente prohibición alguna del uso privado de tales medios tecnológicos a través de ningún protocolo o aviso interno en la empresa<sup>13</sup>. En este sentido, el Tribunal Constitucional admitió como suficiente para poder realizar los registros al correo electrónico corporativo que el convenio colectivo aplicable tipificara como falta leve “la utilización de medios informáticos propiedad de la empresa para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral”. Así, el Tribunal vendrá a sostener que el trabajador, habiendo de conocer el convenio colectivo, no debió albergar expectativa de privacidad alguna, permitiendo por ello el control empresarial realizado.

En el mismo sentido, se ha admitido el control de la mensajería instantánea instalado en un ordenador de uso común en la empresa, una vez más, sin que la empresa hubiera manifestado o informado a los trabajadores de las posibilidades de registro o control alguno, al entender que el trabajador no

---

se argumentará, solo actúa en situaciones límite y no como una verdadera proporcionalidad que tiene en cuenta todas las circunstancias

<sup>11</sup> En este sentido ver, MOLINA NAVARRETE, “Control tecnológico del empleador...”, op cit, p 342. Sobre el uso disciplinario de las nuevas tecnologías ver, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO C., “Poderes directivos y nuevas tecnologías”, TL, 138, 2017, p 177.

<sup>12</sup> Sobre esta sentencia ver, APARICIO TOVAR, J., “Los derechos fundamentales y el juicio de proporcionalidad degradados a mera retórica. A propósito de la STC 170/2013, de 17 de octubre de 2013”, *RDS*, 64, 2014.

<sup>13</sup> CRUZ VILLALÓN J., “Las facultades de control del empleador...”, op cit, p 23

debería tener expectativas de intimidad en un ordenador común ni tampoco derecho al secreto a las comunicaciones (STC 241/2012)<sup>14</sup>. En consecuencia, los requisitos de información previa de los controles realizados se ven rebajados por los máximos Tribunales cuando, de no hacerlo, se limitaría el poder disciplinario del empresario.

De hecho, cabe recordar que este posicionamiento del Tribunal Constitucional fue fuertemente criticado por la Sala penal del Tribunal Supremo (STS 16 de junio de 2014 rec. 2229/2013) al entender que se requiere autorización judicial para acceder al contenido de una cuenta de correo o mensajes de la persona trabajadora de acuerdo con el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). Este “enfrentamiento” revela un posicionamiento mucho más profundo de lo que pudiera parecer. En el fondo, se trata de si los derechos fundamentales solamente tienen efectividad frente al Estado o también entre ciudadanos. Con esta interpretación, el Tribunal Constitucional adopta un posicionamiento liberal de los derechos fundamentales, esto es, los mismos existen para limitar los poderes del Estado frente a los ciudadanos derivado de la diferencia de poder entre ambos, pero no se aplica la misma protección cuando un sujeto privado usa su poder sobre otro ciudadano.

También los derechos de información y transparencia en los controles tecnológicos son reducidos cuando hay que represaliar a un trabajador “incumplidor” desde el momento en que se acepta la videovigilancia oculta. En este caso, es el TEDH<sup>15</sup> el que admite la misma siempre que haya sospechas previas de conductas ilícitas en el trabajador sometido a vigilancia secreta.

En este sentido, el empresario deja de ser tal para ponerse la “gorra” de policía. El objetivo ya no es solamente impedir los incumplimientos de los trabajadores o proteger su patrimonio –para lo cual el efecto disuasorio de una cámara bien visible debería ser suficiente– sino que se le otorgan poderes especiales de “autoridad pública” permitiendo que use cámaras ocultas para recopilar pruebas y realizar su propia investigación.

En materia de límites del control fuera del lugar de trabajo y del horario de trabajo también la jurisprudencia ha sido permisiva. Hay consenso en la doctrina sobre el aumento de las posibilidades de violar la intimidad del trabajador aumentan exponencialmente cuando se usan medios tecnológicos para vigilar la conducta fuera del mismo<sup>16</sup>. Sin embargo, esto no ha impedido que se justifique tal control con objeto de proteger intereses del empresario.

---

14 CARDONA RUBERT, M.B., “Reinterpretación de los derechos de intimidad y secreto de las comunicaciones en el modelo constitucional de relaciones laborales: un paso atrás. Comentario a la STC 241/2012, de 17 de septiembre”, *RDS*, 60, 2012.

<sup>15</sup> STEDH 17 de octubre de 2019 (Caso López Ribalda y otros c. España). Al respecto ver, MOLINA NAVARRETE, “Control tecnológico del empleador...”, op cit, p 342; VALLE MUÑOZ, F.A., “Control tecnológico empresarial y licitud de la prueba en el proceso laboral”, *Trabajo y Derecho*, smarteca, 87, 2022.

<sup>16</sup> CRUZ VILLALÓN J., “Las facultades de control del empleador...”, op cit, p 35; GONZALEZ ORTEGA, S., “Las facultades de control a distancia del trabajador...”, op cit, p 64

De este modo, la STS de 15 de septiembre de 2020 (rec. 528/2018) admite vigilar el GPS del automóvil de la empresa fuera del tiempo de trabajo para controlar que el trabajador cumple con la obligación de no usar el vehículo para cuestiones particulares. No parece importar mucho que, con ese control, se pueda descubrir la afiliación política o sindical del trabajador (usar el vehículo para ir a un mitin), su orientación sexual (acudir a manifestaciones o locales que permitan tal identificación) o si tiene un amante y es que, si el trabajador no podía usar el vehículo fuera del tiempo de trabajo, a partir de aquí la jurisprudencia sostiene que se debe soportar cualquier consecuencia derivada de sus actos. Así, esta doctrina judicial parece apuntar a que siempre que haya una obligación es legítimo que el empresario use un medio tecnológico para controlar su cumplimiento con independencia de que pueda afectar o no a la intimidad del trabajador.

En fin, como se puede observar, de un lado, se está ante una situación en la que los tribunales solamente se fijan en los derechos fundamentales de intimidad o secreto de las comunicaciones para diseñar límites al control digital, dejando fuera de la ecuación otros derechos fundamentales (igualdad, salud, dignidad, libre desarrollo de la personalidad, protección de datos). De otro lado, la resolución de casos concretos donde el supuesto enjuiciado, por su propia naturaleza, es aquél en el que la vigilancia ha tenido éxito (los casos en los que la vigilancia secreta no ha dado resultado difícilmente llegarán a enjuiciarse) provoca una devaluación de los requisitos con objeto de permitir la validez de la prueba.

### **2.3. El olvido del resto de derechos, y prioridades, en la ponderación**

El aumento de las posibilidades de control tecnológico está provocando muchos efectos que son ignorados en la ponderación. Desde el momento en el que se fija como únicos límites a las posibilidades de control tecnológico los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones se obvian otros probablemente de mayor relevancia en el conflicto.

#### *i) La reducción de la autonomía del trabajador*

Es bien conocido que el *fordismo* y el *taylorismo* se basaban en empresas integradas verticalmente, y fuertemente jerarquizadas, donde existían multitud de mandos intermedios que se encargaban de controlar a los trabajadores. Esta forma de funcionar de empresas industriales y de servicios representaba una forma muy ineficiente de desarrollar su actividad para las propias empresas y era muy criticada desde los sindicatos. Las grandes estructuras de control de trabajadores implicaban enormes costes operativos que no aportaban realmente productividad directamente. Además, la falta de autonomía de los trabajadores creaba desapego hacia la empresa, desmotivación y alienación obrera. De hecho, se estaba ante un círculo vicioso: cuanto mayor control por

parte de la empresa, mayor conflictividad obrera; a lo que la parte patronal respondía con un incremento de cuadros y mandos intermedios para vigilar, generando a su vez más conflictividad<sup>17</sup>.

Por esta razón, desde los años 60 se inició una pugna para eliminar en gran medida el modelo de empresa forjado en el periodo anterior. Este enfrentamiento implicó, de un lado, deslegitimar las empresas verticalmente integradas y, de otro lado, deslegitimar la jerarquía, la planificación, la autonomía, la vigilancia y el control<sup>18</sup>.

Así, ante las críticas a la jerarquía empresarial y las demandas de autonomía por parte del personal, ahora más formado, las empresas no respondieron con mayor número de mandos intermedios, sino con la búsqueda de una mayor autonomía del trabajador, la implicación a través de la satisfacción en el trabajo y de la mejora de los salarios, el auge de conceptos como la confianza mutua y el autocontrol. En efecto, se redujo la vigilancia física, inmediata y estricta por parte de los superiores jerárquicos.

Sin embargo, con el aumento de las capacidades tecnológicas y el abaratamiento del control, estamos viendo un resurgir de la reducción de la autonomía del trabajador en su trabajo. Una vuelta a “*Tiempos modernos*” que irremediamente nos hará repetir la historia de conflictividad y rebeldía de los trabajadores ante la falta de autonomía que será, a su vez, contestada con mayores controles tecnológicos. Cuestión que debería ser especialmente valorada si reconocemos que una de las principales funciones del Derecho del trabajo debería ser la de reducir la conflictividad laboral<sup>19</sup>.

## ii) Incremento de la intensidad laboral y de los problemas de salud mental

El aumento del control tecnológico está provocando un incremento en la intensidad del trabajo<sup>20</sup>. Solamente por poner un ejemplo cabría citar a los centros de logística de Amazon donde se controla mediante un *wearable* los tiempos que tarda un mozo de almacén en transportar paquetes de un sitio a otro y en caso de que tarde más de lo estipulado por la empresa se le envía

---

<sup>17</sup> CORIAT, *El taller y el cronómetro: ensayos sobre el taylorismo, el fordismo y la producción en masa, SIGLO XXI de España*, edición de 2001, pp. 197-218.

<sup>18</sup> BOLTANSKI & CHIAPELLO, *El nuevo espíritu del capitalismo*, Akal, 2002, p. 114.

<sup>19</sup> Por todos, MONTOYA MELGAR, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1992, TODOLÍ SIGNES, A., *Regulación del trabajo y Política económica*.

*De cómo los derechos laborales mejoran la Economía*, Aranzadi, 2021.

<sup>20</sup> La intensificación del trabajo alude a un incremento en la intensidad del esfuerzo, y por tanto del desgaste en el trabajo, relacionado con el “tempo” del trabajo, con independencia de su duración. PÉREZ ZAPATA ET AL, “Digitalización, intensificación del trabajo y salud de los trabajadores españoles”, 2019, p. 5, versión electrónica disponible en <https://www.ccoo.es/24c0e370fa4b4d1f3682b1780854af9c000001.pdf> consultado el 08/03/2022; BOLTANSKI & CHIAPELLO, *El nuevo espíritu del capitalismo*, Akal, 2002, p. 346.

una notificación advirtiéndole<sup>21</sup>. Hoteles y empresas de limpieza han utilizado estos dispositivos para medir el tiempo que tarda cada trabajador en limpiar un retrete avisándole si usa más del tiempo asignado por la empresa<sup>22</sup>. Esto es lo que la doctrina ha venido llamando “el látigo digital”<sup>23</sup>. En efecto, estos mensajes implican un “recordatorio” al trabajador de que siempre está siendo observado y presionan a éste para que cada vez trabaje más rápido y cumpla con lo deseado por la empresa<sup>24</sup>.

Incluso sin necesidad de recurrir a estos extremos, la geolocalización y el tacógrafo en los vehículos de transporte aporta el mismo nivel de observancia. Así, se registrarán todas las incidencias producidas durante la conducción como las equivocaciones de camino, el tiempo invertido, la velocidad promedio y máximas, las aceleraciones y frenadas bruscas y de pánico, el nivel de revoluciones por minuto al que se pone el motor, el tiempo del motor encendido, pero en ralentí, las paradas para descansar o ir al baño, etc<sup>25</sup>. Como resultado el trabajador queda sometido a una observación total de su conducta en todo momento, sabiendo que puede ser sancionado por cualquier error.

Estos métodos (y amenazas) consiguen que el trabajador se vea obligado, simplemente para conservar su puesto de trabajo, a poner en juego toda su inteligencia, observación, fuerza, rapidez y resistencia en favor de la empresa. Incluso a costa de su salud emocional o psicológica (estrés, ansiedad, depresión, *burnout*). Finalmente aquellos que enferman o simplemente no soportan los nuevos ritmos de trabajo son expulsados de la empresa y, en última instancia, del mercado de trabajo.

Igual que el economista Coon<sup>26</sup> demostró que, sin salario mínimo regulado, los salarios tienden a cero (debido a la competencia entre los propios trabajadores por obtener un empleo), lo mismo ocurre con los aumentos en la intensidad en el trabajo derivados de los controles tecnológicos. Efectivamente, la competencia entre las empresas y la necesidad de incrementar la competitividad exige que cada vez se usen tecnologías más potentes para extraer el máximo esfuerzo del trabajador. Una retroalimentación entre las empresas a la que solamente la regulación legal y constitucional puede ponerle freno.

---

<sup>21</sup> MIGUEL JORGE, “Los empleados de almacén en Amazon Reino Unido tienen tanto miedo de ir al baño que orinan en botellas”, *Gizmodo*, 2018. Disponible en <https://es.gizmodo.com/los-empleados-de-almacen-en-amazon-reino-unido-tienen-t-1825291024>, (Consultado el 08/03/2022).

<sup>22</sup> MOORE, P., *The quantified self in precarity. Work, technology and what counts*, New York, Routledge, 2018, p 142.

<sup>23</sup> MOORE, P., *Humans and machines at work: monitoring, surveillance and automation in contemporary capitalism*, London. Palgrave Macmillan, 2018, p 23.

<sup>24</sup> TODOLÍ SIGNES A., “En cumplimiento de la primera ley de la robótica”, *Labour and law issues*, 5, 2, 2019, disponible online en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3506584](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3506584).

<sup>25</sup> GONZALEZ ORTEGA, S., “Las facultades de control a distancia del trabajador...”, op cit, p 48

<sup>26</sup> COON J.S., “Collective Bargaining and Productivity”, *The American Economic Review*, Vol., 19, nº 3, 1929, p 420.

En este sentido, la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, en la encuesta sobre riesgos emergentes, establece que la principal fuente de estrés identificada por las personas trabajadoras son las horas y la carga de trabajo<sup>27</sup>. Algunos autores sugieren que la intensidad del trabajo se habría convertido actualmente en el riesgo más relevante (junto a los problemas ergonómicos) para la salud de las trabajadoras y trabajadores españoles<sup>28</sup>. Concretamente, un estudio plantea que una reducción de los ritmos, cargas y exigencias del trabajo podría disminuir un 50% los problemas de salud mental derivados del trabajo<sup>29</sup>.

En el mismo sentido, la agencia británica de seguridad y salud en el trabajo (IOSH) en un estudio reciente vincula la monitorización constante con problemas de salud y menor productividad de las personas trabajadoras<sup>30</sup>. También múltiples estudios empíricos relacionan una mayor probabilidad de sufrir burnout y depresión con la monitorización del trabajo<sup>31</sup>.

De esta forma, las consecuencias sociales de este “libertinaje” en la aplicación de límites al control tecnológico, que incrementa las exigencias del trabajo, se paga por otros lugares: aumento del absentismo laboral, el aumento de incapacidades temporales y permanentes por ansiedad, depresión u otros problemas de salud mental y física, así como, se incrementan las reclamaciones sociales de más medidas de conciliación de la vida familiar o de reducción de la jornada laboral (jornada de 4 días).

### iii) Discriminación indirecta

Los estudios empíricos muestran que los colectivos específicamente seleccionados para ser monitorizados reproducen sesgos de género, raza, clase social y nacionalidad dado que esos grupos, tradicionalmente desfavorecidos en el mercado de trabajo, están desproporcionadamente más sujetos a vigilancia intensiva<sup>32</sup>. Así, la elección de monitorizar unos colectivos y

---

<sup>27</sup> EU-OSHA, *Second European Survey of Enterprises on New and Emerging Risks (ESE-NER-2). Overview Report: Managing Safety and Health at Work*, 2013, disponible en <https://osha.europa.eu/en/tools-and-publications/publications/second-european-survey-enterprises-new-and-emerging-risks-esener> (Consultado el 08/03/2022).

<sup>28</sup> PÉREZ-ZAPATA, O., *Trabajo sin límites, salud insostenible: La intensificación del trabajo del conocimiento*, e-prints, Universidad Complutense de Madrid, 2015.

<sup>29</sup> PÉREZ-ZAPATA O., y ALVAREZ-HERNANDEZ G., “Empleo, trabajo y riesgos para la salud mental: análisis y propuestas de intervención”, *Panorama Social*, 34, 2021, p 77-103.

<sup>30</sup> IOSH, *Workplace ill treatment and productivity*, 2018.

<sup>31</sup> Al respecto ver, JESKE D y SANTUZZI, AM., “Monitoring what and how: psychological implications of electronic performance monitoring”, *New technology, work and employment*, 30 (1), 2015, pp 62-78. ADAM y MASTRACCI, “Police body-worn cameras: effects on officers’ burnout and perceived organizational support”, *Police Quarterly*, 22, 2018, pp 5-30; VAN OORT, M., The emotional Labor of Surveillance: Digital control in fast fashion retail, *Critical Sociology*, 45, 2019, pp 1167-1179; RAVID et al., “A review, framework and research agenda for electronic performance monitoring”, *Journal of Management*, 46 (1), 2020, pp 100-126.

<sup>32</sup> RAVID et al., “A review, framework...”, op cit.

no otros podría en el fondo señalar la existencia de un comportamiento discriminatorio.

*iv) Legitimidad de las órdenes vs legitimidad del control*

El aumento desproporcionado de las posibilidades de control a veces debería hacernos plantear otro debate: si las órdenes eran legítimas. En efecto, en ocasiones, no es solamente que los medios de vigilancia puedan vulnerar derechos fundamentales, sino que la propia orden dada pueda exceder lo que se deba esperar de las personas afectando a la dignidad o al libre desarrollo de la personalidad<sup>33</sup>.

Un ejemplo de esto en la jurisprudencia proviene de la prohibición absoluta de usar medios empresariales para fines privados. El Tribunal Supremo ha venido admitiendo como lícito que la empresa impida que los trabajadores usen el ordenador o correo de la empresa para cualquier tipo de actividad extralaboral (sea o no en tiempo de trabajo) anudando a ello el hecho de que, activada la prohibición, el derecho a la intimidad no será aplicable.

Como se ha señalado en otros lugares<sup>34</sup>, esta prohibición absoluta parece desproporcionada en sí misma –con independencia de los medios de control que se usen para vigilar su cumplimiento–. Con la naturalidad, habitualidad y necesidad con la que se usan los medios tecnológicos hoy en día, este tipo de prohibición se podrían asemejar a una prohibición absoluta por parte del empresario de tener conversaciones orales no relacionadas en el trabajo con los compañeros: convirtiendo las oficinas y despachos en monasterios benedictinos.

Esta es la tesis mantenida por el TEDH, en su sentencia *Barbulescu II*, que sostiene que la prohibición absoluta de usar medios tecnológicos de la empresa para cuestiones privadas debe tener excepciones y, en cualquier caso, no impedirá que el trabajador tenga derecho a la intimidad en el uso de ese medio electrónico<sup>35</sup>.

Todo sea dicho, a pesar de estas reticencias del TEDH a la hora de permitir prohibiciones absolutas de usar medios tecnológicos en la empresa para cuestiones ajenas al trabajo, los Tribunales nacionales<sup>36</sup> han venido persistiendo en la licitud de tales órdenes y en la capacidad de las mismas para anular el derecho a la intimidad de los trabajadores.

<sup>33</sup> CRUZ VILLALÓN J., “Las facultades de control del empleador...”, op cit, p 18.

<sup>34</sup> TODOLÍ SIGNES, A., “El Registro Informático como base para el despido. Cuestiones fundamentales cuestiones fundamentales”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 25, 2011, pp 105-114. En la doctrina judicial anterior al pronunciamiento del Tribunal Supremo, ver SSJS Madrid núm. 33, de 18 septiembre 2002 (AS 2002, 2828) y de 11 febrero 2003 (AS 2003, 707), La SJS Barcelona núm. 32, de 16 septiembre 2002 (AS 2002, 2637)

<sup>35</sup> GARCÍA RUBIO, A., “Control tecnológico empresarial y nuevos problemas aplicativos tras la L.O. 3/2018: una mirada desde el deber de información previa”, *foro de labos* (preprint), 2022.

<sup>36</sup> SSTs de 8 de febrero de 2018 (R°. 1121/2015, Sala de lo Social); de 15 de septiembre de 2020 (R°. 528/2018, Sala de lo Social); STSJ de C. Valenciana, de 3 de febrero de 2021 (R°. 2159/2020).

En cualquier caso, a efectos de lo que aquí se señala, aunque muchas veces se enjuicia el medio de control elegido, el problema de fondo puede ser la licitud de ciertos tipos de órdenes que, si bien responden a un interés empresarial o productivo, exceden lo razonable, lo que se debería esperar de una persona o, directamente, conculcan la dignidad o el libre desarrollo de la personalidad.

Sin embargo, dada la amplitud de poderes empresariales para dictar órdenes y la escasa protección que tienen los trabajadores frente a las órdenes ilegítimas (recuérdese el principio jurisprudencial de “primero obedece y luego reclama”<sup>37</sup>), parece lógico que en sede judicial se pretenda anular las pruebas de tales incumplimientos (sin ni siquiera intentar, por las pocas posibilidades de éxito que se auguran con este ordenamiento jurídico actual, cuestionar la licitud de las órdenes).

Órdenes tales como no poder hacer pausas, no poder tener ningún tipo de distracción durante el tiempo de trabajo, no poder hablar con los compañeros de trabajo porque se considera una “pérdida” de tiempo, tener que estar trabajando con un rendimiento al 100% durante toda la larga jornada laboral, en el fondo exigen que las personas se comporten cual robots durante su tiempo de trabajo y si no lo hacen, ahí estarán los medios de vigilancia empresariales para sancionarlo.

#### v) Desequilibrio en el contrato de trabajo

El aumento de las posibilidades de vigilancia y control gracias a la tecnología está provocando un desequilibrio en las obligaciones y derechos que regula el contrato de trabajo<sup>38</sup>. En efecto, sin que el art. 20.3 ET haya sido modificado, el hecho de que actualmente la tecnología permita un mayor control (exhaustivo e intrusivo) de los trabajadores indirectamente ha incrementado el poder del empresario sobre el trabajador con efectos muy reales.

Tal y como el premio Nobel de economía Joseph Stiglitz estableció en su teoría de los Salarios de Eficiencia<sup>39</sup>, los empresarios tienen incentivos para pagar salarios superiores a los del mercado como forma de motivar a los trabajadores a esforzarse y cumplir las instrucciones del empresario. Así, el empresario sustituye un control exhaustivo (que históricamente era caro) de la actividad laboral por unos mejores salarios que incentivarán a los trabajadores a cumplir sin defraudar. Sin embargo, conforme los controles tecnoló-

---

<sup>37</sup> GÓMEZ ABELLEIRA F.J., *La causalidad del despido disciplinario*, Civitas, 2009, p 175; TODOLÍ SIGNES, A., “El despido disciplinario”, en Sala Franco T., (Dir), *La extinción del contrato de trabajo*, Tirant, 2020, pp 77– 164.

<sup>38</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, 2015, p 40.

<sup>39</sup> SHAPIRO CARL y STIGLITZ JOSEPH E., “Equilibrium Unemployment as a Worker Discipline Device”, *American Economic Review*, 1984, pp 433-444; TODOLÍ SIGNES, A., *Salarios y productividad*, Tirant, 2016, p 165 y ss.

gicos son más baratos –y la jurisprudencia más permisiva–, los empresarios tendrán menos incentivos para pagar mejores salarios, prefiriendo vigilar exhaustivamente el trabajo.

Los datos parecen acompañar esta tesis. En España, desde el año 2000, mientras que la productividad laboral ha aumentado un 14,07%, los salarios reales han disminuido un 1,1%<sup>40</sup>. Algo que no ha ocurrido únicamente en España, sino que es generalizado en el mundo occidental<sup>41</sup>. Esto es, mientras que el valor que aporta un trabajador a la empresa se incrementó, los salarios se redujeron. En efecto, sin que se pretenda señalar que el control tecnológico sea la única razón, sin duda, el hecho de que el empresario pueda exigir cada vez más a los trabajadores derivado del control tecnológico, a la vez que no necesita pagar buenos salarios para incentivar un buen comportamiento ya que puede realizar un control absoluto de la actividad laboral ha permitido que el empresario pueda retener todo el beneficio de esos incrementos de la productividad laboral. En definitiva, se ha producido un desequilibrio dentro del contrato de trabajo.

### 3. LA MINUSVALORACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE DATOS

#### 3.1. Relevancia constitucional de los requisitos de protección de datos

En el altar supremo de la confirmación de las sanciones disciplinarias, no solamente se han sacrificado los derechos de intimidad y secreto de las comunicaciones, la autonomía del trabajador, la salud mental e incluso el propio equilibrio sinalagmático y recíproco del contrato de trabajo, sino también la regulación en materia de protección de datos (art. 18.4 CE).

El RGPD establece obligaciones fuertes para el empresario en materia de transparencia en el tratamiento de datos personales que no solamente incluyen obligación de informar de un sistema de control tecnológico, sino también explicitar las concretas finalidades para las que se va a emplear ese sistema de vigilancia, no pudiendo ser usados con objetivos distintos a los anunciados. A su vez, la norma exige que los fines sean legítimos y que la cantidad de datos recogidos se ajuste a los principios de proporcionalidad y minimización (Art 5 y 6 RGPD). De esta forma, la regulación en materia de protección de datos es altamente restrictiva a la hora de permitir el control tecnológico.

<sup>40</sup> FINANCIAL TIMES (2022) <https://www.ft.com/content/d7680c3c-0bea-4531-9154-ce291d5f9d77> y la productividad del trabajo obtenida a partir de la Contabilidad nacional y el IPC del INE. Resultados similares para un periodo anterior ver, CRUCES AGUILERA J., *Los salarios en España 2005/2010. Moderación salarial, pérdida de peso en la distribución de la renta y desigualdades salariales*, Estudios de la Fundación 1º de mayo, 2010, p 22-25.

<sup>41</sup> Así de acuerdo con un análisis realizado por la OIT durante el periodo 1999-2013, el incremento de productividad laboral media fue el doble que el incremento de los salarios medios IT, *Informe mundial sobre salarios 2012/2013*, Ginebra, 2013, p. 48-49, grafico 36. También la OCDE corrobora estos datos estableciendo que el salario real medio en los países desarrollados entre 1995 y 2013 creció anualmente de media un 0,8% mientras que la productividad laboral aumentó un 1,5%.

Concretamente, de un lado, el principio de transparencia y, de otro lado, el principio de minimización de los datos que pueden recogerse conduce a la idea de que la legalidad de un sistema de control debe resolverse bajo el triple test constitucional de proporcionalidad clásico (adecuación, necesidad y proporcionalidad), interpretado desde la perspectiva de la minimización de los datos y, en aplicación de los requisitos, de la información explícita de la finalidad perseguida (transparencia)<sup>42</sup>.

A pesar de que el Tribunal Constitucional ha elevado la protección de datos a la categoría de Derecho fundamental<sup>43</sup>, la realidad es que, en su aplicación al ámbito laboral, para calificar la prueba como lícita o ilícita ante un despido, estos dos principios (transparencia y minimización) parecen obviados.

En efecto, desde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con López Ribalda II (que permite la grabación sin información previa<sup>44</sup>), pasando por el Tribunal Constitucional (en la conocida sentencia 39/2016 que permite la videovigilancia sin que se haya informado de la finalidad disciplinaria de dicha grabación y la reciente STC de 160/2021, de 4 de octubre) hasta el Tribunal Supremo<sup>45</sup>, todos parecen coincidir en que la infracción de normas de protección de datos, a la hora de obtener una prueba para un despido disciplinario, por sí mismo, no va a implicar la calificación de ilicitud de esa prueba<sup>46</sup>.

Particularmente todo este grupo de sentencias de los máximos tribunales interpretativos mantienen la validez del uso de pruebas electrónicas a efectos disciplinarios, aunque no se cumplieran las obligaciones de informar explícitamente de la finalidad perseguida recogida por la normativa de protección de da-

---

<sup>42</sup> RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., “El derecho a la protección de datos personales en el contrato de trabajo: reflexiones a la luz del Reglamento europeo 2016/679”, *RTSS.CEF*, 423, 2018, p 23 y ss; MIÑARRO YANINI, M., “Impacto del reglamento comunitario de protección de datos en las relaciones laborales: un –pretendido– “cambio cultural”, *CEFRTSS*, 423, 2018; GONZALEZ ORTEGA, S., “Las facultades de control a distancia del trabajador...”, op cit, p 52; NAVARRO NIETO, F., “Las facultades de control a distancia del trabajador...”, op cit, p 83; LÓPEZ BALAGUER M y RAMOS MORAGUES F., “Control empresarial del uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral desde la perspectiva del derecho a la protección de datos y a la intimidad”, *Lex Social*, 10 (2), 2020.

<sup>43</sup> STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000, en la doctrina ver, GOÑI SEIN, J.L., “Nuevas tecnologías digitales...”, op cit, p 39; MERINO SEGOVIA A., “Tecnologías y tratamiento de datos en los procesos de selección y contratación laboral”, *Trabajo y Derecho*, smartec, 87, 2022.

<sup>44</sup> Al respecto ver, ALTÉS TÁRREGA, J.A., “La videovigilancia encubierta en la nueva regulación sobre derechos digitales laborales y la incidencia de la STEDH López Ribalda II”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 55, 2020, pp. 335 y ss; LAHERA FORTEZA, J., “Videovigilancia laboral y grabación de sonidos en el lugar de trabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social* nº 148, 2021, p. 266.

<sup>45</sup> SSTs de 2 de febrero de 2017 (rec. 554/2016) de 21 de julio de 2021 (rec. 4877/2018), STS de 13 de octubre de 2021 y la reciente STS de 25 de enero de 2022 (rec 4468/2018).

<sup>46</sup> En este sentido, y siendo críticos todos ellos con estos posicionamientos, ver GOÑI SEIN, J.L., “Nuevas tecnologías digitales...”, op cit, p 39; MOLINA NAVARRETE, “Control tecnológico del empleador...”, op cit, p 342; GARCÍA RUBIO, A., “Control tecnológico empresarial y nuevos problemas aplicativos tras la L.O. 3/2018: una mirada desde el deber de información previa”, *foro de labos* (preprint), 2022.

tos (Art. 5 RGPD)<sup>47</sup>. Un posicionamiento doctrinal que acaba incluso recogido por la normativa interna cuando en el art. 89.1 LOPDGDD establece que, en el supuesto de comisión flagrante de acto ilícito, el deber de informar se entenderá cumplido cuando existiese un cartel anunciando la videovigilancia.

De esta forma, la legislación incorpora el criterio jurisprudencial por el cual, aunque no se haya anunciado la finalidad disciplinaria del control tecnológico, si éste capta un ilícito del trabajador, la prueba tecnológica se deberá considerar lícita. Esto se traduce en que, en la mayoría de casos, las cámaras de vigilancia instaladas por motivos de seguridad (para que los consumidores no roben en un establecimiento) y que están grabando a los trabajadores de forma continua y constante puedan ser usadas por razones disciplinarias sin haber informado previamente a los trabajadores que la finalidad última de esas cámaras no es solamente cuestiones de seguridad, sino también laborales.

Así, la jurisprudencia considera que lo único relevante para la calificación como lícita de la prueba es que ésta supere el juicio constitucional de proporcionalidad, esto es, que el control tecnológico sea una medida justificada, que sea idónea para el logro de los objetivos de control de la actividad laboral, que sea necesaria, por no existir una medida menos invasiva de la intimidad para alcanzar el mismo objetivo y, por último, que sea proporcionada en sentido estricto, esto es, que no cause más perjuicios que los fines que quiere alcanzar<sup>48</sup>.

Los máximos tribunales argumentan que las obligaciones nacidas de la normativa en materia de protección de datos no tienen relevancia constitucional, sino de legalidad ordinaria. Por esta razón, aunque su incumplimiento por parte de la empresa pueda originar un derecho de resarcimiento de daños y perjuicios a favor del trabajador, no anulará la prueba. En definitiva, se sostiene que vulnerar la normativa europea en materia de protección de datos no afecta a los derechos fundamentales de los trabajadores.

Esto ha permitido, en contra de los deseos del legislador europeo, la normalización de formas no transparentes de videovigilancia<sup>49</sup>, el control en lugares y momentos distintos a la ejecución del trabajo<sup>50</sup>, la autorización (validez) de cualquier tipo de medida de control bastando con argumentar mínimamente la conveniencia empresarial de obtener dicho dato<sup>51</sup>.

Sin embargo, en mi opinión, estos argumentos deberían ser rechazados por las siguientes razones:

<sup>47</sup> Incluso admiten que el empresario pueda anunciar expresamente –y acordar con los representantes de los trabajadores– que no usará dicho control a efectos disciplinarios y posteriormente hacerlo igualmente como en la STC 160/2021 de 4 de octubre.

<sup>48</sup> Por todas, STC 186/2000, de 10 de julio.

<sup>49</sup> DESDENTADO BONETE, A y MUÑOZ RUIZ, A.B., “El control de la prestación del trabajador a través de las nuevas tecnologías: un estudio sobre la videovigilancia en la doctrina judicial”, *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 44, 2010, p 20 y ss.

<sup>50</sup> GARCÍA QUIÑONES J.C., “La regulación de los derechos digitales en el ordenamiento español: una oportunidad para la ampliación de los derechos laborales”, *Derecho de las relaciones laborales*, 8, 2020, p 1064.

<sup>51</sup> GONZALEZ ORTEGA, S., “Las facultades de control a distancia del trabajador...”, op cit, p 60.

1) *Alcance constitucional*: El propio Tribunal Constitucional ha reconocido la vinculación de la protección de datos con los derechos fundamentales del art. 18.4 CE, por lo que no parece que sea coherente negar la misma en el ámbito laboral ni en el ámbito probatorio<sup>52</sup>. En este sentido, el RGPD, y su traslación en la normativa interna a través de la LOPDGDD, viene a cumplir con el mandato del art. 18.4 CE donde se establece que “La ley limitará el uso de la informática para garantizar (a los ciudadanos) *el pleno ejercicio de sus derechos*”. La propia LOPDGDD manifiesta en repetidas ocasiones que su objetivo es proteger los derechos fundamentales de las personas. También se pronuncian diversas sentencias de tribunales superiores de justicia en este sentido<sup>53</sup>.

2) *Ponderación legislativa*: La regulación en materia de protección de datos desarrolla precisamente los derechos fundamentales estableciendo una ponderación entre los distintos derechos. Es decir, parece lógico que, ante la inexistencia de una normativa concreta que desarrolle la protección de datos, los Tribunales realicen una ponderación conforme al test de proporcionalidad con objeto de resolver el conflicto entre varios derechos enfrentados (intimidad, secreto comunicaciones, protección de datos, de un lado, y libertad de empresa, de otro). Ahora bien, desde el momento en el que el legislador orgánico (y en este caso también el europeo) se pronuncia, determinando una serie de garantías mínimas (transparencia) y desarrolla un test específico para resolver conflictos (minimización de datos), los tribunales deberían quedar vinculados al mismo para resolver conflictos entre distintos derechos fundamentales para determinar cuándo quedan vulnerados.

3) *Importancia del requisito de informar de la finalidad del control*: Aunque no se exprese directamente por la jurisprudencia, el hecho de negarle eficacia constitucional a la protección de datos, y concretamente a la obligación de informar de la finalidad para la que se va a usar el control tecnológico, revela una desconfianza de los tribunales respecto a la relevancia de este requisito para proteger los derechos de las personas. Sin embargo, muy al contrario, se debe defender el acierto del legislador europeo al incluir este requisito por ser de suma importancia para proteger los derechos fundamentales. Dos razones llevan a esta conclusión. De un lado, la obligación de manifestar expresamente la finalidad disciplinaria protege especialmente el derecho a la intimidad. En efecto, si el empresario anuncia que se van a realizar ciertos controles solamente por razones de mejora de la salud de las personas, es probable que el trabajador revele toda la información íntima que se le solicite, algo que no haría de saber que se usará esa información para razones disciplinarias<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Por todas, STC 186/2000, de 10 de julio.

<sup>53</sup> Así, diversas sentencias de Tribunales inferiores, anulan pruebas por incumplimiento de la normativa de protección de datos (deber de informar), ver STSJ de Galicia de 28 de junio de 2021 (rec. 1545/2021); STSJ Cataluña de 14 de mayo de 2019 (rec. 1618/2019); STSJ de Madrid de 28 de septiembre de 2018 (rec. 275/2018) anulada precisamente por entender que no existe vulneración de derecho fundamental por la STS de 21 de julio de 2021 (rec. 4877/2018); y la STSJ del País Vasco de 27 de febrero de 2018 (rec. 226/2018)

<sup>54</sup> Como así resolvió acertadamente en mi opinión la STC 196/2004, de 15 de noviembre.

De otro lado, el comportamiento de las personas no es el mismo si se sienten observadas como si no pero, sobre todo, no será el mismo si se sabe que esas grabaciones serán usadas a efectos disciplinarios. Así pues, para proteger la intimidad, el honor, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad es necesario que se obligue al empresario simplemente a informar de la finalidad verdadera para la que va a usar dicho control tecnológico. De esta forma, el juicio de proporcionalidad (en el que debe incluirse los efectos que el control tecnológico tiene sobre la salud emocional y psicológica, la intimidad, el honor, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad) debe realizarse conforme a las finalidades anunciadas<sup>55</sup>—que son las que provocarán dicha modificación de comportamiento y posibles perjuicios—, sin que se debiera admitir que el empresario use esos datos para finalidades no anunciadas o incompatibles con las expresadas (tal y como hace la vigente regulación europea).

Adicionalmente, con esta doble obligación (informar del control tecnológico y de la finalidad), el legislador señala que el objeto de la vigilancia tecnológica debe ser, principalmente, a efectos de disuasión y no de castigo. En efecto, el legislador podría haber otorgado al empresario la posibilidad de realizar vigilancias electrónicas ocultas o engañosas (anunciar una finalidad y usarlo para otra) para facilitarle la investigación de ilícitos y castigarlos. Sin embargo, muy al contrario, la potestad que se concede al empresario para poder usar las más avanzadas tecnologías de vigilancia está limitado a efectos de disuadir al trabajador de que realice actos ilícitos o delictivos con objeto de poder proteger la productividad empresarial: dejando los poderes de investigación en manos de las autoridades públicas. Esto no significa que el empresario no pueda investigar ilícitos mediante metodologías “oscuras”, poco transparentes o engañosas, solamente implicará que si desea usar estas técnicas no podrán ir acompañadas del uso de tecnologías de vigilancia.

4) *Modernización de la legislación a las posibilidades tecnológicas actuales*: El legislador europeo con una moderna y actualizada legislación, que desarrolla el derecho fundamental a la protección de datos, pretende, precisamente, poner límites a los excesos que la tecnología puede provocar realizando una ponderación de intereses mucho mejor adaptada a las posibilidades tecnológicas actuales que la realizada por el art. 20.3 ET hace más de cuarenta años. Adicionalmente, el propio Estatuto de los Trabajadores cuenta con un nuevo art. 20 bis que remite concretamente a la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales como límite a los controles digitales anunciando expresamente la vinculación de estos límites con los derechos fundamentales<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Así lo señala el TJUE en Sentencia de 24 de noviembre de 2011, C-468/10 y C 469/10, entre otras.

<sup>56</sup> Si bien es cierto que la remisión hace referencia solamente al derecho a la intimidad olvidando otros derechos fundamentales que deberían haberse incorporado también, no es menos cierto que la remisión que hace el art. 20 bis ET es a toda la legislación vigente en materia de protección de datos y no solo a los art. 87 a 91 de la LOPDGDD. De ahí que se sostenga que los

5) *No sustitución del test constitucional, sino regulación del mismo*: El legislador europeo no pretende sustituir el necesario test de proporcionalidad que en cada caso concreto deben realizar los tribunales. Sin embargo, sí parece que establezca unos límites mínimos (información previa obligatoria del método de control usado y de la finalidad de la misma) y unos principios de obligado seguimiento por los tribunales cuando aplican el test (minimización de datos). En este sentido, el legislador europeo está haciendo una ponderación entre el interés legítimo del empresario a recoger datos para la ejecución del contrato y el derecho de las personas trabajadoras a sus derechos fundamentales y no parece que los Tribunales debieran sustituir la ponderación realizada por el legislador por otra distinta. De esta forma, se debería entender que la normativa de protección de datos tiene alcance constitucional, adicionalmente, esta normativa (y sus requisitos) no deberían poder ser rebajados por los tribunales, ni siquiera por el noble objetivo de “pillar” a los incumplidores.

### **3.2. Adaptación del test de constitucionalidad a la ponderación decidida por legislador**

Se debe partir de la idea de que no parece que haya incompatibilidad entre el test de proporcionalidad constitucional (interno) y el principio de minimización de datos (europeo). Por el contrario, lo determinante para una correcta aplicación de la normativa sería, en mi opinión, modernizar (en sentido de adaptarlo a las tecnologías actuales y a la perspectiva del legislador europeo) los conceptos de “necesidad” y “proporcionalidad en sentido estricto”.

Así, respecto a la “necesidad” del uso de las tecnologías para legitimar su utilización en el control empresarial, los Tribunales españoles han entendido que prácticamente cualquier control es necesario si otorga utilidad para controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales<sup>57</sup>.

Por el contrario, el legislador europeo impone el principio de minimización de datos obtenidos con objeto de que este debate, entre el interés empresarial de recoger datos para controlar la actividad laboral y el derecho de protección de datos, se resuelva a favor de este último incorporando la idea de que no cualquier justificación de utilidad empresarial será suficiente para legitimar la obtención de datos, imágenes, sonidos del trabajador. En efecto, el principio de minimización de datos no es un test de proporcionalidad al uso, sino un principio de funcionamiento. La aplicación de este principio debería llevar a autorizar la recolección de datos dentro del contrato de trabajo, no cuando es necesario en el sentido de útil, sino solamente cuando es completamente imprescindible.

---

principios de transparencia y de minimización de datos deben ser tenidos en cuenta en la ponderación entre la libertad de empresa y los derechos fundamentales de las personas trabajadoras.

<sup>57</sup> En este sentido, se pronuncia de manera elocuente GONZALEZ ORTEGA, S., “Las facultades de control a distancia del trabajador...”, op cit, p 60.

Incluso, dentro de la definición clásica del test de “necesidad”, entendida como aquella medida que se tiene que realizar “por no existir una menos invasiva de los derechos fundamentales para alcanzar el mismo objetivo”, no parece que se esté aplicando en sus propios términos. En efecto, en muchos casos, existen métodos menos invasivos, como son la vigilancia humana –y no tecnológica– solo que esta es más costosa para el empresario y, por ello, se descarta. Así, parece que los tribunales, en su aplicación, están sustituyendo el concepto de “necesidad” de la medida, por el de “conveniencia” empresarial. Sin embargo, en puridad si existen formas menos invasivas, la comodidad o el ahorro en costes no deberían ser razones suficientes para entender las mismas como “necesarias”.

Respecto a la proporcionalidad en sentido estricto (que la medida invasiva no cause más perjuicios que los fines que quiere alcanzar) tampoco parece que se esté aplicando en toda su extensión. Como se ha visto en este trabajo, los derechos de intimidad y secreto a las comunicaciones no son los únicos derechos que se deberían valorar, también es necesario que se considere el resto de derechos como la salud, la no discriminación, dignidad, libre desarrollo de la personalidad o el equilibrio interno del contrato de trabajo.

En este sentido, no deja de ser sorprendente que se admita como proporcional, sin demasiado debate en la jurisprudencia, la grabación continua y permanente con efectos laborales. Esto es, no es que solamente se acepte la grabación de imágenes de forma permanente para cuestiones de seguridad de las personas o cosas (evitar delitos), sino también para imponer sanciones por incumplimientos puramente de “rendimiento en el trabajo” o de calidad de la prestación laboral.

De esta forma, considero que, para que una prueba tecnológica supere el juicio de proporcionalidad, es necesario que se cumplan los dos siguientes requisitos de forma acumulada.

1) La medida se haya instaurado (o activado<sup>58</sup> si ya estaba instaurada) derivado de alguna “sospecha previa” de comportamiento ilícito, dado que el control tecnológico permanente y continuo no parece que supere el test de la proporcionalidad en sentido estricto (ni el de minimización de datos, art. 5 RGPD). Ahora bien, se debe aceptar que existan otras razones, además, de las “sospechas previas”, para admitir la proporcionalidad del control continuo durante un tiempo limitado. Así sería en el supuesto de vigilar el cumplimiento de las obligaciones de unos vigilantes de seguridad durante el tiempo que dura, estrictamente, una alerta de amenaza terrorista (STS de 25 de enero de 2022<sup>59</sup> (rec 4468/2018)).

---

<sup>58</sup> La activación podría ser tecnológica (encender el sistema que de normal está apagado) o la “activación” podría ser jurídica, esto es, informar al trabajador de su uso disciplinario a partir de un determinado momento y durante un espacio temporal concreto. Esta última activación se debería hacer incluso de un sistema que está encendido permanentemente para cuestiones generales de seguridad frente a clientes o terceros.

<sup>59</sup> El problema es que, esta sentencia, derivado de la amenaza terrorista acepta, no solamente la proporcionalidad de la medida, sino también usa el mismo argumento para permitir

2) Que se haya informado de forma clara y expresa de la existencia del sistema de control y de su finalidad disciplinaria (art. 5 RGPD). En este sentido, se debe descartar la validez de la doctrina del “hallazgo casual”. Esta doctrina sostiene que será válida la prueba obtenida mediante un sistema de videovigilancia por razones de seguridad, aunque no se haya informado de su finalidad disciplinaria, si se capta la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores. De nuevo, con esta doctrina, se revela la intención última de “pillar a los incumplidores” por encima de otros derechos.

Tres razones llevan a rechazar la validez de la doctrina del “hallazgo casual” en el control tecnológico de las personas trabajadoras. De un lado, la obligación de información sobre la finalidad para la que se instauran videocámaras no contiene excepciones en su versión europea. Y cabe tener en cuenta que el RGPD es jerárquicamente superior a la normativa interna y de aplicación directa. De otro lado, la existencia de una grabación indiscriminada, continua y permanente de una cámara de seguridad que, en última instancia, será usada en beneficio del empresario si capta algún ilícito laboral difícilmente puede superar el juicio de proporcionalidad. Esto es, no se debe confundir el hecho de que una cámara de seguridad pueda grabar permanentemente a los usuarios y consumidores, dado que para cada uno de ellos la monitorización es solamente durante el breve espacio de tiempo que estos se encuentran en las instalaciones, que aceptar ese mismo razonamiento para grabar a los trabajadores que se encuentran durante toda la jornada laboral bajo el foco de la cámara. Así pues, mientras que soportar la grabación durante breves espacios de tiempo (consumidores) puede ser proporcional, no lo debería ser para la grabación durante toda la jornada laboral y menos para un mero control de la actividad laboral. La tercera razón es que la carga impuesta al empresario de informar sobre las verdaderas razones para las que usará el control tecnológico, no parece en absoluto excesiva ni difícil de cumplir. Es solamente una cuestión de diligencia mínima, y de buena fe, de cumplimiento relativamente sencillo y poco costosa, cuyos efectos positivos para proteger los derechos fundamentales de los trabajadores son enormes.

En fin, en mi opinión, la legislación de protección de datos impone un cambio de perspectiva a los tribunales para que, a la hora de entender un control como lícito, el test de constitucionalidad no se centre en la utilidad de la vigilancia tecnológica para “cazar” trabajadores incumplidores, sino pensar en las consecuencias que autorizar este tipo de controles provoca en los derechos fundamentales (de intimidad, de salud, de autonomía y de equilibrio interno en el contrato de trabajo) de las personas trabajadoras.

Y esto debería ser así, no solo por razones de humanidad, y de tomar conciencia del daño emocional y psicológico que provoca que las personas sean

---

que no sea necesario informar de la finalidad disciplinaria con la que se usará esa grabación. Algo que, en mi opinión, ya no es tan aceptable, dado que, la función de informar de la finalidad disciplinaria es un requisito muy poco gravoso para el empresario y que, además, sirve para la finalidad última de este control laboral: disuadir al trabajador de no cumplir con sus obligaciones laborales, especialmente, durante la alerta terrorista.

tratadas como si fueran robots, sino porque esta perspectiva protectora de los derechos de las personas es la elegida por el legislador europeo frente a los avances de la tecnología.

#### 4. DEBILITAMIENTO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO FUENTE DE PROTECCIÓN FRENTE A CONTROLES TECNOLÓGICOS

##### 4.1. Importancia de la negociación colectiva

Existe consenso entre la doctrina y el propio legislador en determinar el importante papel que la negociación colectiva debe desarrollar en materia de control tecnológico<sup>60</sup>. Así, de un lado, el legislador europeo, en el art. 88 RGPD establece que a través de convenios colectivos se podrán establecer “*normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral*”. De otro lado, el legislador nacional, en el art. 91 de la LOPDGDD repite la misma idea<sup>61</sup>.

Ambos preceptos, además de “recordar” la posible intervención de la negociación colectiva en esta materia<sup>62</sup>, resaltan que el papel de la negociación colectiva debe circunscribirse exclusivamente a la mejora de la protección de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras (*garantías adicionales...*), advirtiendo de la imposibilidad de que el convenio suprima, cercene o excepcione esos derechos laborales digitales<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Por todos ver, BAYLOS GRAU, A., “El papel de la negociación colectiva en la ley de protección de datos personales y garantía de derechos digitales en España”, *Labour and Law Issues*, 5 (1), 2019; MERCADER UGUINA, J.R., “Nuevas señales y paradojas de la protección de datos en la reciente doctrina de los Tribunales y de la Agencia Española de Protección de Datos”, *Trabajo y Derecho* nº 85/2022, smarteca, pp. 15; VALLE MUÑOZ, F.A., “La regulación de las tecnologías de la información y de la comunicación por la negociación colectiva”, *TL*, 149, 2019, pp 13-49; RODRIGUEZ FERNANDEZ M.L., “Sindicalismo y negociación colectiva 4.0”, *TL*, 144, 2018, p. 27-42; FERNANDEZ COLLADOS M.B., “La negociación colectiva ante los riesgos laborales en la nueva era digital”, *Lan Harremanak*, 44, 2020, 56-78; SEPÚLVEDA GÓMEZ M., “EL acuerdo marco europeo sobre digitalización. El necesario protagonismo de la norma pactada”, *TL*, 158, 2021, págs. 213-244; SERRANO GARCÍA, J.A.M., *La protección de datos y la regulación de las tecnologías en la negociación colectiva y en la jurisprudencia*, Bomarzo, 2019.

<sup>61</sup> Así el art. 91 POPDGDD establece que “Los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral”

<sup>62</sup> De hecho, con anterioridad a la presente regulación, tanto la AEPD (Informes 252/2006, 0154/2010 y 0384/2010) como el Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de diciembre de 2006 rec. 140/2005) habían reconocido esta capacidad a la negociación colectiva.

<sup>63</sup> CRUZ VILLALÓN J., “Las facultades de control del empleador...”, op cit, p 21 y 23; PRECIADO DOMENECH C.H., *Los derechos digitales de las personas trabajadoras: aspectos laborales de la LO 3/2018, de 5 de diciembre de protección de datos y garantía de los derechos digitales*, Aranzadi, 2019, p 189; GARCÍA QUIÑONES J.C., “La regulación de los derechos digitales...”, op cit., p 71.

En este sentido, la normativa de protección datos, en su aplicación al ámbito laboral, debe considerarse como una norma de derecho mínimo necesario mejorable en la negociación colectiva solamente a favor de las personas trabajadoras.

## 4.2. Debilitamiento de la efectividad de la negociación colectiva por la jurisprudencia

A pesar de este consenso en la importancia de la intervención de la negociación colectiva y la claridad con la que el legislador remite a la misma para reducir los poderes empresariales, el Tribunal Constitucional, y varias sentencias de instancia<sup>64</sup>, han rechazado de pleno esta posición. En este sentido, la STC 160/2021, de 4 de octubre<sup>65</sup>, analiza un supuesto donde el trabajador es despedido al constatar, realizando escuchas y monitorizando las llamadas con los clientes, que el trabajador no desarrollaba correctamente su trabajo. Las escuchas se realizaban con amparo en un acuerdo de empresa en el que la empresa pactó que las grabaciones se efectuarían solamente para la identificación de carencias formativas de los trabajadores y elaborar planes individuales de formación, a la vez, que acordaba que “la monitorización no tendrá en ningún caso como objetivo su utilización como un mecanismo disciplinario”<sup>66</sup>.

En la resolución de este caso, los juzgadores van a aceptar la validez de la prueba de las escuchas a efectos disciplinarios. Se alega que, aunque la empresa haya renunciado mediante pacto colectivo al uso del poder disciplinario ese acuerdo debe considerarse ineficaz (o nulo), dado que la empresa no puede renunciar al poder disciplinario. Cuestión que el Tribunal Constitucional vendrá a validar al entender que la efectividad del acuerdo colectivo y su interpretación es una cuestión de legalidad ordinaria ajena al contenido del art. 18.4 CE (y del 37 CE).

Con este posicionamiento, los Tribunales, parecen conducir a la inefectividad de la negociación colectiva para limitar los poderes del empresario en materia de controles. Esto es, los tribunales consideran que el empresario

---

<sup>64</sup> STSJ de Aragón de 27 de mayo 2016 rec 379/2016 y la sentencia de primera instancia.

<sup>65</sup> Al respecto ver, MOLINA NAVARRETE, C., “Eficacia de gestión versus protección de datos: ¿reactividad jurisdiccional a la «inflación de derechos humanos» (en el trabajo)? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 160/2021, de 4 de octubre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF nº 465, 2021, pp. 109-122. También, *vid.* MERCADER UGUINA, J.R., “Nuevas señales y paradojas de la protección de datos en la reciente doctrina de los Tribunales y de la Agencia Española de Protección de Datos”, *Trabajo y Derecho* nº 85/2022, smarteca, pp. 20-21.

<sup>66</sup> La empresa firmó el 18 de noviembre de 2003 con la representación de los trabajadores un documento de desarrollo de compromisos en que, en relación con la monitorización de las llamadas de los asesores, «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 permita la elaboración de planes 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”

por acuerdo colectivo no puede renunciar a usar mecanismos de control para probar incumplimientos contractuales de los trabajadores.

Adicionalmente, con esta doctrina, los Tribunales vienen a permitir que la negociación colectiva sí sea usada como fórmula válida para restringir los derechos fundamentales de las personas<sup>67</sup>.

En efecto, es posible que sin la existencia del acuerdo colectivo la medida de monitorización constante y permanente de todas las llamadas telefónicas hubiera sido calificada de desproporcionada al existir otras fórmulas menos invasivas para alcanzar el mismo objetivo de control de la actividad laboral<sup>68</sup>. Sin embargo, las sentencias aquí comentadas –incluyendo la del Tribunal Constitucional– parecen admitir todas ellas que la monitorización constante de todas y, cada una, de las llamadas es “necesario y proporcional”, precisamente porque hay un acuerdo colectivo que lo admite.

Ahora bien, siendo la normativa (art. 91 LOPDGDD) de derecho mínimo necesario, el acuerdo colectivo por sí mismo no debería poder avalar una medida que realmente fuera desproporcionada sin la existencia del acuerdo<sup>69</sup>.

De esta forma, de nuevo, se vislumbra en alguna doctrina judicial, la perspectiva de “pillar” a los incumplidores. Esto es, el test de proporcionalidad y la aplicación de la normativa (en este caso el art. 91 LOPDGDD) se reevalúa con el objetivo último de “castigar” al trabajador incumplidor. En el presente caso, esto provoca una devaluación de la efectividad de la negociación colectiva en materia de control tecnológico (art. 37 CE) hasta el punto de que los acuerdos colectivos acaban siendo utilizados para legitimar los controles tecnológicos en beneficio de la empresa (una perspectiva no buscada por la legislación), pero no se le da validez cuando lo pactado pretende restringir los usos de los mismo.

#### 4.3. La remisión a la negociación colectiva como fórmula de desregulación

Pese a las altas expectativas fijadas por el legislador en la negociación colectiva como fórmula para establecer mayores garantías en beneficio de las personas trabajadoras, la realidad es que existe poca intervención en la materia<sup>70</sup> y la que ha habido ha sido por lo general solo a efectos disciplinarios.

<sup>67</sup> No siendo la primera vez que esto ocurre, como sostiene CRUZ VILLALÓN J., “Las facultades de control del empleador...”, *op cit*, p 23.

<sup>68</sup> Piénsese que monitorizar todas y cada una de las llamadas parece desproporcionado a efectos de control de la actividad laboral, dado que la monitorización de una selección aleatoria de llamadas podría ser suficiente para alcanzar el objetivo.

<sup>69</sup> Cabe decir que las sentencias de los Tribunales ordinarios aquí comentadas fueron previas a la LOPDGDD y al RGPD, por tanto, es posible que de producirse actualmente este conflicto la solución hubiera sido distinta tras la aprobación de los arts. 88 RGPD y 91 LOPDGDD.

<sup>70</sup> ALMENDROS GONZALEZ M.A., “Nuevas tecnologías y derechos digitales laborales en la negociación colectiva (y II)”, *TyD*, 83, 2021, p 7; RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Las facultades de control de datos biométricos del trabajador”, *TL*, 150, 2019, p 99; ÁLVAREZ CUESTA H., “El

Esto es, disponiendo de sanciones por uso indebido de los medios de trabajo electrónicos<sup>71</sup>.

Tristemente, cada vez es más habitual que el legislador delegue las funciones que le son inherentes (de protección de la parte contractual débil, entre otros) en una debilitada negociación colectiva que pocas veces puede realmente intervenir para regular la situación.

En efecto, en muchas ocasiones, la remisión por parte del legislador a la negociación colectiva para intervenir en una materia encubre, en el fondo, una desregulación<sup>72</sup>. Piénsese que si, en los últimos veinte años, la negociación colectiva ha sido incapaz de conseguir que los salarios mantengan el poder adquisitivo en España, difícilmente se les puede exigir que consigan mejoras en otros campos. No obstante, esta realidad apreciable a cualquiera que observe atentamente los datos, no ha impedido que cada vez más el legislador cargue con mayores responsabilidades a los sindicatos para que lo “solucione” en la negociación colectiva.

Una dejación de funciones del legislador que se ha producido en el campo de la conciliación de la vida laboral y familiar, en el teletrabajo<sup>73</sup>, en la desconexión digital y también en materia de control tecnológico, entre otros. En efecto, el legislador con sus remisiones no busca la mera adaptación de la norma al sector o territorio correspondiente, sino que se le exige casi un papel de creación de derechos o de establecer “garantías adicionales”. En este sentido, cabría señalar que si el legislador considera que son necesarias “garantías adicionales” debió fijarlas y no esperar que la negociación colectiva cubra su dejadez. O al menos, el legislador, debería darle las herramientas necesarias para que la negociación colectiva tenga poder de negociación para poder negociar dichas garantías adicionales.

#### 4.4. Propuestas para reforzar la negociación colectiva

Una de las cuestiones transversales en la nueva normativa de protección de datos es la obligación de establecer salvaguardas, por parte del empresario, para proteger a los afectados frente al tratamiento y procesamiento automatizado de datos (art. 25 y 35 RGPD). En este sentido, el Reglamento impone una obligación de resultado –la protección del derecho a la protección de datos– dejando en manos del responsable del tratamiento de los datos (empresario) la libertad para elegir la fórmula –los métodos y las salvaguardas– para cumplir ese objetivo.

---

diálogo social y la negociación colectiva como herramientas para lograr una transición digital justa”, *Lan Harremanak*, 42, 2019, pp 1-32.

<sup>71</sup> RODRIGUEZ-PINERO ROYO, M., “Las facultades de control...”, op cit., p 102.

<sup>72</sup> También crítico con que el legislador no establezca en la norma estatal al menos una regulación subsidiaria, ver CRUZ VILLALÓN J., “Las facultades de control del empleador...”, op cit, p 23.

<sup>73</sup> CASAS BAAMONDE, M.E., “El derecho del trabajo, la digitalización y el trabajo a distancia”, *Derecho de las relaciones laborales*, 11, 2020, p 1434.

Esta formulación –la potestad unilateral por parte del responsable de datos para elegir las salvaguardas– tiene sentido en el ámbito de los consumidores derivado de la poca “representatividad” que tienen las asociaciones de estos. Precisamente la falta de interlocutores con representatividad legal entre las asociaciones de consumo, parece que impide una gobernanza colectiva de la protección de datos de los consumidores. Sin embargo, en el mundo de las relaciones laborales quizá tendría más sentido que los métodos y salvaguardas para proteger el derecho fundamental a la protección de datos fueran obligatoriamente consensuados con los representantes de los trabajadores<sup>74</sup>. Esto es, la ley podría obligar a que cada medida de control tecnológico, para poder ser instalada en el seno de la empresa, tuviera que ser consensuada con la representación legal de los trabajadores o en el ámbito de la negociación colectiva sectorial y no permitir que las salvaguardas en materia de protección de datos sean diseñadas e implementadas unilateralmente por el empresario como ocurre ahora.

También podrían instaurarse, subsidiariamente, otras herramientas que empoderaran a la negociación colectiva. Así, se echa en falta derechos que ya se encuentran en materia de prevención de riesgos laborales, como son el “derecho de propuesta” (art. 11.1 de la Directiva marco 89/391/CEE del Consejo), que permitiera a la representación legal de los trabajadores exponer fórmulas de garantía de los derechos en materia digital en cualquier momento o la existencia de un verdadero comité de protección de datos *mixto* análogo al comité de seguridad y salud que existe en la regulación de prevención de riesgos laborales<sup>75</sup>.

## 5. FALTA DE ESPECIFICIDAD LABORAL DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS

La defensa que se hace en este trabajo sobre la regulación de protección de datos como una norma adaptada a los nuevos contextos tecnológicos (sobre todo frente a un art. 20.3 ET de más de cuarenta años de antigüedad) no debe confundirse con complacencia. Por el contrario, esta normativa no queda exenta de críticas. En este sentido, no está pensada ni está adaptada a los principios de funcionamiento de las relaciones industriales.

Así, la regulación en materia de protección de datos funciona en una lógica de garantías decididas unilateralmente por el responsable del tratamiento; de relevancia determinante del consentimiento; de derechos de ejercicio individual, etc. Reglas de funcionamiento muy alejadas de los principios básicos del ordenamiento laboral cimentados en limitaciones a la autonomía de la vo-

<sup>74</sup> En este sentido, CRUZ VILLALÓN J., “Las facultades de control del empleador...”, op cit, p 22, establece que las medidas deberían obligatoriamente negociarse.

<sup>75</sup> En profundidad ver TODOLÍ SIGNES A., “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, *RDS*, 84, 2018.

luntad; reconocimiento de la autonomía colectiva; intervenciones legislativas con garantías de derechos claras; normas de derecho mínimo necesario, etc<sup>76</sup>.

Es especialmente reseñable el hecho de que la construcción de los derechos de protección de datos parte de la “autodeterminación informativa”, entendido como el control de todo individuo sobre la información que le concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar la propia identidad, la dignidad y libertad<sup>77</sup>. Esto es, un derecho de corte eminentemente individual que se sostiene sobre la base del consentimiento para legitimar el tratamiento de datos y una serie de facultades que permiten al individuo retirar el consentimiento.

De esta manera, partiendo de que el consentimiento del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales no pasa de ser una simple manera satírica de dar un “sello de aprobación” a todo aquello que el empresario desee implementar<sup>78</sup> esta formulación individual debe ser rechazada. Precisamente, con este fundamento, el considerando 43 del RGPD establece que no es posible aceptar la licitud para el tratamiento y procesamiento de datos basadas en el consentimiento en una relación donde exista un fuerte desequilibrio de poder entre las partes.

Concretamente, el Grupo de Trabajo del art. 29, en su Guía sobre el consentimiento bajo el RGPD<sup>79</sup> entiende que el consentimiento de un trabajador difícilmente puede ser otorgado cumpliendo los requisitos exigidos en el Reglamento (específicamente de forma “libre”). Por esta razón, el Grupo de Trabajo dictamina que, dada la naturaleza de la relación entre empresario y trabajador, como regla general, no se deberá entender válido el otorgamiento de consentimiento por parte del trabajador, teniendo que ser solamente aceptado como válido de forma excepcional. Concretamente, el GP29 entiende que el consentimiento podrá considerarse libremente dado, solamente cuando se pueda demostrar que el trabajador sabía que no había consecuencias adversas con independencia de si otorgaba consentimiento o no<sup>80</sup>. Un hecho que parece difícil que se de en una relación laboral común.

Hasta aquí la solución –no considerar que el consentimiento del trabajador pueda ser prestado libremente– parece sensata. El problema viene por el hecho de que la imposibilidad de otorgar consentimiento para legitimar el

---

<sup>76</sup> En este sentido, ver RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO M., y TODOLI SIGNES, A., “Las dos almas del Derecho del trabajo digital”, en RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO M., y TODOLI SIGNES, A (Dir.), *Vigilancia y control en el Derecho del trabajo digital*, Aranzadi, 2018, p 1 y ss.

<sup>77</sup> MURILLO DE LA CUEVA, “Informática y protección de datos personales (estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal)”, *Cuadernos y Debates*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp 32 y 51; en sentido similar, HEREDERO HIGUERAS, *Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter Personal: comentario y textos*. Madrid, Tecnos, 1996.

<sup>78</sup> AJUNWA I., CRAWFORD, K., SCHULTZ J., “Limitless worker surveillance”, *California Law Review*, 105, 2017, p 774.

<sup>79</sup> Adoptado el 28 de noviembre de 2017, p. 8.

<sup>80</sup> De acuerdo con el art. 7.1 RGPD la empresa es responsable de demostrar que el consentimiento fue dado libremente.

control tecnológico de los trabajadores no es sustituida por ningún otro mecanismo específico de protección.

Por el contrario, lo que se hace es entender legítimo todo control que sea “necesario” para la ejecución del contrato de trabajo. De esta forma, se vuelve a centrar la validez de los controles, de nuevo, en la interpretación judicial de lo que se considera “necesario”. Una solución que ha producido resultados poco satisfactorios como se ha podido observar.

Una adaptación más adecuada del derecho a la “autodeterminación informativa”, proveniente del art. 18.4 ET, a la lógica de las relaciones laborales podría haber sido sustituir la exigencia de un consentimiento individual, por un consentimiento de carácter colectivo (autodeterminación informativa colectiva). Esto es, conforme a lo propuesto en el epígrafe anterior, parece oportuno entender que los controles tecnológicos requieren de consenso en el ámbito de la negociación colectiva.

Con esto se aseguraría que la negociación colectiva desarrollara efectivamente esta parte en los convenios, al verse, la parte empresarial, compelida a negociar si quiere poder usar esta vigilancia electrónica. Además, con ello, de un lado, se recuperaría, al menos en parte, el desequilibrio en el contrato de trabajo generado por la actual libre disposición de tecnologías cada vez más avanzadas para controlar de forma omnipresente a los trabajadores y, de otro lado, se recuperaría parte del poder negociador perdido en las últimas décadas por los agentes sociales.

## 6. CONCLUSIONES

La jurisprudencia, en materia de control tecnológico, está siendo ampliamente permisiva con las posibilidades de uso de las nuevas tecnologías para controlar a los trabajadores, sin que los derechos fundamentales ni la nueva regulación de protección de datos parezca modificar el criterio jurisprudencial.

De esta forma, se han validado pruebas recogidas por el empresario sin informar a las personas trabajadoras del tipo de control que se iba a realizar (cámaras ocultas), sin informar de las finalidades para las que se realizaba dicho control (cámaras de seguridad usadas para fines de control de la actividad laboral), controles realizados en contra de la finalidad expresada por el empresario (renunciar mediante pacto colectivo el uso disciplinario de las grabaciones y hacerlo igualmente), controles realizados fuera del lugar de trabajo y del tiempo de trabajo (activar el GPS fuera de la jornada para saber si el empleado usa el vehículo de la empresa). También se admite con naturalidad, y sin considerar desproporcionado, la grabación permanente de conversaciones de las personas trabajadoras con los clientes, el control permanente vía GPS, y tacógrafos, de la actividad realizada, la videograbación continua de la prestación de servicios durante toda la jornada, etc.

En este trabajo se defiende que esta posición jurisprudencial viene inducida por la forma en la que se resuelve el conflicto entre el interés legítimo del empresario de controlar la prestación de servicios y los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. En efecto, la judicialización del conflicto se produce, casi siempre, dentro de un proceso disciplinario donde el control elegido por el empresario ha tenido éxito. De esta forma, el tribunal, cuando debe analizar la validez del sistema de control electrónico, no lo hace en abstracto, sino en un supuesto en el que, de declarar la vulneración del derecho fundamental y la nulidad de la prueba, el despido se declararía improcedente o nulo e incluso tendría el incumplidor derecho a una indemnización adicional (art. 183 LRJS).

Así, “pillar a los incumplidores” se vuelve el objetivo principal, sacrificando los derechos fundamentales (intimidad y secreto comunicaciones), la protección de datos (18.4 CE), e incluso, a la efectividad de la negociación colectiva (37 CE).

Ahora bien, aunque los tribunales resuelvan supuestos concretos, las consecuencias son estructurales para el sistema de relaciones laborales. Con la validación en sede judicial de las pruebas en los supuestos en que los controles han “cazado” un incumplidor, están permitiendo que este tipo de vigilancias se admitan como regla general, incrementando e incentivando su uso, en definitiva, convirtiéndolos en habituales.

En este proceso de asimilación a los sistemas de control electrónico se están despreciando las consecuencias negativas que tal tipo de observación permanente ocasionan en los derechos fundamentales de las personas incluyendo en la salud (aumento de intensidad y disminución de autonomía) y en el equilibrio interno del contrato de trabajo.

De esta forma, en este trabajo se defiende que el test de proporcionalidad usado por los tribunales para analizar si un determinado control tecnológico vulnera los derechos fundamentales debería tener en cuenta estos efectos estructurales. Concretamente, el requisito de “necesidad” del control elegido, no debería ser interpretado como mera conveniencia empresarial del sistema escogido, sino que el empresario debiera demostrar una verdadera imposibilidad de usar otro método menos invasivo. A su vez, la proporcionalidad en sentido estricto debería impedir la monitorización electrónica constante del trabajador por excesiva y es que, los beneficios de “cazar” a unos pocos incumplidores, no parece que compense a los cambios estructurales que este tipo de vigilancia electrónica provoca. A saber, los problemas de salud provocados por los incrementos de intensidad, la reducción de la autonomía y las posibilidades del empresario de extraer mayor rendimiento pagando menores salarios.

En apoyo de esta aplicación más protectora del test de proporcionalidad, además de los derechos nombrados y de los efectos no deseados que provoca, se defiende que esta es la perspectiva elegida por el legislador europeo que vincula a los tribunales. En efecto, el RGPD, siendo consciente de las posi-

bilidades cada vez más dañinas para las personas de los medios electrónicos de control, adopta una posición protectora (y no la anterior perspectiva de la “libertad” de elección del medio de control por parte del empresario). Así, el principio de minimización de los datos recogidos (art. 5) obliga a los tribunales a tomar una posición de aplicación garantista de los derechos fundamentales en la que solamente se admitirá la vigilancia electrónica, nunca como regla general, sino cuando fuera imposible usar otra medida menos invasiva.

Adicionalmente, en este trabajo se sostiene que las obligaciones impuestas por el RGPD que implican informar de los sistemas de control tecnológico que recogen información y de la finalidad última para los que estos datos van a ser usados (art. 5, 6 y 13 RGPD) y el principio de minimización de datos como informador del principio de proporcionalidad tienen relevancia constitucional y, por ello, impiden al empresario usar las pruebas recogidas por estos controles tecnológicos sin cumplir dichos requisitos en un proceso de despido disciplinario y, mucho menos, como forma habitual de control.

Así, se defiende que la regulación de protección de datos implica el fin de la tradicional libertad de elección del empresario para adoptar las medidas que estime más oportunas para la vigilancia y control. Por el contrario, actualmente, tal elección debe estar constreñida por el principio de minimización de datos y la transparencia respecto a medio elegido y finalidad del sistema de control.

En cualquier caso, siendo consciente de las dificultades de abstracción de los tribunales que, a la postre, deben resolver casos concretos y sensibles, parece exigible una nueva intervención del legislador en materia de vigilancia electrónica que traslade los principios, eminentemente basados en el consentimiento, de la regulación de protección de datos, al ordenamiento laboral. En este sentido, se propone que se deberían otorgar mayores poderes a la autonomía colectiva. Así, se sugiere regular la obligación de obtener el consentimiento colectivo para usar este tipo de medidas invasivas de los derechos fundamentales como forma de incentivar una regulación completa y adaptada al sector o empresa mediante convenios o pactos colectivos.

LA GESTIÓN LABORAL A TRAVÉS DE ALGORITMOS

JESÚS R. MERCADER UGUINA

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad Carlos III de Madrid