



GRABACIONES OCULTAS EN LA EMPRESA Y PRIVACIDAD LABORAL DE LOS TRABAJADORES SORPRENDIDOS HURTANDO

HIDDEN RECORDINGS IN THE COMPANY: LABOR PRIVACY VERSUS ORGANIZATIONAL CAPACITY

Lourdes López Cumbre
Catedrática de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social
Universidad de Cantabria

Fecha de publicación: 9 de noviembre de 2018

SUMARIO: I. LA ANTIGUA Y LA NUEVA VIGILANCIA EN LA EMPRESA. DERECHOS EMPRESARIALES MÁS EFECTIVOS PERO MÁS INVASIVOS. 1. Sospechas contra trabajadores e instalación de mecanismos de grabación ocultos en el centro de trabajo. 1.1. El empleador vigilante: la defensa de su propiedad y su libertad. 1.2. El empleado vigilado: la defensa de su privacidad y de su intimidad. 2. (I)licitud de las grabaciones ocultas en la empresa. 2.1. La defensa legal y constitucional de la vigilancia empresarial encubierta. 2.2. Los reparos basados en la defensa de los derechos humanos. II. SOBRE EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS OBTENIDOS DE LAS GRABACIONES OCULTAS EFECTUADAS A LOS TRABAJADORES. 1. ¿Protección de datos "personales" o utilización de datos "laborales"? 1.1. La normativa sobre protección de datos personales alcanza a las grabaciones (¿ocultas?) efectuadas a los trabajadores en la empresa. 1.2. La utilización de los datos obtenidos como medio de prueba para justificar el despido del trabajador. 2. El valor "saneador" del reconocimiento de las imputaciones efectuadas. Sanciones empresariales e indemnizaciones laborales por las grabaciones ocultas. III. EL DEBATE ENTRE LA PRIVACIDAD LABORAL, LA INTIMIDAD PERSONAL Y LA LIBERTAD ORGANIZACIONAL

RESUMEN: Grabar de forma encubierta a los trabajadores en el centro de trabajo representa un mecanismo de defensa para la empresa ante posibles sospechas de conductas ilícitas por parte de aquéllos. Sin embargo, el respeto a la intimidad, privacidad y dignidad del trabajador se mantienen también en su puesto de trabajo pese



a la capacidad de control del empleador. El conocimiento sobre los medios empleados, el consentimiento por parte de los afectados, la proporcionalidad de las medidas utilizadas legitima una actuación que deberá ponderar derechos y libertades concurrentes. Decisiones como la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto López Ribalda en la que trabajadoras que reconocen haber cometido robos en su empresa han de ser indemnizadas porque el empresario no avisó previamente sobre la instalación de cámaras en determinados puestos de trabajo, reabren un debate sobre el control laboral por medios electrónicos, no exento de polémica.

ABSTRACT: Covertly recording workers in the workplace represents a defense mechanism for the company in the event of suspected illicit behavior on the part of the company. However, respect for the privacy and dignity of the worker are also maintained in their job despite the employer's ability to control. The knowledge on the used means, the assent on the part of the affected ones, the proportionality of the used measures they legitimize an action that will have to weight rights and competing freedoms. Decisions like the judgment Lopez Ribalda in that workers who recognize thefts committed in his company by themselves have to be compensated because the employer did not previously warn about the installation of cameras in certain working places reopen a debate about controversy and a legal review on the control of work activity by electronic means.

PALABRAS CLAVE: intimidad, control empresarial, grabaciones ocultas, pruebas ilícitas, indemnización por daños morales en el trabajo.

KEYWORDS: privacy, corporate control, hidden recordings, illicit tests, compensation for moral damages at work.

I. LA ANTIGUA Y LA NUEVA VIGILANCIA EN LA EMPRESA. DERECHOS EMPRESARIALES MÁS EFECTIVOS PERO MÁS INVASIVOS

1. Sospechas contra trabajadores e instalación de mecanismos de grabación ocultos en el centro de trabajo

1.1. El empleador vigilante: la defensa de su propiedad y su libertad

1. Puede sorprender que las trabajadoras que roban en una empresa y son despedidas deban ser indemnizadas por la falta de aviso previo sobre su vigilancia en la empresa. Ésta es la decisión adoptada en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos



Humanos de 9 de enero de 2018 (asunto López Ribalda y otros, en adelante STEDH López Ribalda). Como ocurre en Derecho, la conclusión no está exenta de explicación, aunque los argumentos puedan no ser plenamente compartidos.

Que el trabajador preserva sus derechos fundamentales en el centro de trabajo constituye una máxima incuestionable; que el empresario debe poder ejercer sus derechos a la propiedad privada y a la libertad de empresa también supone un principio irrenunciable; y, en fin, que las normas defienden la protección de las personas y de los trabajadores no sólo ante las grabaciones sino ante el tratamiento de los datos obtenidos por las mismas no alberga duda alguna.

Cuando existen sospechas sobre incumplimientos graves, ilícitos o delitos cometidos por los trabajadores en el centro de trabajo, el empresario tiende a proteger su propiedad. Y puede hacerlo con varias medidas. Preventivas, advirtiendo que los trabajadores están siendo vigilados ante la constatación de un daño patrimonial a la empresa para que el mismo cese; u ofensivas, sin previo aviso y con el fin de impedir la impunidad de los transgresores. La sanción -de mayor o menor envergadura según la entidad de los hechos- podrá conllevar el despido (procedente) del trabajador, actuación empresarial que el ordenamiento laboral avala ante un incumplimiento grave y culpable del trabajador. Existe, además, un daño moral si se observa que el trabajador que desarrolla este tipo de comportamientos en el seno de la relación laboral viola la confianza de la empresa por lo que, con independencia de la existencia de un lucro personal para el trabajador o de la dimensión del perjuicio patrimonial para la empresa, la buena fe que impera en toda relación contractual se rompe, no pudiendo admitir ni siquiera la autoinculpación del trabajador como una eximente a efectos sancionadores.

2. Constituye una evidencia que las nuevas tecnologías han transformado el sistema de producción y también el desarrollo de la actividad laboral ⁽¹⁾. En dos sentidos, principalmente. Uno, en la manera de prestar el servicio por cuenta ajena (en la que se insertan y se interiorizan las nuevas tecnologías hasta el punto de poder significar la desaparición o transformación de puestos de trabajo). Y, otro, de mayor interés para este análisis, en la modificación e intensificación del control del empresario sobre las conductas del trabajador. El empresario dispone ahora de mecanismos tecnológicos que le permiten un ejercicio más efectivo de su poder de dirección y control y de su potestad

(1) Por todos, Rodríguez Escanciano, S. (2015), *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*. Valencia: Tirant lo Blanch y Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional (2016), *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.



disciplinaria (los medios informáticos “delatan” cualquier actuación efectuada, las cámaras “registran” cualquier conducta realizada).

El alcance de las nuevas tecnologías en la transformación de la relación laboral está aún en fase inicial, aunque se haya avanzado en algunos aspectos. Pero situaciones como la firma del contrato de trabajo de manera telemática, o el planteamiento de una dimisión del trabajador -incluso de un despido- por mecanismos informáticos, o la utilización de datos personales obtenidos a través de sus redes sociales, o el empleo de medios empresariales para usos personales y sus límites, etc., quedan todavía al margen de la norma legal aunque se vaya progresando en su consideración, especialmente a través de la negociación colectiva y particularmente en sectores en los que la presencia de las tecnologías es intensa. Con todo, y en una aproximación general a la materia que nos ocupa, dos son los grandes grupos de controversias que pueden plantearse. Uno, el de los límites del uso extralaboral de los medios tecnológicos por parte del trabajador y la capacidad del empleador para controlar la conducta de dimensión privada del trabajador en la empresa. Y, otro, de mayor importancia para la conclusión a alcanzar en este estudio, el control y vigilancia empresarial del trabajador mediante las nuevas tecnologías y las posibilidades de su utilización como parte del poder de dirección del empresario.

3. En el ámbito laboral, el empleador tiene capacidad para organizar libremente su actividad productiva, si bien habrá de contemplar el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores. Sin embargo, estos últimos no resultan ilimitados y deberán ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, también en el centro de trabajo. Así, en el seno del contrato de trabajo se produce una limitación al ejercicio de estos derechos en la medida en que el desarrollo de la organización productiva se halla protegido por los derechos recogidos en los arts. 33 y 38 CE, principal y respectivamente (SSTC 99/94 y 98/00). De esta forma, se avala el ejercicio de facultades organizativas que impliquen controlar comportamientos, actitudes o actuaciones del trabajador por parte del empresario. Eso supone que algunas actividades realizadas por el trabajador, siendo en otros ámbitos legítimas, en el laboral pueden resultar no serlo (STC 120/83).

No en vano, el trabajador, cuando firma su contrato de trabajo, acepta su condición de "dependiente" (los presupuestos sustantivos de la relación laboral no son otros que la voluntariedad, retribución, ajenidad y dependencia), lo que supone el sometimiento a las órdenes e instrucciones del empresario, quien desplegará su control disciplinario y su poder sancionador si aquéllas no se cumplen. *De iure*, el reconocimiento de esta potestad empresarial implica una limitación de los derechos fundamentales de los trabajadores. Pero, *de facto*, no significa perderlos.



1.2. El empleado vigilado: la defensa de su privacidad y de su intimidad

1. El lugar de trabajo no puede ser un lugar ajeno a los límites constitucionales y el trabajador no deja de ser un ciudadano con la debida protección que le otorgan sus derechos fundamentales. En recordados pronunciamientos del Tribunal Constitucional se reconoce cómo *“las organizaciones empresariales no forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el artículo 38 del texto constitucional legitima que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional”* (STC 88/85, FJ 2).

No resulta extraño, pues, que sea el ámbito laboral en el que la teoría de la drittwirkung adquiera un mayor alcance al constatar que los derechos fundamentales no sólo pueden ejecutarse frente al poder público sino también frente -y entre- particulares en todos los ámbitos de la vida social, especialmente el laboral ⁽²⁾. Entre otros, el trabajador defiende su privacidad e intimidad, también en el desarrollo de su relación laboral ⁽³⁾.

2. Como en la mayor parte de controversias en las que se halla implicado un derecho fundamental, la clave para garantizar el equilibrio entre intereses contrapuestos será la proporcionalidad ⁽⁴⁾. Cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales deberá ser idónea, necesaria y proporcional y, en el ámbito laboral, cualquier limitación de un derecho fundamental deberá producirse *“en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva”* (STC 99/94, FJ 5). Se admitirá, así, la limitación de los derechos fundamentales cuando no exista otra forma de satisfacer el interés empresarial, exigiendo una *“acreditada necesidad o interés empresarial sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho*

⁽²⁾ Un análisis actualizado en AAVV (2017), Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (21).

⁽³⁾ Por todos, Goñi Sein, J.L.(1988), *El respeto a la esfera privada del trabajador. Un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*. Madrid: Civitas y Fernández López, M^a.F. (2006), La intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo, en AAVV (2006), *Las transformaciones del derecho de trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al profesor Rodríguez-Piñero*, Madrid: La Ley, pp. 615-671.

⁽⁴⁾ Una aproximación a la distinta -y, en ocasiones, distante- interpretación sobre este principio en la jurisprudencia europea y constitucional en Terradillos Ormaetxea, M.E. (2017), El principio de proporcionalidad como referencia garantista de los derechos de los trabajadores en las últimas sentencias del TEDH dictadas en materia de ciberderechos: un contraste con la doctrina del Tribunal Constitucional Español, *Revista de Derecho Social* (80), pp. 139-162.



fundamental del trabajador” (STC 6/95, FJ 3). Para ello se requerirá la invocación de motivos objetivos que señalen la necesidad de llevar a cabo dicha limitación (sospechas sobre los trabajadores, necesidad de garantizar la seguridad en la empresa, etc.).

La medición del criterio de proporcionalidad, no siempre fácil, se basa, como es sabido, en un triple test (STC 55/1996). En primer lugar, es necesario superar el juicio de idoneidad y que se considerará cumplido cuando la medida adoptada sea susceptible de lograr el objetivo propuesto, esto es, si con ella puede alcanzarse la finalidad pretendida. En segundo término, el juicio de necesidad, admitido si la restricción se interpreta como necesaria en el sentido de que no existe otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; no bastará, por tanto, con que la limitación de derechos sea idónea –aunque en cualquier caso deberá serlo– sino que, además, deberá tratarse de la menos agresiva de todas las posibles. Y, por último, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, por el que se garantiza que la medida resultará ponderada y equilibrada al derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

En otro orden de consideraciones, la medida habrá de estar suficientemente justificada, lo que significa que su adopción deberá responder a motivaciones objetivas y distintas de la simple conveniencia empresarial o a una voluntad arbitraria o caprichosa. La objetividad deriva de la conexión estrecha de la actuación empresarial con la organización productiva y su finalidad de protección y conservación de la misma. Se entiende que la no superación (acumulativa) de estos requisitos implicará la nulidad de la decisión adoptada, también por parte de la empresa y también en relación con el trabajador.

2. (I)licitud de las grabaciones ocultas en la empresa

2.1. La defensa legal y constitucional de la vigilancia empresarial encubierta

1. La base normativa para defender el uso de videovigilancia (o de grabación de voz) encubierta en el lugar de trabajo y sin advertencia previa se encuentra en el art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, LET) que permite al empleador *“adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad”*. La idoneidad (“oportunidad”) de la medida está limitada, pues, por el respeto “debido” a la dignidad del trabajador.

El empresario que quiere controlar su actividad productiva puede instalar mecanismos de vigilancia. Ocurre, sin embargo, que, ante la constatación de pérdidas materiales y



económicas, puede considerar que el sistema más efectivo es el control oculto, esto es, aquel que no es conocido por quienes están actuando de forma ilícita o delictiva en el centro de trabajo ni tampoco por sus representantes. En ocasiones, suele alternarse, de hecho, la presencia de cámaras visibles y cámaras ocultas, consiguiendo que tanto trabajadores como clientes conozcan que están siendo grabados a través de las cámaras visibles, si bien se oculta la existencia de otras cámaras situadas normalmente en lugares estratégicos para grabar principalmente a los trabajadores. A veces, es suficiente con la mera indicación de estar siendo grabados. Obviamente la grabación no puede producirse en lugares de utilización íntima (baños, vestuarios, etc.) pero sí en recintos del centro de trabajo de utilización habitual para la actividad productiva.

En los hechos en los que se basa la STEDH López Ribalda, las cartas de despido de las trabajadoras describían expresamente cómo las cámaras de seguridad las habían grabado escaneando artículos de las canastas de abarrotes de clientes y compañeros de trabajo y luego cancelando las compras. Asimismo se comprobó, siempre a través de las grabaciones -unas con cámaras visibles que apuntaban a la entrada y a la salida del centro de trabajo (un supermercado) para captar las imágenes de clientes y otras con cámaras ocultas instaladas en los mostradores de salida, detrás de las cajas registradoras (dado que las trabajadoras despedidas prestaban servicio como cajeras)-, que las trabajadoras permitían tanto a clientes como a compañeros de trabajo salir de la tienda con mercancía e incluso que ellas mismas habían sustraído bienes de la empresa con ayuda de compañeros de trabajo. Es cierto que, aunque la empresa había advertido sobre la instalación de las cámaras visibles, no lo había hecho en cuanto a las cámaras ocultas por entender que el objetivo de su presencia era precisamente descubrir a quienes estaban realizando comportamientos ilícitos o delictivos. Podía haber advertido de su presencia, habiendo logrado previsiblemente frenar esta actuación pero a la empresa no le bastaba con una acción preventiva sino que quería conocer quién actuaba en contra de sus intereses. Por eso tampoco informó al comité de empresa. Procede apuntar, a estos efectos, que la norma laboral española contempla, por una parte, el respeto a la intimidad del trabajador, *ex art. 4.2.e) LET* y, por otra, el deber de informar al comité de empresa ante la implantación o revisión de los sistemas de control en la misma, *ex art. 64.5.f) LET* ⁽⁵⁾.

2. El control del empresario mediante grabación supone obtener datos (visuales o de voz) del trabajador y, por tanto, su actuación entrará dentro del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales (Ley Orgánica 15/1999, 13 de diciembre, BOE, 14, en adelante LOPD). La Ley, guiada por el interés de proteger "el

⁽⁵⁾ Sempere Navarro, A.V. y San Martín Mazzucconi (2002), *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*. Pamplona: Aranzadi.



honor e intimidad personal y familiar" en lo que concierne a la protección de datos personales, obliga a informar de manera "expresa, precisa e inequívoca" por el responsable del fichero cuando los datos no hayan sido recabados del interesado, salvo que este último hubiera sido informado con anterioridad. No obstante, y pese a que el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá, con carácter general, el consentimiento "inequívoco" del afectado, no será preciso dicho consentimiento cuando los datos se refieran *"a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento"*, según lo dispuesto en el art. 6.2 de la norma citada.

Precisamente se ha convertido éste en un elemento determinante de la doctrina constitucional desarrollada en torno a la vigilancia encubierta de los trabajadores en la empresa. Si éstos deben conocer y consentir los medios de control del empresario en tanto, como interesados y afectados por la obtención y tratamiento de sus datos personales (grabación de imagen o de audio), deben ser informados y han de consentir expresamente y de forma inequívoca sobre su tratamiento, carecerá de sentido que existan cámaras ocultas para vigilar el centro de trabajo. Si, por el contrario, se interpreta que la limitación de los derechos fundamentales en la empresa se extiende a la posibilidad que tiene el empleador de preservar y garantizar sus bienes ante posibles sospechas de comportamientos ilícitos o delictivos del trabajador, entonces procederá la instalación de cámaras sin el conocimiento del trabajador. Puesto que se exceptúa el consentimiento expreso en una relación laboral, el empresario tiene otorgado dicho consentimiento por parte del trabajador con la mera firma del contrato de trabajo. Cabe una hipótesis intermedia, utilizada con frecuencia por los tribunales del orden social, cual es la de informar sobre la existencia de cámaras aunque sin precisar el lugar de instalación de las mismas.

La evolución de la jurisprudencia constitucional en este punto no ha sido uniforme y ha oscilado entre dos extremos. Uno, representado básicamente -aunque no únicamente- por las SSTC 186/00 y 39/16. Otro, identificado en la doctrina contenida en STC 29/13. En las primeras, el Tribunal considerará que, ante la existencia de sospechas fundadas, se justifica la injerencia en los derechos fundamentales siempre que la intromisión resulte apropiada para el objetivo legítimo perseguido, utilizando un mecanismo necesario y proporcionado (STC 186/00). En este sentido, el órgano judicial deberá valorar que la medida -instalación de la cámara- es idónea, es decir, susceptible de conseguir el objetivo propuesto; se presenta como necesaria, esto es, no existe otra medida menos lesiva para verificar si el trabajador ha cometido las irregularidades sospechadas; y resulta equilibrada, derivándose de dicha actuación más ventajas que perjuicios -normalmente siempre que se demuestre el carácter temporal, causal, esporádico, aislado o focalizado de la grabación-. Se trata de una medida *ad hoc*



plenamente justificada y proporcionada que no exige informar ni a los representantes de los trabajadores ni a estos últimos para evitar que se frustre el objetivo pretendido. En consecuencia deben darse dos premisas básicas: sospechas fundadas y justificadas y la aplicación de la triple prueba de idoneidad (objetivo legítimo), necesidad (medida absolutamente imprescindible) y proporcionalidad (justo equilibrio entre la injerencia en el derecho fundamental del trabajador y la defensa de la propiedad y libertad del empleador).

En los casos enjuiciados en las citadas SSTC 186/00 y 39/16 se estimó justificado el uso de las cámaras de seguridad -ante la existencia de sospechas razonables del empresario de la comisión de ilícitos o delitos en la empresa por parte de los trabajadores-, se consideró apropiado el empleo de las mismas -al objeto de verificar si las citadas irregularidades estaban siendo cometidas por algunos empleados y, en su caso, identificar a los mismos y, en consecuencia, adoptar las medidas disciplinarias oportunas-, se calificó como medida necesaria -sólo la videovigilancia permitiría captar la evidencia de las irregularidades cometidas- y se entendió que respondía al principio de proporcionalidad -el registro de la imagen se limitaba al área o áreas afectadas por las irregularidades cometidas-. Destacando, por tanto, dos elementos en la aplicación de esta doctrina. El primero, que la grabación no es fija sino temporal por cuanto se destina a enfocar un determinado lugar durante un período de tiempo para obtener la prueba de la sospecha, por lo tanto constituye un medio para obtener un fin concreto y legítimo. El segundo, que los trabajadores conocen la existencia de cámaras de vigilancia al estar convenientemente indicada la presencia de las mismas en cumplimiento de la normativa de protección de datos. Es cierto que los trabajadores no sabían que existían una vigilancia expresa y específica para ellos pero sí conocían que el recinto estaba siendo vigilado.

La exigencia del consentimiento del trabajador se salva, en estos casos, con el recurso al art. 6.2 LOPD e interpretando que, en la relación laboral, el consentimiento del trabajador se entiende implícito en la aceptación de la misma, siempre que el tratamiento de los datos sea, como señala la norma apuntada, necesario para el mantenimiento y cumplimiento del contrato. Y, así, el tratamiento de datos dirigido al control de la actividad laboral entraría dentro de esta excepción, pues estaría relacionado con el cumplimiento de la misma. En consecuencia, *"el empresario no necesita el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidas a través de las cámaras instaladas en la empresa con la finalidad de seguridad y control laboral, ya que se trata de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral y es conforme con el art. 20.3 TRLET"* (STC 39/16, FJ 4). Bastará con cumplir las indicaciones y distintivos sobre la instalación de cámaras de grabación en la empresa para garantizar la información del



trabajador prevista en el art. 5.1 LOPD sin que sea necesario especificar "*más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control*". Lo importante es conocer si los datos que se obtienen mediante la grabación se destinan a controlar la relación laboral, en cuyo caso no se precisa de consentimiento, o si por el contrario dicho tratamiento no guarda relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual, situación en la que el empresario se encontrará obligado a recabar el consentimiento del trabajador para la grabación correspondiente.

3. Consideración estimada como manifiestamente insuficiente por la STC 29/13. La existencia de una información genérica no permite deducir toda la información que precisan los trabajadores ni posibilita eludir las obligaciones empresariales con los representantes de aquéllos. El "interés público" que se halla tras la sanción administrativa a la que deberá hacer frente la empresa por incumplir los requisitos impuestos por la ley no implica una medida suficiente para avalar que el Estado prive al ciudadano de la protección de sus datos personales y que forman parte de un "interés privado". De esta forma, el empleador no puede justificar que los datos personales del trabajador puedan ser tratados contra el trabajador sin haberle informado previamente de dicha posibilidad. Y no basta con que conozca la existencia de un sistema general de grabación sino que deberá saber que dichas grabaciones pueden ser utilizadas para imponer sanciones laborales por incumplimientos contractuales en el desarrollo de su relación laboral.

La información en materia de protección de datos forma parte del contenido esencial del art. 18.4 CE por lo que no es suficiente que la obtención de los datos o su procesamiento respondan a un objetivo legítimo o proporcional sino que deben estar avaladas por el conocimiento y consentimiento del trabajador. Advierte el Tribunal Constitucional que "*el derecho de información opera también cuando existe habilitación legal para recabar los datos sin necesidad de consentimiento, pues es patente que una cosa es la necesidad o no de autorización del afectado y otra, diferente, el deber de informarle sobre su poseedor y el propósito del tratamiento*" (STC 29/13, FJ 7). Si el sistema de vigilancia general se torna en vigilancia laboral, el trabajador deberá estar informado de manera conveniente sobre las características y el alcance del procesamiento de datos y habrá de conocer en qué casos se podrán examinar las imágenes, durante cuánto tiempo, con qué propósito y específicamente deberá indicarse que las imágenes captadas o la voz grabada podrán ser utilizadas para el control disciplinario en el centro de trabajo con la correspondiente repercusión sancionadora. Bien es cierto que, en este caso y a diferencia de los supuestos anteriores, las cámaras grababan imágenes con carácter general, eran fijas y no perseguían la comisión de ninguna irregularidad laboral. Sin pretenderlo, detectaron el incumplimiento del trabajador (fichaba a las horas de entrada y salida pero se ausentaba en reiteradas ocasiones durante su jornada). Razón que



conduce a considerar que la mera información general sobre la instalación y utilización de las cámaras deviene insuficiente ante la obligación de informar expresamente acerca de su empleo con fines laborales ⁽⁶⁾.

Este criterio -el carácter permanente para captación de imágenes en general o la utilización temporal o *ad hoc* para el descubrimiento de sospechas previas de las cámaras utilizadas por el empleador- se ha convertido en una premisa definitiva en la doctrina de los tribunales ordinarios. Así, para los casos en los que la prueba hubiera sido obtenida a través de una cámara instalada *ad hoc*, la solución se basará en la doctrina contenida en las SSTC 186/00 y 39/16 en las que, ante sospechas fundadas en la comisión de alguna irregularidad, ilícito o delito en el ámbito laboral y tras la superación del triple test de proporcionalidad, se admitirá la vigilancia encubierta en la empresa. Sin embargo, para analizar los supuestos en los que la prueba del ilícito descansa en la grabación a través de cámaras fijas, habrá que atender a la doctrina fijada por la STC 29/13, lo que supone que la legitimidad de la sanción exija información previa y expresa al trabajador sobre la utilización de la videovigilancia con fines laborales ⁽⁷⁾.

2.3. Los reparos basados en la defensa de los derechos humanos

1. Discrepancias como las apuntadas y la convicción de que la privacidad e intimidad del trabajador merecen la máxima protección, superior en todo caso a los intereses empresariales, conducen al pronunciamiento de tribunales internacionales en defensa de los derechos humanos, también en el ámbito laboral. Precisamente éste es el contexto en el que se enmarca la STEDH López Ribalda que nos ocupa y cuya fundamentación jurídica analiza la posible vulneración del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (en adelante, el Convenio), en concreto de los arts. 6 y 8 del mismo, respectivamente. Este último precepto garantiza, como es sabido, el derecho al respeto a la vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia de toda persona. De acuerdo con el mismo, no podrá haber injerencia de la autoridad pública salvo que esté prevista por la ley y constituya una medida necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de

⁽⁶⁾ Vid Pazos Pérez, A (2014), *El derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de información en el ámbito laboral*. Valencia: Tirant lo Blanch.

⁽⁷⁾ Vid más extensamente Poquet Catalá, R. (2013), *El actual poder de dirección y control del empresario*. Pamplona: Aranzadi y Preciado Domènech, C.H. (2017), La vídeo vigilancia en el lugar de trabajo y el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, *Revista de Derecho Social* (77), pp. 175-194.



los demás. Por su parte, el art. 6 preserva el derecho a un proceso equitativo, público y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que garantice la presunción de inocencia y los derechos a ser informado, a la preparación de la defensa, a la asistencia por abogado de oficio, al interrogatorio de testigos o a la asistencia de un intérprete en caso necesario.

Más allá de las cuestiones procesales, interesa señalar si la utilización de una vigilancia oculta en la empresa vulnera el respeto a la vida privada del trabajador al que se refiere el precitado art. 8 del Convenio. Término amplio esa "vida privada del trabajador" que puede incluir actividades de índole profesional o empresarial y puede estar relacionado con medidas efectuadas fuera de las instalaciones domésticas o privadas de una persona (STEDH Benediktsdóttir v. Islandia, núm. 38079/06). De hecho, no cabe negar que existen aspectos de la vida privada en la naturaleza sistemática o permanente de una grabación y en el registro de los datos obtenidos con la misma (STEDH PG y JH v. Reino Unido, núm. 44787/98). Esto es así porque la imagen de una persona constituye uno de los principales atributos de su personalidad, ya que revela características únicas y permite distinguirla de sus pares por lo que resulta innegable que el derecho a la protección de la propia imagen representa uno de los componentes esenciales del desarrollo personal y presupone el derecho a controlar el uso que se haga de la misma (STEDH Reklos y Davourlis v. Grecia, núm. 1234/05). A tal fin, deberá valorarse si un individuo ha sido objeto de una medida de vigilancia en particular (STEDH Rotaru v. Rumanía, núm. 2834/95) y si los datos personales fueron procesados o utilizados de manera que han podido suponer una intromisión en la vida privada (STEDH I. v. Finlandia, núm. 20511/03).

2. Con estos antecedentes, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluye, en el asunto López Ribalda, que la videovigilancia encubierta de las trabajadoras en su lugar de trabajo constituye una intrusión en su vida privada. Implica la utilización de una documentación grabada y reproducible de la conducta de una persona en su lugar de trabajo, que esta última, que está obligada por contrato a realizar el trabajo en ese lugar, no puede eludir (STEDH Köpke v Alemania, núm. 420/07). Por esta razón, la "vida privada" a la que se refiere y protege el art. 8 del Convenio se halla relacionada con estas medidas.

Es cierto que la conducta se lleva a cabo por un particular -empresa privada- y no por el Estado -destinatario de las obligaciones y responsabilidades del Convenio- pero el Tribunal reitera, como en otras ocasiones, que, aunque el objetivo del art. 8 es esencialmente proteger al individuo frente a la injerencia arbitraria de las autoridades públicas, no sólo obliga al Estado a abstenerse de dicha injerencia sino también a aquellos otros sujetos cuya actuación pueda perjudicar la garantía de este derecho



(STEDH KU v. Finlandia, núm.2872/02). Se trata, pues, de valorar si el Estado, en el contexto de sus obligaciones positivas en virtud del art. 8, estableció un justo equilibrio entre el derecho de los trabajadores al respeto de su vida privada y el interés de su empleador en la protección de su organización y gestión de su propiedad privada, así como el interés público en la administración de una justicia adecuada.

En este sentido, se concluye que, en primer lugar, la videovigilancia encubierta se llevó a cabo después de que el empresario detectara pérdidas, lo que generó una sospecha entre empleados y clientes. Pero las grabaciones suponen datos visuales que, tras su obtención, implican el almacenamiento y tratamiento de los mismos como datos personales, estrechamente relacionados con la esfera privada de las personas. De hecho, este material fue procesado y examinado por personas diferentes al afectado (entre otros, el representante de los trabajadores y el representante legal de la empresa) e incluso antes de que las trabajadoras fueran informadas de la existencia de dichas grabaciones. Y todo ello pese a que los tribunales nacionales consideraran la medida justificada -ante las evidentes sospechas- y adecuada al objetivo legítimo perseguido, tratándose de un medio necesario y proporcionado -ya que no había ningún otro mecanismo igualmente eficaz de proteger los derechos del empleador con menor intromisión en la vida privada del trabajador-.

Al margen de otros pronunciamientos de similar factura (STEDH Köpke v Alemania, núm. 420/07), en este caso, no sólo existía una legislación que obligaba claramente a informar a los interesados acerca de la existencia de un medio de recopilación y tratamiento de sus datos personales sino que, a diferencia de otros supuestos, aquí la videovigilancia encubierta no siguió una sospecha previa fundada en las trabajadoras despedidas sino que se dirigía a todo el personal, sin límite de tiempo y durante todas las horas de trabajo. En otros casos, la medida de vigilancia se llevaría a cabo durante un tiempo limitado y focalizando la atención únicamente en los trabajadores sospechosos; pero, ahora, la decisión de adoptar medidas de vigilancia se basaría en una sospecha general contra todo el personal a la vista de las irregularidades detectadas. Razón que impedirá calificar la medida como proporcionada toda vez que la videovigilancia se desarrolla durante un período prolongado y no cumple con los requisitos legales establecidos, en particular, con la obligación de informar de manera precisa e inequívoca a los interesados. En tal caso, y siempre a juicio del Tribunal y siguiendo sus argumentos textualmente, los derechos del empleador podrían haber sido salvaguardados por otros medios, especialmente informando previamente a los solicitantes. En consecuencia, los tribunales nacionales no lograron un justo equilibrio entre el derecho de los trabajadores al respeto de su vida privada y la protección de la propiedad privada del empleador.



3. Desde antiguo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene demandando la necesidad de proporcionar, con carácter previo al desarrollo de la vigilancia por parte del empresario, un motivo legítimo que justifique su actuación. Asimismo deberá garantizar que no existe un control menos invasivo. Y, en este contexto, la exigencia será menor en función del carácter defensivo o preventivo de la vigilancia del empresario ⁽⁸⁾.

En el caso resuelto por la STEDH López Ribalda se antoja difícil apuntar un mecanismo distinto al de la captación de imágenes (o de sonido) empleado por el empresario, salvo la confesión del propio trabajador o el testimonio de otros compañeros que, posiblemente, sólo se logre cuando exista prueba gráfica de la irregularidad o ilícito cometidos. Ésta es precisamente la tesis defendida, aunque minoritariamente, por algunos miembros del Tribunal en la STEDH López Ribalda. En parte, por entender que, a diferencia de otros pronunciamientos (STEDH Barbulescu v. Rumanía, núm. 61/17) en los que el empleador registra conversaciones privadas del trabajador con su familia, en este caso no se produce interferencia alguna con su vida privada. La videovigilancia abierta no habría tenido las mismas perspectivas de éxito en el descubrimiento de un robo que la grabación encubierta. Se entiende que, en tales casos, el comportamiento ofensivo es incompatible con el derecho a la vida privada en virtud de la Convención (STEDH Trabajo Rueda v. España, núm. 32600/12), lo que significa que debe prevalecer el interés público de la sociedad y que las salvaguardias contra la ilegalidad y la arbitrariedad deben limitarse a proteger contra una interferencia abusiva.

Pero en el asunto López Ribalda no se prueban semejantes abusos, según el parecer de algunos magistrados. Las cámaras se instalaron en espacios públicos, y no privados y la empresa utilizó también cámaras visibles, empleando los registros de ambos tipos de cámaras como evidencia de la comisión de delitos en los procedimientos judiciales nacionales, lo que pone de manifiesto que las cámaras visibles resultaban asimismo necesarias para proporcionar una imagen completa de cómo las trabajadoras habían organizado todo el proceso de sustracción o robo. Y, si bien es cierto que las trabajadoras no habían sido informadas sobre la vigilancia, las propias cámaras visibles demostraron que la videovigilancia había sido organizada por el empleador, por lo que no se podía decir que los empleados carecían de información al respecto. Por lo demás, la decisión de la empresa resultaba imprescindible a la vista de las pérdidas identificadas (entre unos ocho mil y veinticinco mil euros al mes), sustanciales para un comercio minorista. Habían aumentado progresivamente en el tiempo por lo que podría

⁽⁸⁾ Gallardo Moya, R. (2017), Un límite a los límites de la vida privada y de la correspondencia en los lugares de trabajo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2017 en el Caso Barbulescu II c.Rumanía, *Revista de Derecho Social* (79), pp. 141-156.



razonablemente concluirse que las pérdidas podrían no haber sido causadas por una persona, de ahí la sospecha generalizada y la necesidad de vigilar a más de un trabajador, precisamente en aquellos puntos en los que se podían efectuar las sustracciones. Como señala uno de los magistrados discrepantes, *"los solicitantes no deberían tener la posibilidad legal de beneficiarse de su propia fechoría"* por cuanto el Convenio no puede ser interpretado de manera que permita el mal pues eso sería *"como un roble con un tronco podrido: no duraría mucho"* (Voto Particular del Juez Dedov a la STEDH López Ribalda).

II. SOBRE EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS OBTENIDOS DE LAS GRABACIONES OCULTAS EFECTUADAS A LOS TRABAJADORES

1. ¿Protección de datos "personales" o utilización de datos "laborales"?

1.1. La normativa sobre protección de datos personales alcanza a las grabaciones (¿ocultas?) efectuadas a los trabajadores en la empresa

1. Más allá de las indicaciones, ya expuestas y de aplicación en el ámbito laboral, de la Ley Orgánica de Protección de Datos, especialmente en sus arts. 5 y 6, no existe en este entorno una normativa específica. Por esa razón, será necesario cumplir las indicaciones generales.

Así, deberá incorporarse un letrero distintivo que señale las áreas que están bajo vigilancia con documentos disponibles que contengan la información obtenida por las grabaciones (Instrucción núm. 1/06, de 8 de noviembre de 2006 de la Agencia Española de Protección de Datos). Habrán de considerarse las recomendaciones específicas para los lugares de trabajo (Dictamen sobre la "videovigilancia de operadores privados en los ámbitos público y privado y de las autoridades públicas en la esfera privada y la protección de los derechos humanos" de 8 de junio de 2007 del Consejo de Europa). Por una parte, la prohibición, salvo en circunstancias muy particulares, de la grabación de videos en lugares como baños, duchas, vestuarios o áreas para fumadores y salas de empleados donde una persona puede confiar en tener total privacidad. Por otro lado, la vigilancia secreta sólo deberá permitirse, y únicamente de manera temporal, si se demuestra que es necesaria debido a la falta de alternativas adecuadas. O habrán de aplicarse las disposiciones específicas en materia de tratamiento de datos personales en el contexto del empleo (Recomendación del Comité de Ministros de 1 de abril de 2015). En este sentido, la información relativa a los datos personales en poder de los empleadores deberá ponerse a disposición del empleado afectado directamente o por medio de sus representantes, o ponerse en su conocimiento a través de otros medios apropiados. En principio, no se deberá permitir la introducción y el uso de sistemas y



tecnologías de información para el propósito directo y principal de vigilar la actividad y el comportamiento de los empleados. Cuando su introducción y uso para otros fines legítimos, como la protección de la producción, la salud y la seguridad o para garantizar el funcionamiento eficiente de una organización, tuviera como consecuencia indirecta la posibilidad de controlar la actividad de los empleados, esta última deberá estar sujeta a salvaguardias adicionales establecidas, en particular la consulta de los representantes de los trabajadores.

En esta misma línea, deberán tenerse en cuenta los Dictámenes e informes emitidos por el Grupo de Trabajo sobre protección de datos creado en virtud del art. 29 de la Directiva 95/46/CE (identificado como Grupo del art. 29 o GT29) en tanto órgano consultivo e independiente de la Unión Europea. En algunos de sus Dictámenes, elaborados expresamente para analizar el tratamiento de datos personales en el contexto laboral, se aconseja que cualquier control por parte del empleador constituya una respuesta proporcionada del empresario a los riesgos a los que se enfrenta teniendo en cuenta la privacidad legítima y otros intereses de los trabajadores. Todo dato personal que se tenga o utilice en el curso de la supervisión deberá ser adecuado, relevante y no excesivo para el propósito para el que se justifica la grabación. Esta última se llevará a cabo de la forma menos intrusiva posible, orientando la grabación hacia la zona de riesgo y teniendo en cuenta las normas de protección de datos. El control, incluida la vigilancia por cámara, deberá cumplir con los requisitos de transparencia, informando a los trabajadores sobre la existencia de la vigilancia, los fines para los cuales se procesarán los datos personales y otra información necesaria para garantizar un procesamiento justo.

2. Con todo, y como es sabido, el epicentro normativo de mayor interés a este respecto, la Directiva 95/46, de 24 de octubre de 1995, DOCE, 23 de noviembre, sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la libre circulación de dichos datos ha sido derogada y sustituida por el Reglamento 679/16, de 27 de abril, DOUE, 4 de mayo (en adelante, RGPD). Aunque no constituye intención de este estudio la elaboración de un análisis pormenorizado de este Reglamento, de reciente entrada en vigor, sí procede señalar algunas cuestiones que pueden afectar directa o indirectamente a la grabación oculta de imagen o sonido en el centro de trabajo ⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ Por todos, Tascón López, R. (2005), *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores. Análisis del estado de la cuestión*. Madrid: Civitas; Goñi Sein, J.L. (2007), *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*. Pamplona: Thomson/Civitas; Preciado Domènech, C.H. (2017), *El derecho a la protección de datos en el contrato de trabajo*. Pamplona: Aranzadi; Blázquez Agudo, E.M^a (2018), *Aplicación práctica de la protección de datos en las relaciones*



Por una parte, porque el art. 6 del citado Reglamento considera lícito el tratamiento cuando resulte necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado sea parte, siendo pues la ejecución del contrato de trabajo la que permitirá la obtención y tratamiento de datos personales ⁽¹⁰⁾. Pero, además, este mismo precepto justifica un lícito tratamiento de datos personales si fuera necesario "*para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero*" [(art. 6.1.f)]. En el Dictamen 2/17 del GT29 sobre tratamiento de datos en el trabajo, el Grupo alerta del riesgo que supone el que estos datos faciliten un conocimiento y control invasivos sobre las actividades de los empleados. Por esta razón, se sigue insistiendo en que el empleador se asegure de que, para poder aplicar el interés legítimo, el tratamiento de datos es necesario, justo para el interesado -de manera que no prevalezca sobre sus derechos y libertades fundamentales- y transparente, lo que significa que se haya informado adecuadamente al interesado. No será aplicable, por tanto, el interés legítimo como condición de legitimación si el resultado de una supervisión o videovigilancia constante del tiempo de trabajo es utilizado con otra finalidad distinta ⁽¹¹⁾.

Conviene apuntar asimismo que el art. 9.2 b) RGPD exceptúa de la prohibición de tratamiento de datos especialmente sensibles aquellos casos en que éste sea necesario para el cumplimiento de obligaciones y para el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la Seguridad y Protección Social. Para ello será necesario que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un Convenio Colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado.

Mas será el art. 88 del Reglamento el que regule específicamente el tratamiento de datos en el ámbito de las relaciones laborales. En este sentido, se prevé que los Estados miembros puedan establecer por ley o a través de la negociación colectiva "*normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de los trabajadores en el ámbito laboral*". A tal fin, enumera una larga lista de materias entre las que se encuentra la ejecución del contrato de trabajo, incluyendo la

laborales, Madrid: CISS y Mercader Uguina, J.R. (2018), *Protección de datos en las relaciones laborales*. Madrid: Francis Lefebvre.

⁽¹⁰⁾ Desdentado Bonete, A. y Muñoz Ruiz, A.B (2012), *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*. Valladolid: Lex Nova.

⁽¹¹⁾ Sobre este Dictamen, *vid* Recio Gayo, M. (2018), Nuevo dictamen del GT29 sobre tratamiento de datos en el trabajo: el interés legítimo, *Capital Humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos* (328), pp. 96-106.



gestión, organización y planificación del trabajo. En la misma se incluye expresamente la necesidad de garantizar la "protección de los bienes de empleados o clientes". Dichas normas deberán prestar especial atención a la transparencia en el tratamiento de los datos "y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo" (art. 88.2). Exigencias todas ellas que, junto con la doctrina emitida por los tribunales europeos, entre otras en la STEDH López Ribalda, obligará al legislador español a adaptar la normativa vigente en materia de protección de datos en el ámbito laboral. Entretanto, la implantación de protocolos de videovigilancia en la empresa está siendo la fórmula que permite hacer concurrentes los derechos laborales con los empresariales ⁽¹²⁾.

3. La plena integración de la normativa europea con la norma nacional se producirá cuando se apruebe, en su caso, el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal de 4 de octubre de 2018 (BOCG de 9 de octubre), aún en tramitación ⁽¹³⁾. El precepto que recoge la protección del derecho a la intimidad del trabajador ante el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral es el art. 87 del citado PLOPD. En atención al mismo, "el empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos". Será el empleador quien deba establecer los protocolos correspondientes para el uso de dichos dispositivos teniendo en cuenta en su elaboración la participación de los representantes de los trabajadores. A tal fin, "el acceso por el empleador al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados". Los trabajadores deberán ser informados sobre los criterios de utilización de estos mecanismos.

En esta misma línea, el art. 89 PLOPD se refiere específicamente a la protección de la intimidad del trabajador frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo. Se admite, así, que los empleadores puedan utilizar y

⁽¹²⁾ Blázquez Aguado, E.M^a (2017), La implantación de un protocolo de videovigilancia en el centro de trabajo, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* (43), pp. 25-59.

⁽¹³⁾ Un estudio de este Proyecto en Rubio Torrano, E. (2018), El Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal, *Aranzadi Civil-Mercantil* (1), pp. 97-102. Algunas propuestas para el desarrollo del art. 18 de la Constitución Española en el ámbito laboral en Falguera Baró, M.A. (2016), Nuevas tecnologías y trabajo, *Trabajo y Derecho* (21), pág. 20. Sobre la adaptación de la doctrina jurisprudencial ordinaria, constitucional y europea y la nueva etapa del tratamiento de datos en la relación laboral, *vid* Rojas Rosco, R. y López Carballo, D. (2018), El impacto del RGPD en el ámbito del control laboral y la era de la innovación, *Actualidad Civil* (5), especialmente pág. 12 en cuanto a las grabaciones ocultas en la empresa.



tratar *"las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo"*. Deberán informar a los trabajadores, y en su caso a sus representantes, con carácter previo y de forma expresa *"expresa, clara y concisa"*, acerca de esta medida. Especial interés merece el apartado del art. 89.1 en el que se realiza una mención específica al supuesto en que *"se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos"*, en cuyo caso, *"se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta ley orgánica"*. Conviene indicar que este último precepto al que se alude señala expresamente cómo el deber de información se entiende *"cumplido mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679"*. En consecuencia y siguiendo con lo previsto en el art. 89 del PLOPD, no se permitirá la instalación sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia *"en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos"*. Por lo demás, la utilización de este tipo de sistemas para *"la grabación de sonidos en el lugar de trabajo se admitirá únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas en los apartados anteriores. La supresión de los sonidos conservados por estos sistemas de grabación se realizará atendiendo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 22 de esta ley"*. Señálese que este último precepto obliga a suprimir los datos *"en el plazo máximo de un mes desde su captación, salvo cuando hubieran de ser conservados para acreditar la comisión de actos que atenten contra la integridad de personas, bienes o instalaciones. En tal caso, las imágenes deberán ser puestas a disposición de la autoridad competente en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que se tuviera conocimiento de la existencia de la grabación"* (art. 22.3 PLOPD).

Finalmente, y ante la proliferación de su uso, el art. 90 reconoce el derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral. En virtud del mismo, *"los empleadores podrán tratar los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al*



mismo". Para que su utilización resulte lícita, con carácter previo, el empleador deberá informar de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características de estos dispositivos así como de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión. Todos estos derechos podrán verse reforzados por las garantías establecidas, en su caso, por los Convenios Colectivos y por una novedosa regulación sobre la desconexión digital laboral, expresamente desarrollada también en la normativa proyectada.

Con todo, y a la espera de la aprobación de lo que aún se halla en fase de proyecto -por lo que parece prudente postponer un análisis más detallado del mismo a su redacción definitiva-, se aprueba el RD-L 5/18, de 27 de julio, BOE, 30 de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos (convalidación publicada en BOE, 15 de septiembre), siempre que no afecte a materias reservadas a la ley orgánica. En concreto, se regula la inspección, el régimen sancionador, los procedimientos en caso de posible vulneración de la normativa de protección de datos y se derogan algunos preceptos de la LOPD (en particular el art. 40 y los arts. 43 a 49, salvo el art. 46).

1.2. La utilización de los datos obtenidos como medio de prueba para justificar el despido del trabajador

1. Quizá el interés empresarial, al menos en estas grabaciones ocultas destinadas a conocer si se están llevando a cabo irregularidades, ilícitos o delitos en su empresa y, en su caso, quiénes son los responsables, no participe del mismo objetivo que plantea la normativa sobre tratamiento y protección de datos personales. Tal vez no se persiga tanto el "tratamiento" de datos personales en un sentido estricto como la utilización de imágenes con fines estrictamente laborales. Si se tiene en cuenta la definición barajada por la Agencia Española de Protección de Datos cuando expone que *"en los ficheros automatizados de personal de las empresas está contenida una gran cantidad de información relativa a los trabajadores, que incluye tanto datos relativos a su vida profesional, titulación, puestos desempeñados, retribuciones, vida familiar, estado civil, número de hijos. Sin abandonar la vida estrictamente laboral, nos encontramos ante otros datos especialmente protegidos como los datos de salud contenidos en las bajas laborales, enfermedades profesionales, etc. o incluso datos relativos a ideología, como la afiliación sindical a partir del descuento de las cuotas sindicales"*, posiblemente no sea éste el ámbito de desarrollo de la cuestión que aquí se aborda. Porque el fin perseguido con la instalación de cámaras ocultas no es conocer toda esta información del trabajador -para cuya obtención deberá ser necesario seguir todas las pautas establecidas en la normativa sobre protección de datos- sino detectar la comisión de



irregularidades laborales o ilícitos penales -no requiriendo para ello información sobre los aspectos apuntados- y obrar en consecuencia.

Por eso quizá la clave para abordar este tipo de controversias no se encuentre tanto en el tratamiento de los datos obtenidos con las grabaciones como en la utilización probatoria de los mismos. Hecho precisamente denunciado por las trabajadoras en el proceso López Ribalda al interpretar que los tribunales nacionales no deberían haber admitido las grabaciones de una vigilancia encubierta en la empresa como prueba de la comisión de los robos efectuados por las trabajadoras. Si la vigilancia oculta es ilegal, cualquier resultado de la misma debería ser invalidado. Y, puesto que las grabaciones habían sido obtenidas vulnerando derechos nacionales e internacionales y pese a ello los tribunales habían admitido las mismas como medio de prueba para avalar la procedencia del despido de las trabajadoras, no existió un juicio justo por lo que su resultado es nulo.

Pero este argumento empleado por las trabajadoras no prospera en la sentencia. No se considera misión del Tribunal indicar si determinados tipos de pruebas -incluso aquellas obtenidas ilegalmente en términos de derecho interno- resultan o no admisibles (STEDH Khan v Reino Unido, núm. 35394/97). En este sentido, se estima determinante no tanto si las pruebas que se obtuvieron ilegalmente o en violación del Convenio debieron o no haber sido admitidas sino si el procedimiento en su conjunto, incluida la forma en que se tomaron las pruebas, fue justo, evaluando todas las circunstancias, incluido el respeto de los derechos de defensa y la calidad e importancia de las pruebas empleadas (STEDH Bykov v. Russia, núm.4378/02). Deberá valorarse, así, si las trabajadoras pudieron impugnar la autenticidad de las pruebas y oponerse a su uso, si las pruebas eran de suficiente calidad, lo que supone, a su vez, una investigación sobre si las circunstancias en que se obtuvieron podían arrojar dudas sobre su fiabilidad o exactitud, y, en fin, si la conclusión de los tribunales tuvo su respaldo en otro tipo de material o si las pruebas en cuestión fueron o no decisivas para el resultado del procedimiento (STEDH Allan v. Reino Unido, núm. 48539/99).

Para concluir la sentencia que las trabajadoras tuvieron amplias oportunidades de impugnar tanto la autenticidad como el uso del material obtenido a través de los dispositivos durante los sucesivos juicios celebrados y en sus motivos de apelación. Todos los tribunales nacionales abordaron sus objeciones a este respecto. Por lo demás, las grabaciones impugnadas no fueron la única prueba invocada por los tribunales internos para basar sus decisiones, respaldando su convicción también en las declaraciones de compañeros de trabajo, del representante de los trabajadores o del representante legal de la empresa. En el proceso se aportaron los documentos que acreditaban las irregularidades contables diarias y también aquellos que recogían la conformidad de las trabajadoras con los hechos, reconociendo las imputaciones



efectuadas por la empresa e incluso aceptando la procedencia del despido con el compromiso de no iniciar actuaciones judiciales al respecto.

2. Mas, al margen de la resolución del supuesto concreto en la STEDH López Ribalda, procede cuestionar la validez o no de estas grabaciones como prueba de la comisión de irregularidades o ilícitos en el entorno laboral. Obviamente, en el seno interno de la empresa y ante la aceptación de los afectados, la grabación no supone más que una prueba que documenta la transgresión de la buena fe contractual (como podría ser el informe de un detective privado, un geolocalizador o cualquier tipo de intervención o escucha en el centro de trabajo, incluso las imágenes o los sonidos grabados por el móvil de otro trabajador o de un tercero en el centro de trabajo). Sin embargo, la aceptación de este tipo de intervención como prueba en el proceso laboral no deja de resultar dudosa -dejando al margen en este estudio algunos otros aspectos procesales de sumo interés como los plazos de conservación o destrucción de estas grabaciones, la posible cesión al interesado para su defensa personal, la utilización de las mismas, en su caso, para reconvenir y denunciar a la empresa, etc. ⁽¹⁴⁾-.

El art. 90 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS) resulta bastante elocuente al respecto. En un precepto destinado exclusivamente a regular la admisibilidad de los medios de prueba señala textualmente que las partes, previa justificación de la utilidad y pertinencia de las diligencias propuestas, podrán servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba, incluidos los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos, que deberán ser aportados por medio de soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos.

No obstante, el art. 90.2 LRJS indica expresamente que "*no se admitirán pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas*". Esta cuestión podrá ser suscitada por cualquiera de las partes o de oficio por el tribunal en el momento de la proposición de la prueba, salvo que se pusiese de manifiesto durante la práctica de la prueba una vez admitida. A tal efecto, se oír a las partes y, en su caso, se practicarán las diligencias que se puedan practicar en el acto sobre este concreto extremo, recurriendo a diligencias finales solamente cuando sea estrictamente imprescindible y la cuestión aparezca suficientemente fundada. Contra la

⁽¹⁴⁾ Morales Vázquez, C., (2018) *La prueba electrónica en el proceso laboral y el control de los medios tecnológicos por el empresario*. Madrid: Sepin.



resolución que se dicte sobre la pertinencia de la práctica de la prueba y en su caso de la unión a los autos de su resultado o del elemento material que incorpore la misma, sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, se dará traslado a las demás partes y se resolverá oralmente en el mismo acto del juicio o comparecencia, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en el recurso que, en su caso, procediera contra la sentencia. Sin embargo, *"cuando sea necesario a los fines del proceso el acceso a documentos o archivos, en cualquier tipo de soporte, que pueda afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental, el juez o tribunal, siempre que no existan medios de prueba alternativos, podrá autorizar dicha actuación, mediante auto, previa ponderación de los intereses afectados a través de juicio de proporcionalidad y con el mínimo sacrificio, determinando las condiciones de acceso, garantías de conservación y aportación al proceso, obtención y entrega de copias e intervención de las partes o de sus representantes y expertos, en su caso"*, ex art. 90.4 LRJS.

Como puede deducirse de una regulación tan exhaustiva, abierta y asimismo garantista, la prueba puede ser utilizada por ambas partes. En efecto. El empresario podrá emplear como medio de prueba las grabaciones realizadas en la empresa pero también podrá hacerlo el trabajador cuando estime que, la aportación de dichas grabaciones, constituye medio documental idóneo para demostrar su inocencia o cuando decide reconvenir en un procedimiento, debiendo ser entonces el juez el que solicite al empresario la aportación de las mismas ⁽¹⁵⁾. No parece existir, pues, inconveniente en admitir la validez de las pruebas de videovigilancia utilizadas para justificar el despido de los trabajadores ⁽¹⁶⁾. Mas la principal objeción deriva de lo indicado en el art. 90.2 LRJS por el que se inadmite como medio de prueba aquel que tuviera su origen o aquellas pruebas que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas. Lo que supone, por un lado, que no se deberá admitir la práctica de dicha prueba ni, en

⁽¹⁵⁾ López Cumbre, L. (2015), Intimidad del empresario en grabaciones efectuadas por los trabajadores, en www.gomezacebo-pombo.com (enero), López Cumbre, L. (2016), Videovigilancia al trabajador, en www.gomezacebo-pombo.com (marzo) y López Cumbre, L. (2018), Derechos digitales en el ámbito laboral, en www.gomezacebo-pombo.com (octubre).

⁽¹⁶⁾ SSTs de 31 de enero de 2017, Ar. 1429, 1 de febrero de 2017, Ar. 1105 y 2 de febrero de 2017, Ar. 1628; *"el empresario no necesita el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidas a través de las cámaras instaladas en la empresa con la finalidad de seguridad o control laboral, ya que se trata de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral... el uso de la videocámara revistió carácter razonable y proporcionado a su objeto sin que por el lugar de su instalación exista riesgo para la vulneración del derecho al honor a la intimidad personal y familiar ni por las circunstancias de tiempo y oportunidad lo haya tampoco para el pleno ejercicio de sus derechos...declarando la validez de la prueba videográfica"* (STS 2 de febrero de 2017, Ar. 1628, FJ 4).



consecuencia, la prueba así obtenida; y, por otro, que no deberá aceptar el juez tampoco los resultados fácticos en caso de haber sido practicada la prueba en cuestión expulsando del proceso los resultados de la misma.

Para que la prueba sea calificada como ilícita, se exigen tres requisitos; a saber, la vulneración de un derecho fundamental, una conexión entre la vulneración del derecho fundamental y el resultado probatorio y que el hecho excluido por la obtención ilícita de la prueba no pueda ser probado por otros medios. Por lo demás, cabe que se aprecie de oficio o a petición de parte con la posibilidad de abrir incidente sobre calificación de la prueba aportada al objeto de que el juez conozca cómo se obtuvo la prueba y si la obtención y/o el resultado deben ser calificados como ilegales. Ante la consideración del juez cabrá reposición y, en su caso, suplicación o, si se hubiera conocido en la sentencia y no a través de ningún incidente previo a la misma, directamente mediante recurso de suplicación. De ser así, el recurso podrá ser desestimado, confirmando la decisión del juez inicial sobre la licitud o ilicitud de la grabación. Pero si fuera estimado, las opciones serán, asimismo, dos, dependiendo de la declaración inicial. Si se hubiera declarado la prueba lícita, procederá resolver en consecuencia pero si se declarara ilícita, deberá anularse la sentencia, retrotraer las actuaciones al momento del juicio oral y el juez de instancia habrá de dictar otra sentencia sin asumir las deducciones derivadas de la prueba calificada ahora como ilícita ⁽¹⁷⁾.

3. Esta calificación conduce a otra consideración de interés que consiste en saber si el hecho de que se invalide la prueba no impide que se mantenga el proceso sobre la sanción impuesta al trabajador (despido) o si la nulidad de la primera contamina la validez de la segunda, impidiendo que el trabajador sea despedido aunque exista prueba de la comisión de un delito por su parte e incluso aun cuando aquél hubiera admitido los hechos que se le imputan ⁽¹⁸⁾. Tesis esta última -nulidad de la prueba y nulidad del despido- por la que parecen inclinarse los tribunales del orden social y también el Tribunal Constitucional en la ya citada STC 29/13.

Aun cuando, conviene advertir, que no se trata de una interpretación unánime, a juzgar por algunos pronunciamientos judiciales en los que se interpreta que el despido no deviene nulo por el hecho de que la prueba se haya obtenido a través de grabaciones encubiertas. En todo caso, podrá calificarse el despido como improcedente al dejarse sin

⁽¹⁷⁾ Munin Sánchez, L.M^a (2017), Las nuevas maneras de trabajar y los nuevos medios de prueba, en AAVV, *Nuevas tecnologías y nuevas maneras de trabajar: estudios desde el derecho español y comparado*. Madrid: Dykinson, pp. 324-344.

⁽¹⁸⁾ Taléns Visconti, E. (2016) Vídeo-vigilancia en el trabajo: una vuelta a la jurisprudencia clásica, *Trabajo y Derecho* (21), pp. 74-80.



efecto la prueba aportada -siempre que se trate de la única prueba incluida para justificar la decisión empresarial- o también podrá ser calificado como procedente si se pudieran incorporar otras pruebas que demostraran las irregularidades o ilícitos cometidos por el trabajador -incluida su propia confesión-. El principal argumento para mantener el proceso por despido pese a la nulidad de la prueba es que, en el derecho procesal laboral, la vulneración de un derecho fundamental en la obtención de pruebas no supone la nulidad de la sanción adoptada por el empresario (el despido) puesto que las normas legales sustantivas o procesales no lo contemplan así y tasan específicamente cuáles son los supuestos que permiten calificar el despido como nulo (arts. 55.5 LET y 108.2 LRJS, respectivamente). De esta forma, si el juez puede alcanzar su convicción con otros mecanismos probatorios, el despido será procedente y, si no, deberá ser calificado como improcedente pero en ningún caso merecerá la calificación de nulo puesto que no responde a ninguno de los supuestos recogidos expresamente por el ordenamiento laboral para admitir tal calificación. En consecuencia, si el acto que provoca el despido constituye una vulneración del derecho fundamental, el despido deberá ser calificado como nulo pero si es la prueba la que se obtiene vulnerando un derecho fundamental, la nulidad de la prueba supondrá su rechazo como mecanismo de convicción en el proceso. Y esto conllevará la improcedencia del despido ante la ausencia de causa que justifique el mismo ya que la grabación obtenida por el empleador no se reputaría válida a estos efectos. E incluso podrá conducir a la calificación del despido como procedente si, pese a la expulsión de la prueba ilícitamente obtenida, existen otros medios de prueba ⁽¹⁹⁾.

2. El valor "saneador" del reconocimiento de las imputaciones efectuadas. Sanciones empresariales e indemnizaciones laborales por las grabaciones ocultas

1. Finalmente, procede analizar brevemente si la aceptación de las irregularidades o ilícitos cometidos por las partes "sanar" cualquier infracción o vulneración de derechos cometida. De hecho, algunas de las trabajadoras que interpusieron la denuncia que culmina en el pronunciamiento López Ribalda optaron por firmar un documento como "acuerdo transaccional" por el cual se comprometían a no iniciar un proceso contra su empleador por despido improcedente, mientras que el empleador aceptaba -en (justa) reciprocidad- no interponer denuncia penal por los robos cometidos. Pese a ello, aquéllas interpusieron demanda contra sus despidos, solicitaron la nulidad de los mismos y exigieron una indemnización económica por los daños sufridos como consecuencia de la actuación empresarial. A tal efecto, hicieron valer como alegación la nulidad del consentimiento prestado por coacción al amenazar la empresa con iniciar un proceso penal si no firmaban estos pactos.

⁽¹⁹⁾ Lamo Rubio, J. (2018), *La nulidad de actuaciones en el orden social*. Madrid: Wolters Kluwer.



Se considera este último un argumento que merece el rechazo por parte del Tribunal que, al analizar los acuerdos transaccionales firmados por las partes, observa que el consentimiento es válido al no aportarse prueba alguna sobre la existencia de coacción o dolo por parte de la empresa cuando se propone la solución transaccional en virtud del art. 1809 del Código Civil. Los acuerdos se firman libre y voluntariamente con el claro propósito de evitar un proceso penal por los robos admitidos. La ausencia de amenaza o coacción se deduce del hecho de que otras trabajadoras decidieron no firmar la conformidad. Por lo que no se estima vulnerado el art. 6 del Convenio. Bien al contrario, ha quedado probado que los tribunales internos abordaron cuidadosamente la admisibilidad y la fiabilidad de los acuerdos de solución, las trabajadoras tuvieron amplias oportunidades de impugnar la validez de los acuerdos y los tribunales nacionales dieron cumplida razón en cuanto a la validez del consentimiento de las trabajadoras, constatando que el comportamiento del empleador no podía clasificarse como una amenaza invalidante del consentimiento prestado sino que respondía al ejercicio legítimo de su derecho a decidir si iniciar o no un proceso penal contra quienes habían admitido ya voluntaria y expresamente su participación en los hechos.

2. Sin embargo, el empleador que utiliza grabaciones ocultas para detectar quién o quiénes están cometiendo irregularidades o ilícitos en el centro de trabajo se enfrenta a una sanción administrativa. Ahora, y tras la entrada en vigor del Reglamento General de Protección de Datos, el art. 83.1 RGPD señala que las multas de carácter administrativo deberán ser "individuales, efectivas, proporcionadas y disuasorias", pudiendo alcanzar los diez y hasta los veinte millones de euros, según los casos y muy superiores a las que recogía la LOPD en su art. 45, ahora derogado por el RD-L 5/18 ya citado ⁽²⁰⁾. Este último recoge en su art. 6 la prescripción de las sanciones impuestas en aplicación del Reglamento 679/16, fijando la misma en el plazo de un año, dos o tres, según el importe de la sanción -que podrá oscilar entre una cuantía igual o inferior a cuarenta mil euros y un importe superior a trescientos mil euros-. El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a computarse desde el día siguiente a aquel en que sea ejecutable la resolución por la que se impone la sanción o haya transcurrido el plazo para recurrirla. La prescripción se interrumpirá por la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si el mismo estuviera paralizado durante más de seis meses por causa no imputable al infractor.

Pero, además y para finalizar, en el caso López Ribalda la sentencia obliga a indemnizar a las trabajadoras despedidas. Todas ellas habían solicitado, en concepto de daño material, una indemnización por los salarios dejados de percibir y a los que habrían

⁽²⁰⁾ AAVV (2016), *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*. Madrid: Reus.



tenido derecho si los tribunales nacionales hubieran declarado improcedentes o nulos sus despidos y hubieran seguido trabajando en la empresa en consecuencia. Petición no respaldada por el Tribunal que no encuentra nexo causal entre las presuntas violaciones y la indemnización por daños materiales solicitados cuando, por lo demás, tampoco ha quedado probado que las trabajadoras no hubieran realizado otro trabajo tras sus despidos. Sin embargo, sí ampara el Tribunal la demanda de reparación por daños morales. Teniendo en cuenta las circunstancias analizadas en el supuesto de hecho, las trabajadoras habrían sufrido un daño inmaterial que no puede ser compensado únicamente por la constatación de la vulneración de un derecho fundamental. A tal fin, reconoce el pago de cuatro mil euros a cada trabajadora como indemnización por daños morales junto con una cantidad a tanto alzado por las costas y gastos asumidos en los procesos nacionales. Cantidades que deberá satisfacer el Estado español aun cuando en el procedimiento se interesara el abono por parte del empresario por entender que, en virtud del art. 1 del Convenio, el Estado no debe asumir ninguna responsabilidad en este caso ya que la videovigilancia encubierta había sido realizada por una empresa privada.

III. EL DEBATE ENTRE LA PRIVACIDAD LABORAL, LA INTIMIDAD PERSONAL Y LA LIBERTAD ORGANIZACIONAL

1. Existe una común aceptación de que el tratamiento automatizado de datos consiste en controlar el uso de los datos personales inscritos en un programa informático y comprende el derecho a conocer y acceder a los mismos, controlar su calidad, corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados y disponer sobre su transmisión. Un derecho que, como en tantas ocasiones ha precisado la jurisprudencia constitucional, no cabe confundir con la intimidad personal que, destinada principalmente a repeler intromisiones de terceros, adopta una posición defensiva frente al papel activo que supone controlar los datos personales que obtienen otros.

Intimidad personal y privacidad laboral pueden permitir establecer una línea que delimite la difícil frontera entre lo que el empleado conserva como ciudadano dentro de la empresa y lo que queda sometido como trabajador al servicio de la misma. De la intimidad personal forman parte aspectos de la persona y de su dignidad que garantizan el respeto a su esfera privada y familiar, cuyo conocimiento afecta a su forma de comportarse individual y socialmente con una proyección extralaboral y que no deben ser fiscalizados en el ámbito interno del contrato de trabajo. Salvo que el trabajador lo desee, sus opciones ideológicas, políticas, religiosas, morales, sexuales, etc., deberán quedar al margen del conocimiento empresarial, a excepción de aquellos supuestos que, por la naturaleza ideológica de la empresa, se conviertan en un elemento esencial de la relación contractual. Por esa razón, el control de conductas que sirvan exclusivamente para tener conocimiento y procesar el tratamiento de estos datos supondrá un rechazo,



no sólo legal sino constitucional, en aras del respeto de la esfera privada del trabajador, también en el ámbito laboral.

Mas la diferente posición contractual entre empleador y trabajador puede obligar a tender a una mayor tutela de los derechos de este último sobre los de aquél, especialmente en el plano constitucional. Sin embargo, y salvo aquellos derechos constitucionales estrictamente laborales como el derecho a la huelga o a la negociación colectiva, los derechos fundamentales del trabajador en cuanto ciudadano requieren una adaptación a las necesidades de la empresa, asimismo tuteladas. Y, ahora, especialmente invasivas en la privacidad laboral del trabajador con el auxilio de las nuevas tecnologías. Una capacidad de difusos límites que la legislación sobre protección de datos difícilmente puede contener. Al menos mientras no exista una regulación más estricta, tal y como se proyecta, sobre la obtención, el tratamiento y la utilización de datos personales del trabajador en la empresa.

Entretanto, y admitiendo el criterio de la proporcionalidad como medición de constitucionalidad de la conducta empresarial, se impone la prudencia en toda actuación. En el caso de los empresarios, porque la decisión de los tribunales pasa por garantizar conocimiento y consentimiento de los afectados. Podrá discutirse si un conocimiento genérico de los medios de vigilancia empleados por la empresa y un consentimiento implícito del sometimiento a las normas e instrucciones del empresario por parte del trabajador resultan suficientes para garantizar una grabación (oculta) en el centro de trabajo. Mas parece incuestionable que la arbitrariedad y discrecionalidad en el uso de métodos de videovigilancia o grabación de audio en el lugar de trabajo propician un rechazo unánime de los distintos operadores jurídicos. En cuanto a los trabajadores, porque han de admitir -y quizá combatir- que las nuevas tecnologías transforman en más vulnerable su relación laboral. No es que se conviertan en sujetos transparentes, es que devienen en un actor de "cristal" para la empresa en la que todo se ve, todo se oye y todo se sabe. Si en la vida ordinaria estamos expuestos a cualquier grabación -aunque se intente limitar la utilización de la misma-, en la vida laboral el riesgo se sobredimensiona toda vez que, al control del que dispone el empresario, se han de añadir la posible intromisión mediante grabación de un compañero, de un cliente, de un proveedor, en definitiva, de cualquier persona en contacto con la empresa. Su utilización como prueba podrá ser cuestionada pero la existencia de la misma quiebra el principio de buena fe sobre el que se basa la relación laboral.

Quizá lo "público" y lo "privado" exijan una revisión en relación con lo expuesto. Hasta qué punto el entorno laboral es privado o constituye un espacio abierto en el que la conducta y actuación del trabajador no requiere más límites que el de cualquier grabación en espacio público. Pero la reflexión no puede partir de esta premisa porque



la conclusión que se alcanzaría sería errónea. No se trata tanto de contraponer intereses sino de situar los límites al respeto personal. Objetivo difícil si, ante los bienes del empresario, se antepone el derecho a la intimidad del trabajador. Pero también si, por encima de la privacidad laboral, prevalece la libertad empresarial. Grabar de forma encubierta a los trabajadores constituye una conducta tan reprochable como destruir la confianza del empresario mediante la apropiación indebida de los medios productivos. Dónde se sitúen la ofensa y la defensa delimita un elemento de ponderación importante. Quizá la clave deba ser preventiva y no represiva. Advertir para evitar y no sancionar para reprender.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AAVV (2017), Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (21).

AAVV (2016), *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*. Madrid: Reus.

Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional (2016), *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Blázquez Agudo, E.M^a (2018), *Aplicación práctica de la protección de datos en las relaciones laborales*, Madrid: CISS.

Blázquez Aguado, E.M^a (2017), La implantación de un protocolo de videovigilancia en el centro de trabajo, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* (43), pp. 25-59.

Desdentado Bonete, A. y Muñoz Ruiz, A.B (2012), *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*. Valladolid: Lex Nova.

Falguera Baró, M.A. (2016), Nuevas tecnologías y trabajo, *Trabajo y Derecho* (21), pp. 34-51.

Fernández López, M^a.F. (2006), La intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo, en AAVV (2006), *Las transformaciones del derecho de trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al profesor Rodríguez-Piñero*, Madrid: La Ley, pp. 615-671.

Gallardo Moya, R. (2017), Un límite a los límites de la vida privada y de la correspondencia en los lugares de trabajo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2017 en el Caso Barbulescu II c.Rumanía, *Revista de Derecho Social* (79), pp. 141-156.



Goñi Sein, J.L.(1988), *El respeto a la esfera privada del trabajador. Un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*. Madrid: Civitas.

Goñi Sein, J.L. (2007), *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*. Pamplona: Thomson/Civitas.

Lamo Rubio, J. (2018), *La nulidad de actuaciones en el orden social*. Madrid: Wolters Kluwer.

López Cumbre, L. (2015), Intimidación del empresario en grabaciones efectuadas por los trabajadores, en www.gomezacebo-pombo.com (enero).

López Cumbre, L. (2016), Videovigilancia al trabajador, en www.gomezacebo-pombo.com (marzo).

López Cumbre, L. (2018), Derechos digitales en el ámbito laboral, en www.gomezacebo-pombo.com (octubre).

Munin Sánchez, L.M^a (2017), Las nuevas maneras de trabajar y los nuevos medios de prueba, en AAVV, *Nuevas tecnologías y nuevas maneras de trabajar: estudios desde el derecho español y comparado*. Madrid: Dykinson, pp. 324-344.

Mercader Uguina, J.R. (2018), *Protección de datos en las relaciones laborales*. Madrid: Francis Lefebvre.

Morales Vález, C., (2018) *La prueba electrónica en el proceso laboral y el control de los medios tecnológicos por el empresario*. Madrid: Sepin.

Rodríguez Escanciano, S. (2015), *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Pazos Pérez, A (2014), *El derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de información en el ámbito laboral*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Poquet Catalá, R. (2013), *El actual poder de dirección y control del empresario*. Pamplona: Aranzadi.

Preciado Domènech, C.H. (2017), *El derecho a la protección de datos en el contrato de trabajo*. Pamplona: Aranzadi.

Preciado Domènech, C.H. (2017), La vídeo vigilancia en el lugar de trabajo y el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, *Revista de Derecho Social* (77), pp. 175-194.

Recio Gayo, M. (2018), Nuevo dictamen del GT29 sobre tratamiento de datos en el trabajo: el interés legítimo, *Capital Humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos* (328), pp. 96-106.



Rojas Rosco, R. y López Carballo, D. (2018), El impacto del RGPD en el ámbito del control laboral y la era de la innovación, *Actualidad Civil* (5), 18 páginas de la versión electrónica. Número monográfico dedicado a "Protección de datos: entre el Reglamento General de Protección de Datos Personales y la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal".

Rubio Torrano, E. (2018), El Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal, *Aranzadi Civil-Mercantil* (1), pp. 97-102.

Sempere Navarro, A.V. y San Martín Mazzucconi (2002), *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*. Pamplona: Aranzadi.

Taléns Visconti, E. (2016) Vídeo-vigilancia en el trabajo: una vuelta a la jurisprudencia clásica, *Trabajo y Derecho* (21), pp. 74-80.

Tascón López, R. (2005), *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores. Análisis del estado de la cuestión*. Madrid: Civitas.

Terradillos Ormaetxea, M.E. (2017), El principio de proporcionalidad como referencia garantista de los derechos de los trabajadores en las últimas sentencias del TEDH dictadas en materia de ciberderechos: un contraste con la doctrina del Tribunal Constitucional Español, *Revista de Derecho Social* (80), pp. 139-162.