



El derecho a la mentira como tutela preventiva de los derechos fundamentales de los trabajadores

Fernando Fita Ortega

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Valencia*

Este trabajo ha sido finalista del **Premio Estudios Financieros 2019** en la modalidad de **Trabajo y Seguridad Social**.

El jurado ha estado compuesto por: don Antonio Bernal Pérez-Herrera, don Gonzalo Giménez Coloma, don Agustín González Hermosilla, don Miguel Ángel Luelmo Millán, doña Margarita Miñarro Yanini y doña Ana de la Puebla Pinilla.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto

La mentira y el engaño son contrarios a los principales valores que propugna el derecho. De este modo, en materia contractual, la mentira se ha considerado tradicionalmente como una ruptura del principio de buena fe que obliga a todas las partes de un contrato, y por el que deben regirse de forma honesta y justa. De no cumplirse con esta obligación, cabe, en el ámbito laboral, bien considerar el contrato nulo por vicio en el consentimiento –en caso de que la mentira afectase a alguno de los elementos esenciales del contrato–, bien admitir que el empresario pueda ejercer su poder disciplinario frente al trabajador.

Desde esta aproximación resulta difícil reconocer un derecho a la mentira. Sin embargo, hacerlo puede ser esencial para garantizar la tutela preventiva de los derechos fundamentales de los trabajadores. Considerando que no existe mejor protección que la prevención, el derecho a mentir podría contribuir a evitar la vulneración de los derechos fundamentales, constituyendo, de hecho, el mejor modo para su salvaguardia. En primer lugar, por cuanto la dificultad de la prueba no queda completamente eliminada en virtud de las reglas de la inversión de la carga de la prueba. En segundo, por cuanto la reparación del daño no va a proporcionar la completa satisfacción de los intereses en juego.

Palabras clave: derecho a la mentira; derecho al engaño; derechos fundamentales; tutela preventiva.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019 / Fecha de revisión: 30-10-2019

Cómo citar: Fita Ortega, F. (2019). El derecho a la mentira como tutela preventiva de los derechos fundamentales de los trabajadores. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 441, 85-116.



The right to lie as a preventive protection of workers' fundamental rights

Fernando Fita Ortega

Abstract

Deceive and lies do not fit within the main principles defended by law. Hence, lies have traditionally been considered a breach of the good faith principle emerging for both parties in contract law, as they have to act in a fair and honest way in the fulfillment of their respective rights and duties. In case of disrespecting this principle of good faith, the contract of employment could be either considered null and void because its negative impact on the consent, or constitute a valid reason for a disciplinary dismissal.

Therefore, from this way of approaching the question, it is difficult to claim for a right to lie. However, it is necessary to recognize it in order to guarantee a preventive protection of workers' fundamental rights. Whether prevention is the best way for protecting, the explicit recognition of the right to lie could contribute to avoid harm to fundamental rights, been, as a matter of a fact, the best way to defend them. Firstly, as the difficulties to proof the injure of fundamental rights are not eliminated applying the rules of burden of proof. Secondly, because remedies consisting in repairing the damage does not offer a complete satisfaction of the interests involved.

Keywords: right to lie; right to deceive; fundamental rights; preventive protection.

Citation: Fita Ortega, F. (2019). The right to lie as a preventive protection of workers' fundamental rights. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 441, 85-116.





Sumario

1. Las medidas de tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores y su falta de eficacia
2. La relación entre el derecho y la mentira
3. La mentira en el contrato de trabajo
 - 3.1. La mentira y la nulidad del contrato de trabajo
 - 3.2. La mentira y el quebranto de la buena fe como causa de despido
4. Sobre la posibilidad de reconocer un derecho a la mentira como tutela preventiva de los derechos fundamentales de los trabajadores
 - 4.1. ¿En qué casos sería posible reconocer un derecho a la mentira en favor del trabajador?
 - 4.2. Efectos derivados del reconocimiento del derecho a la mentira de los trabajadores
5. El necesario reconocimiento del derecho a la mentira

Referencias bibliográficas

Nota: este estudio se inscribe en el trabajo y resultados del proyecto DER2017-83488-C4-3-R «Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, la Agencia Estatal de Investigación y FEDER.

1. Las medidas de tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores y su falta de eficacia

Los mecanismos que el ordenamiento laboral español prevé para la tutela de los derechos fundamentales, similares a los contemplados en los ordenamientos europeos, consisten en declarar la nulidad radical de la actuación vulneradora de estos derechos; ordenar el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o a libertades públicas o, en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida, cuando una u otra resulten exigibles según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados; imponer el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho, reponiendo la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como reparando las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como por los daños y perjuicios adicionales derivados (art. 182 Ley reguladora de la jurisdicción social –LRJS–). Junto a estas medidas, la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (LISOS) contempla sanciones administrativas para los casos de actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores (art. 8.11); discriminaciones en las condiciones de trabajo, o tratos desfavorables frente a procedimiento de reclamación para exigir el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación (art. 8.12); discriminaciones en los derechos de información y consulta (art. 9.2 d); discriminaciones en las decisiones adoptadas en aplicación de la Ley sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas (art. 10 bis. 2 d), y discriminaciones en el acceso al empleo (art. 16.1 c); todas ellas tipificadas como faltas muy graves.

Ahora bien, si «la declaración de nulidad de la conducta vulneradora no puede considerarse suficiente para lograr una reparación real y efectiva del derecho fundamental vulnerado» (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 247/2006, FJ 8.º), tampoco el resto del conjunto de medidas contemplado en la normativa española alcanza a proteger eficazmente los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa. Así, en el caso de tratos discriminatorios, porque aportar indicios de discriminación, exigido en el artículo 96 de la LRJS para que opere el mecanismo probatorio previsto en el mismo, no siempre es sencillo, dado que la lesión de los derechos fundamentales se produce normalmente mediante conductas «habitualmente enmascaradas en una apariencia de legitimidad» (Lousada,

2005, p. 36)¹, y porque el empresario tiene la posibilidad de actuar antes de que se pueda aportar el indicio discriminatorio², lo que dificulta considerablemente conseguir poner en marcha el mecanismo de tutela de los derechos fundamentales³. No debe olvidarse que, por este motivo, el legislador optó por introducir una protección objetiva, reforzada, en el caso de despido de ciertos colectivos de trabajadores (identificados por haber hecho uso de sus derechos de conciliación entre vida laboral y familiar, su estado de gestación, o tratarse de víctimas de violencia de género), respecto de los que, en caso de no poder apreciarse causa justa para la extinción de su contrato, esta deberá calificarse como nula, sin que quepa la declaración de improcedencia⁴.

Por otra parte, la cuantificación de la indemnización a abonar al trabajador que ha visto lesionados sus derechos fundamentales no es fácil de calcular, fundamentalmente por lo que se refiere a los daños morales⁵, respecto de los que la jurisprudencia ha mantenido cri-

¹ Aunque tampoco son inusuales las situaciones en las que el empresario manifiesta abiertamente –ya sea al incluirlo en la oferta de empleo o en virtud de declaraciones públicas– su deseo de excluir a determinados colectivos por motivos discriminatorios. Al respecto, Sentencia del Tribunal de Justicia (STJ) de 10 de julio de 2008, asunto C-54/07, Feryn, relativa a un empleador que dio a conocer públicamente que, en el marco de su política de contratación, no emplearía a trabajadores de determinado origen étnico, lo que el tribunal consideró como un indicio de discriminación que bastaría para presumir la existencia de una política de contratación directamente discriminatoria, correspondiendo en tal caso a dicho empleador probar que no se ha vulnerado el principio de igualdad de trato.

² Trabajadora respecto de la que el empresario puede sospechar que está embarazada, sin que esta haya comunicado nada al empresario o su entorno, y que es despedida por ese motivo.

³ Sobre esta circunstancia, referido a un trabajador con discapacidad que alega discriminación en su despido por este motivo, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Cataluña de 3 de abril de 2017 (rec. 7641/2016):

En el present supòsit la sala entén que la demandant no ha aportat indicis de que ha existit una discriminació, per raó de la seva discapacitat, perquè encara que consta provat que des del 26.9.2014 l'actora tenia reconegut un grau de discapacitat del 24 % i que aquest va ser augmentat al 39 % en data 28.4.2015, també reconeix el propi magistrat d'instància que l'empresa no tenia coneixement d'aquests fets, per la qual cosa és impossible que la seva decisió de posar fi al contracte de treball de la demandant, encara que sigui sense una causa vàlida, fos deguda a la seva discapacitat, tal com afirma la demandant.

⁴ STC 92/2008, en la que el recurso de amparo prospera al efectuar un análisis del asunto desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva (art. 24 Constitución española –CE–), cuyas exigencias son distintas y más estrictas:

[...] «reforzadas» [...] cuando, a pesar de que la decisión judicial no verse directamente sobre la preservación o los límites de un derecho fundamental, uno de estos derechos, distinto al de la propia tutela judicial, esté implicado [...], esté vinculado [...], conectado [...], o en juego.

⁵ Circunstancia a la que atiende el artículo 179.3 de la LRJS, al determinar los requisitos de la demanda, con respecto a la necesidad de indicar las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada.

terios oscilantes con relación a su prueba⁶ y cuantificación⁷. Sobre este particular, el TJ ha señalado únicamente que:

[...] cuando la reparación pecuniaria es la medida adoptada para alcanzar la igualdad efectiva de oportunidades, debe ser adecuada en el sentido de que debe permitir compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos a causa del despido discriminatorio, según las normas nacionales aplicables⁸.

Pese a ello, el Informe conjunto sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE («Directiva de igualdad racial») y la Directiva 2000/78/CE («Directiva de igualdad en el empleo») (Comisión Europea, 2014, p. 8) destaca la pervivencia de motivos para la preocupación, por cuanto que los tribunales nacionales parecen mostrar cierta tendencia a utilizar un baremo inferior de sanciones previstas por la ley, así como el nivel y el importe de las indemnizaciones fijadas, recordando que el TJ señaló que la Directiva 2000/43/CE impide que la ley nacional disponga sanciones puramente simbólicas⁹.

En tercer lugar, la posibilidad de la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental puede llegar a producirse en caso de despido –siendo esta la consecuencia más usual del despido declarado nulo¹⁰–, pero resulta de mayor complejidad en los casos de lesiones que se produzcan en el momento de la contratación como consecuencia de los obstáculos legales para la imposición de la contratación de una persona, al requerirse la prestación libre y no viciada de su consentimiento para que se produzca el perfeccionamiento del contrato (Aparicio y Olmo, 2007, p. 43). Sobre esta

⁶ Así, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 15 de abril de 2013 (rec. 1114/2012) denegó, aplicando la ley procesal de 1980, la indemnización por daño moral al no haberse proporcionado base o indicio alguno del daño sufrido, reconociendo que la nueva normativa «parece más flexible». Así lo confirmó la STS de 2 de febrero de 2015 (rec. 279/2013), por la que se verificó un nuevo cambio de la doctrina mantenida en esta materia por el TS, posteriormente seguida por la STS de 19 de diciembre de 2017 (rec. 624/2016).

⁷ En todo caso, según reiterada jurisprudencia (por todas, STS de 17 de abril de 2013, rec. 109/2012), en los supuestos en los que la determinación de la indemnización es difícil, ha de aplicarse lo dispuesto en la LISOS.

⁸ STJ de 17 de diciembre de 2015, asunto C-407/14, Arjona Camacho, apartado 33, citando otros pronunciamientos previos (Marshall, C-271/91, apdo. 26, y Paquay, C-460/06, apdo. 46).

⁹ STJ de 25 de abril de 2013, asunto C-81/12, Asociatia Accept.

¹⁰ No debe olvidarse la matización introducida con la LRJS, en cuyo artículo 282.2 se permite que el trabajador opte por extinguir la relación laboral con el correspondiente abono de la indemnización procedente y de los salarios de tramitación, en los supuestos de declaración de nulidad del despido por acoso laboral, sexual o por razón de sexo o de violencia de género en el trabajo. Dichas excepciones fueron reconocidas previamente por los tribunales, pese a no estar legalmente previstas (SSTSJ de Andalucía/Sevilla de 13 de septiembre de 2002, rec. 2354/2002, y Madrid de 10 de febrero de 2000, rec. 4776/1998, tribunal que presentó cuestión de inconstitucionalidad frente a la norma relativa a los efectos del despido declarado nulo, que fue inadmitida por Auto del TC 311/1999, de 14 de diciembre).

cuestión, el TC declaró, en su Sentencia 173/1994, relativa a la falta de renovación de un contrato temporal en la Administración pública por motivos discriminatorios, que en tal situación la nulidad de la decisión de la entidad empleadora debería afectar a la renovación del contrato, de modo que debiera presumirse prorrogado o celebrado un nuevo contrato temporal con el trabajador (Alfonso, 1994). Sin embargo, hay dos cuestiones a considerar que impiden dar a esta sentencia un carácter general. De una parte, no se trataba de un primer contrato, sino de la no renovación de un contrato previo –más fácilmente reconducible a las consecuencias propias del despido nulo por motivos discriminatorios–, y, de otra, porque el empleador se trataba de una Administración pública, cuyas decisiones no pueden ser arbitrarias (art. 9.3 CE). Téngase en cuenta al respecto que el TJ ha señalado que la normativa comunitaria (en el caso, la Directiva 76/207/CEE) no exige que el empresario contrate al candidato afectado por una discriminación en el acceso al empleo¹¹.

Por último, todo el conjunto de medidas hasta aquí analizadas no consigue evitar que se produzca la lesión del derecho fundamental, pues tienen un carácter reparador, lo que en sí mismo supone un fracaso de la tutela desplegada sobre estos derechos, ya que no se habrá impedido su lesión. Desde este punto de vista, los mecanismos de tutela preventiva aparecen indudablemente como instrumentos más efectivos a la hora de garantizar el respeto de los derechos fundamentales. Por este motivo, consecuentemente, en lugar de poner el acento en la reparación del daño, la tutela debería proporcionarse desde una perspectiva preventiva, la cual asegura de mejor manera la ausencia de lesión de los derechos fundamentales¹².

Entre tales medidas preventivas procede incluir las multas¹³ y las indemnizaciones de carácter punitivo¹⁴ –no exigidas, aunque posibles, según el TJ, para garantizar el efec-

¹¹ El TJ, en la Sentencia de 10 de abril de 1984, asunto C-14/83, Von Colson y Kamann/Land Nordrhein-Westfalen, concluye que la norma comunitaria no impone –aunque permite– que una discriminación (en el caso, por razón de sexo) en el acceso al empleo deba sancionarse obligando al empresario, autor de la discriminación, a celebrar un contrato de trabajo con el candidato discriminado. En el mismo sentido, STJ de 10 de abril de 1984, asunto C-79/83, Harz/Deutsche Tradax.

¹² Diversas iniciativas relativas a esta clase de tutela se han ido implementando a lo largo del tiempo. De este modo, en el caso de la Unión Europea (UE), diversos Estados miembros vienen experimentando con la implantación del currículum anónimo en los procesos de selección de personal con objeto de evitar discriminaciones –Informe conjunto sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE y la Directiva 2000/78/CE (Comisión Europea, 2014, p. 5)–. En el caso de España, <<http://www.inmujer.gob.es/actualidad/noticias/2017/JULIO/curriculumanonimo.htm>> (consultado el 30 de octubre de 2019).

¹³ Con relación a estas cabe apuntar que la LISOS no abarca todo el régimen sancionador en materia de lesión de derechos fundamentales en ámbito laboral, toda vez que las muy destacables sanciones por lesión del deber de protección de datos no aparecen recogidas en dicha norma, sino en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD).

¹⁴ Las cuales se han recogido en la legislación en la medida en que el artículo 183.2 de la LRJS dispone que el tribunal deberá pronunciarse en la sentencia sobre la cuantía del daño, determinándolo prudentialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a esta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación

to disuasorio que deben tener las indemnizaciones que compensen la lesión de estos derechos¹⁵-, respecto de las que la práctica demuestra que no son suficientes. También los mecanismos de mediación y conciliación pueden ser incluidos dentro de las medidas preventivas dirigidas a evitar la lesión de los derechos fundamentales, pudiendo aproximarse al problema de fondo antes de que se produzca su vulneración y, una vez acontecida, ofreciendo respuestas más eficaces en la solución de la controversia, pues mientras los tribunales se ven limitados a resolverla aplicando las consecuencias legales, la mediación y la conciliación pueden ir más allá, profundizando en el conflicto, analizando sus orígenes y ofreciendo soluciones alternativas que pueden resultar más efectivas que la aplicación de las medidas reparadoras contempladas por la ley. Las vías de solución extrajudicial de los conflictos pueden constituir, por tanto, una técnica útil para resolver controversias relativas a lesión de derechos fundamentales antes de llegar a los tribunales¹⁶, evitando el correspondiente retraso en la reparación del daño provocado¹⁷.

Así pues, si la prevención parece ser la mejor manera de protección frente a vulneraciones de los derechos fundamentales, cabría plantearse la posibilidad de profundizar en este mecanismo de tutela reconociendo al trabajador el derecho a mentir con objeto de proteger su derecho.

2. La relación entre el derecho y la mentira

La aproximación que se hace a la mentira desde el derecho difiere de forma muy considerable, manteniendo una relación extrañamente complicada con la mentira, el engaño y la verdad (Sarat, 2015, p. 2). De una parte, el sistema jurídico contiene importantes mentiras que no son cuestionadas¹⁸. Así sucede, por ejemplo, cuando el preámbulo de la

anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño. En este sentido ha evolucionado igualmente la doctrina del TS, que «se ha alejado más –en la línea pretendida por la ya referida LRJS– del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización» (STS de 13 de julio de 2015, rec. 221/2014).

¹⁵ STJ de 17 de diciembre de 2015, asunto C-407/14, Arjona Camacho, apartados 37 y 40.

¹⁶ En este sentido, British Government (2014, p. 5). Siguiendo esta guía, el Acas (Advisory, Conciliation and Arbitration Service) lanzó la guía *Asking and responding to questions of discrimination in the workplace* (Acas, 2014), dirigida a solicitantes de empleo, empleados, empleadores y otros, con relación a la Equality Act 2010.

¹⁷ Un ejemplo de esta situación lo constituye el pleito en torno a la vestimenta de las mujeres que prestan servicios en el AVE, litigio llevado ante la Audiencia Nacional que dictó su sentencia en el año 1999, y cuya solución se alcanzó muy posteriormente mediante acuerdo, lo que impidió que el TC se pronunciase sobre el fondo del asunto en su Sentencia 84/2006.

¹⁸ El derecho es, junto con el periodismo y la política, una esfera donde la mentira se da por sentada, cuando no considerada justificada, por aquellos que la utilizan, quienes por esta razón tienden a dictar reglas de su uso (Box, 2003, p. 10).

Constitución de los Estados Unidos de América comienza con la frase «We the People of the United States...», asumiendo que la Constitución fue adoptada por decisión del pueblo, cuando la realidad demuestra, por el contrario, que el pueblo no ordenó ni estableció la Constitución, y ni tan siquiera puede decirse que lo hicieran representantes autorizados de ese pueblo, tratándose de una mentira derivada de un interés de autolegitimación (Franks, 2015, p. 34)¹⁹.

A igual conclusión puede llegarse con respecto a otros sistemas legales, como, por ejemplo, la regulación de la UE en materia de discriminación. En este sentido cabe referirse a la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, según la cual:

[...] la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores reconoce la importancia de combatir toda forma de discriminación y, especialmente, la necesidad de adoptar medidas adecuadas para la integración social y económica de las personas mayores y de las personas con discapacidad (considerando sexto).

Pese a que de dicha proclamación se extraería la conclusión de que la UE tiende a luchar contra toda discriminación por motivos de la edad, lo cierto es que se trataría de una falsa percepción, puesto que la directiva contempla numerosas excepciones –ampliamente interpretadas por el TJ–, de acuerdo con lo que se establece en el vigésimo quinto considerando de la directiva²⁰; excepciones que se basan en buena medida en los estereotipos preexistentes (Ballester, 2009, p. 40) –los cuales, paradójicamente, se quieren combatir–,

¹⁹ En su escrito, Franks destaca que solamente hombres blancos y propietarios eran considerados como «ciudadanos» en el momento de la proclamación de este texto, siendo ellos quienes establecieron las disposiciones fundacionales dirigidas a aplicarse a toda la población, ignorando, pues, a los americanos nativos, los negros, las mujeres o los blancos que carecieran de propiedades. Como señala, la mentira de la igualdad sirve para oscurecer la desigualdad existente en la realidad (p. 46) dando satisfacción a un importante interés autolegitimador (p. 41).

El mismo propósito de refuerzo de la legitimación pudo apreciarse en el proyecto fracasado de una Constitución europea, que fue presentado como un proceso constituyente en la UE pese a su carácter formal de tratado internacional. Sobre las razones del fracaso de dicha «Constitución», Podolnjak (2007, p. 10) afirma que el único aspecto revolucionario de dicha «Constitución» fue el lenguaje empleado en el tratado («*constitutional convention*», «*constitution-makers*», «*constitution*» or «*constitutional treaty*»).

²⁰ La prohibición de discriminación por razones de edad constituye un elemento fundamental para alcanzar los objetivos establecidos por las directrices sobre el empleo y para fomentar la diversidad en el mismo. No obstante, en determinadas circunstancias se pueden justificar diferencias de trato por razones de edad, y requieren, por lo tanto, disposiciones específicas que pueden variar según la situación de los Estados miembros. Resulta, pues, esencial distinguir las diferencias de trato justificadas, concretamente por objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional, y debe prohibirse la discriminación.

de modo que, más que evitar el uso de la edad como factor discriminatorio, acaba por legitimarlo (González, 2001, pp. 104-105).

Por otra parte, el derecho sanciona las mentiras cuando estas pueden provocar un daño para los demás²¹, como consecuencia lógica de que, cuando una persona miente en provecho propio, la sociedad deja de confiar en ella, excluyéndola, pues «los hombres no huyen tanto de ser engañados como de ser perjudicados por engaños» (Nietzsche, 1873). Semejante afirmación es particularmente cierta en el caso de los contratos, donde la mentira provoca la nulidad del contrato cuando el consentimiento de una de las partes se haya obtenido mediante engaño o, cuando menos, la posibilidad de poner fin a la relación jurídica como consecuencia del quebranto de la buena fe contractual. Sin embargo, ¿cabría mantener semejantes consecuencias de la mentira cuando con ella lo que se pretende no es sino evitar un perjuicio –personal o de terceros–? Como sugiriese Kant (Albiac *et al.*, 2012, pp. 27-28), frente a la mentira cabe plantearse dos cuestiones. La primera consiste en saber si el hombre, cuando no puede rehusar a responder sí o no, tiene el derecho a mentir. La segunda consiste en saber si el ser humano no está obligado a decir una mentira cuando se encuentra injustamente forzado a realizar una declaración, con objeto de protegerse a sí mismo o a un tercero frente a una amenaza.

3. La mentira en el contrato de trabajo

En el marco de un contrato, la mentira se ha considerado siempre uno de los más graves incumplimientos de las obligaciones derivadas de la relación jurídica creada por voluntad de las partes. En el momento de la contratación, porque la mentira puede afectar al consentimiento de la otra parte. Durante la ejecución del contrato, porque la mentira podría afectar al deber de buena fe que emerge directamente del contrato y que impone el artículo 7 del Código Civil (CC).

3.1. La mentira y la nulidad del contrato de trabajo

Como es conocido, los tres elementos esenciales para que un contrato sea válido son consentimiento, objeto y causa (art. 1.261 CC). Con relación al consentimiento, para que este produzca efectos se requiere que quien lo preste tenga capacidad para hacerlo y

²¹ El cumplimiento leal y de buena fe de las obligaciones dimanantes del contrato laboral proscribire, sin duda, cualesquiera actuaciones del trabajador intencionalmente dirigidas a inferir un daño, material o moral al empleador, supuesto este, en el que el fraude, la deslealtad o la conducta realizada con abuso de confianza no podrían buscar amparo bajo norma constitucional declarativa de derecho alguno (STSJ de Madrid de 16 de noviembre de 2012, rec. 4485/2012).

que no concurra vicio por error, dolo, violencia o intimidación, pues en tal caso el consentimiento será nulo, acarreando la nulidad del propio contrato (art. 1.265 CC), de modo que quien lo prestó sometido a engaño no se verá vinculado por aquel.

Es importante destacar que el engaño, como vicio en el consentimiento, puede venir provocado tanto por el fraude realizado de palabra u obra, como por la fraudulenta falta de puesta a disposición de cualquier información que debiera proporcionarse atendiendo a los principios de buena fe y de confianza que deben presidir los negocios jurídicos. En ambos casos resulta relevante que, mediante semejante comportamiento, una de las partes persigue (por acción u omisión) influir en la otra, afectando a su capacidad de decisión y provocando vicio en el consentimiento prestado.

De esta premisa se deriva que no toda mentira –o falta de información– acarrea la nulidad del contrato, sino solamente aquella que pudiera tener capacidad de influir en la decisión de la otra parte del negocio jurídico, habiendo sido determinante a la hora de que esta prestase su consentimiento. Para que se produzca semejante efecto en derecho, la mentira debe ir, pues, referida a un aspecto esencial del contrato (art. 1.266 CC), recaer sobre hechos desconocidos en el momento de la prestación del consentimiento, y debe provocar un error excusable en la contraparte, esto es, un error que no pudo ser salvado empleando una diligencia media o regular, razonable para la salvaguarda del propio interés, pues si bien las partes tienen el deber de informar en virtud del principio de responsabilidad negociada, este mismo principio les impone el deber de informarse, debiendo valorarse sus respectivas conductas desde el principio de la buena fe²².

De este modo, los tribunales laborales han estimado la nulidad de un contrato cuando, por ejemplo, el empleado hubiese falsificado documentación, asumiendo una identidad ajena y provocando el error en la persona²³, o una nacionalidad distinta a la verdaderamente ostentada²⁴; hubiese afirmado poseer un título habilitante del que verdaderamente carecía y resultaba necesario para prestar el trabajo objeto del contrato²⁵; o hubiese incluido hipotéticos méritos en su currículum sin los cuales no hubiese sido el candidato elegido en el correspondiente proceso de selección²⁶, tales como una mayor

²² STS (Sala de lo Civil) de 22 de mayo de 2005 (rec. 3355/1999).

²³ SSTSJ de Cataluña de 12 de febrero de 2008 (rec. 5821/2006) y 2 de octubre de 2017 (rec. 1789/2017), o STS de 21 de enero de 2010 (rec. 106/2009), puesto que, al poseer el contrato de trabajo un carácter *intuitu personae*, el error excusable en la persona implicará siempre la nulidad del contrato.

²⁴ STSJ de Extremadura de 7 de noviembre de 2001 (rec. 485/2001), relativa a un deportista de nacionalidad brasileña que presentó en el momento de su contratación un pasaporte portugués falso.

²⁵ Así, con relación al carnet de conducir, SSTSJ de La Rioja de 9 de marzo de 2012 (rec. 79/2012) o Asturias de 23 de marzo de 2012 (rec. 72/2012).

²⁶ En caso contrario, la mentira en la documentación aportada podrá tener otras consecuencias, pero no la nulidad del contrato por vicio en el consentimiento (STSJ de Madrid de 20 de diciembre de 2005, rec. 72/2012).

experiencia²⁷, sin que en esos casos quepa aceptar la existencia de una supuesta falta de diligencia por parte del empresario al no verificar los datos aportados por el trabajador, dada su actuación dolosa²⁸.

Sobre el particular caso del engaño mediante la asunción de otra identidad efectuado por un ciudadano extracomunitario carente de autorizaciones de residencia y trabajo en España, y que había sido expulsado en el pasado del territorio nacional con prohibición de entrada, la STS de 21 de enero de 2010 (rec. 106/2009) determinó que los efectos previstos en el artículo 36.3 de la Ley orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su redacción anterior a la modificación operada por la Ley orgánica 2/2009 –en cuya virtud, la carencia de la correspondiente autorización administrativa previa para trabajar no invalida el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni es obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de Seguridad Social–, deben entenderse limitados a los supuestos en los que el empresario fuese conocedor de dicha circunstancia, no así en los casos en los que el empresario hubiese sido engañado sobre este extremo. De este modo:

[...] cuando la carencia de aquellas autorizaciones [...] no es debida a un incumplimiento «por parte del empleador», sino a una actuación dolosa del trabajador [...], desaparece el condicionante relativizador del apartado 3 del art. 36 CC para quedar incumplida una norma prohibitiva en toda su puridad y con todas sus consecuencias cual es la nulidad de pleno derecho del contrato celebrado (FJ 4.º)²⁹.

Junto a los ejemplos señalados, y teniendo en cuenta que el ocultamiento de información relevante para el normal desenvolvimiento del contrato también puede considerarse incluido en la mentira vulneradora del principio de buena fe contractual y de confianza que deben presidir las relaciones jurídicas, cabe referirse, igualmente, como ejemplo de conductas generadoras de la nulidad del contrato, a la STSJ de Galicia de 26 de abril de 1996 (rec. 1785/1996), relativa a un supuesto de contratación de un trabajador para prestar servicios de prevención, detección y extinción de incendios forestales, quien en el momento de la contratación ocultó que había sido acusado por un testigo presencial de prender fuego a unos matorrales provocando un incendio y quien era sospechoso de diversos incendios ocurridos en la comarca en la que debía actuar con ocasión del contrato celebrado, hechos por los que había pasado a disposición del correspondiente juzgado de instrucción que, tras instruir las oportunas diligencias, decretó la apertura de juicio oral contra el trabajador en calidad de acusado, estando dicho juicio pendiente en el momento de la contratación.

²⁷ STS de 26 de octubre de 1999 (rec. 3955/1998).

²⁸ SSTs de 24 de febrero y 25 de marzo de 2014 (respectivamente, rec. 1112/2013 y 1281/2013).

²⁹ Criterio seguido posteriormente por la STSJ de Murcia de 22 de febrero de 2010 (rec. 1002/2009).

Tales hechos fueron considerados en esta sentencia determinantes de la nulidad del contrato celebrado pese a que no se hubiese causado daño alguno desde la contratación, toda vez que «la esencia del incumplimiento no está en el daño causado, sino en el quebranto de la lealtad debida, al configurarse la falta por la ausencia de valores éticos y no quedar enervada por la inexistencia de perjuicios».

3.2. La mentira y el quebranto de la buena fe como causa de despido

Constituye un principio general del derecho, consagrado en nuestro ordenamiento en el artículo 7 del CC, que los derechos deben ejercerse conforme a las reglas de la buena fe (Gete-Alonso, 1992, p. 863). Dicho principio proporciona un canon de comportamiento para las partes del contrato –que resulta exigible desde que se inician los trámites preliminares para la conclusión del negocio jurídico³⁰ hasta su fin– según el cual cada una de las partes se encuentra en la obligación de mantener un comportamiento no lesivo de los intereses de la otra y que tenga en consideración las razonables expectativas puestas por dicha contraparte en el negocio jurídico celebrado, de tal modo que no se quiebre la confianza derivada de un comportamiento leal (Fueyo, 1958, p. 99) debiendo respetarse los tres deberes de comportamiento (confianza, corrección y cooperación) que genera la buena fe (Conde, 2007, pp. 133-134).

La consecuencia del incumplimiento de dicho deber básico conlleva la facultad de resolver las obligaciones derivadas del negocio jurídico celebrado (art. 1.124 CC), lo que en el ámbito laboral se regula, como es sabido, en los artículos 50 (en caso de incumplimiento por parte del empresario) y 54 (en caso de incumplimiento del trabajador) del Estatuto de los Trabajadores. La mentira del trabajador, pues, como manifestación de aquella quiebra de confianza y comportamiento desleal, puede conducir al ejercicio del poder disciplinario empresarial, justificando incluso el despido en caso de alcanzar la suficiente gravedad³¹.

³⁰ Puesto que, si bien los tratos preliminares a nada comprometen (Mella, 2010, p. 82), se exige, en todo caso, que durante los mismos las contrapartes observen cierto comportamiento caracterizado por la buena fe (Conde, 2007, p. 133).

³¹ Como sucede cuando el trabajador oculta la pérdida de un título habilitante, como el carnet de conducir, esencial para la prestación del servicio (SSTSJ de Castilla y León/Burgos de 30 de octubre de 2007, rec. 676/2007; Galicia de 30 de septiembre de 2010, rec. 2408/2010; Cataluña de 19 de septiembre de 2012, rec. 3586/2012, o Extremadura de 26 de noviembre de 2013, rec. 479/2013, entre otras). O como cuando se oculta el propósito de trabajar para la competencia en el momento de presentar una solicitud de licencia no retribuida por motivos personales, estando esta circunstancia, además, prevista en convenio como causa de denegación del permiso (STSJ de Cataluña de 25 de febrero de 2002, rec. 5873/2001). O también cuando el trabajador guarda silencio sobre la real situación de su cuñado, trabajador de la misma empresa, quien se encontraba sin permiso de residencia ni trabajo en España, habiendo suplantado la personalidad de otro para trabajar en ella (STSJ de Cataluña de 11 de marzo de 2011, rec. 4590/2010).

Así ha ocurrido incluso en casos en los que la mentira –en su vertiente de falta de puesta a disposición de la información relevante a la contraparte– se ha verificado en el momento de la contratación, pudiendo, por consiguiente, perseguirse la nulidad del contrato celebrado por vicio en el consentimiento³².

Respecto a esta vertiente de la mentira como causa extintiva del contrato, reviste especial interés la STC 62/2008, relativa a un trabajador del sector de la construcción con dolencias derivadas de su trabajo y que, sin embargo, no obtuvo la declaración de incapacidad, por lo que se vio forzado a mantenerse en el mercado de trabajo pese a sus lesiones, que determinaron reiteradas bajas por enfermedad y, finalmente, su despido por haber ocultado a la empresa, en el momento de su contratación, el padecimiento de una enfermedad grave, en parte invalidante, y los consecuentes procesos de bajas continuas en otras empresas del sector para las que previamente había trabajado. Las sentencias de instancia y de suplicación no abordaron la cuestión, transformando la causa de la extinción –claramente expresada en la carta de despido– por la de extinción por motivos de salud, declarando su improcedencia. Tampoco pudo entrar sobre esta cuestión el TC en el recurso de amparo posteriormente interpuesto, y ello a pesar de la pretensión en este sentido formulada por parte del Ministerio Fiscal, por cuanto la demanda inicial no hacía alusión alguna a la posible vulneración del artículo 18.1 de la CE por el hecho de ser despedido al no ofrecer a la empresa datos pertenecientes a su intimidad, limitándose a fundamentar la pretensión de nulidad del despido en la vulneración de los artículos 14 y 15 de la CE, sin que tampoco plantease el recurrente esa cuestión como motivo del recurso en el sucesivo grado jurisdiccional de suplicación, lo que explica que ni el escrito de impugnación al recurso de suplicación formulado por la empresa, ni la sentencia de suplicación, abordaran la constitucionalidad de la decisión extintiva desde ese enfoque (esto es, la posible nulidad del despido por la pretensión empresarial de que el trabajador le comunicara datos que, en su caso, estarían protegidos por el derecho fundamental a la intimidad personal en virtud del art. 18.1 CE).

Tampoco la STSJ de Galicia de 10 de febrero de 2015 (rec. 4471/2014), relativa a un despido por ocultación de la enfermedad padecida por la trabajadora en el momento de la contratación, aborda directamente la cuestión de fondo. En el caso sustanciado en este supuesto, la empresa despidió como consecuencia de «la deslealtad, el abuso de confianza y el fraude, para con la empresa, puesto que, sabiendo que la enfermedad [...] le impediría desarrollar las funciones de su puesto de trabajo de manera continuada y productiva», celebró el contrato de trabajo, destacando en su carta de despido el hecho de que la trabajadora, nada más superar el periodo de prueba, cogiese (ese es el verbo empleado en la carta) una baja de enfermedad, por una dolencia que no es sobrevenida y la cual ya padecía la trabajadora antes de la formalización del contrato, «incluso permitiéndose la temeridad

³² Así, en el supuesto analizado en la STC 62/2008 o en la STSJ de Galicia de 10 de febrero de 2015 (rec. 4471/2014), donde el empresario optó por hacer uso de la opción extintiva en lugar de instar la nulidad del contrato.

de manifestar que su baja iba a ser de muy larga duración». También en este caso se muta, a lo largo del proceso judicial, la causa de la decisión extintiva por parte del empresario, puesto que en la sentencia de suplicación –ratificando la declaración de improcedencia del despido fallada en instancia– lo único que se debate es si debiera declararse la nulidad de un despido motivado por la enfermedad del trabajador.

4. Sobre la posibilidad de reconocer un derecho a la mentira como tutela preventiva de los derechos fundamentales de los trabajadores

Según todo lo señalado, engañar al empresario –ya sea afirmando algo que no es cierto u ocultando alguna información relevante que de acuerdo con el principio de buena fe y confianza hubiera tenido que dar a conocer– puede tener consecuencias fatales en el seno de la relación laboral. La cuestión que cabe suscitarse es la de si cabe apreciar alguna circunstancia en la que al trabajador se le reconociese un derecho a mentir. Y la respuesta es necesariamente afirmativa³³.

Así sucedería en el caso en el que el empresario (o el departamento de recursos humanos que actúe en su nombre) solicite cualquier tipo de dato personal, relativo a su estricta privacidad, al candidato en el proceso de selección. En tales circunstancias, la empresa no estaría actuando de acuerdo con el principio de buena fe –que, no olvidemos, obliga a ambas partes del negocio jurídico–, puesto que tales preguntas nunca deberían haberse formulado. Podría argumentarse que, ante las mismas, el candidato podría haberse negado a contestar alegando su derecho a que no se le pregunten cuestiones relacionadas con su vida privada, o proporcionar una respuesta verdadera, aunque resultase esta perjudicial para su interés por ingresar en la empresa, para posteriormente denunciar la actitud de la empresa. En ambos casos, la respuesta del ordenamiento jurídico ante el más que probable rechazo de su candidatura no resulta lo suficientemente garantista para evitar la lesión de su derecho a la privacidad y a la no discriminación, ni permite reparar completamente los perjuicios derivados de la misma, tal y como se ha analizado en el epígrafe primero de este trabajo.

Lamentablemente es demasiado habitual que en las entrevistas de trabajo se pregunte a las mujeres sobre su proyecto de vida (matrimonio, hijos), pregunta que no tiene nada de inocente, puesto que suele emplearse para discriminar a las candidatas por estos motivos³⁴.

³³ En este mismo sentido, Goñi (1988, p. 53), para quien, si existe prohibición de discriminación en el acceso al empleo, «es lógico suponer implícito un derecho del candidato a no revelar o fingir su verdadero estado civil».

³⁴ Así, SSTSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 7 de abril de 2014 (rec. 923/2012) o Illes Balears de 25 de marzo de 2013 (rec. 486/2012).

Menos frecuentes, pero también presentes en la realidad de las relaciones laborales, son las preguntas acerca de cuestiones políticas, religiosas o de otro orden, efectuadas igualmente con miras a discriminar al candidato³⁵.

Las anteriores consideraciones deberían servir para justificar el derecho a la mentira en ciertas circunstancias. Sin embargo, cabría añadir que la mentira no es, tal y como se ha enunciado en epígrafes anteriores, completamente ajena al derecho. De este modo, uno de los principios básicos del derecho penal consiste en el derecho a no declarar contra sí mismo (art. 24 CE), lo que comprende no solo el derecho a guardar silencio, sino también el derecho a mentir³⁶, de modo que ni el imputado (investigado) ni el acusado pueden ser sujetos activos del delito de perjurio. A pesar de que el derecho a no declarar contra sí mismo –tal y como está reconocido legalmente– se reconoce exclusivamente en la esfera de la tutela judicial efectiva, cabría plantearse una suerte de extensión del mismo –con todos los matices– al ejercicio de los poderes directivos del empresario, donde ambas partes se encuentran vinculadas por las reglas propias de la buena fe contractual y confianza mutua. En este contexto, se trataría de reconocer el derecho «a no "declarar" contra sí mismo» cuando el empresario realice preguntas ilegales en el proceso de contratación.

Puede concluirse que la aplicación del principio de la buena fe contractual no es un proceso puramente mecánico, sino que siempre requiere determinar qué se puede considerar una conducta apropiada de las partes teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto³⁷ y, en particular, la conducta mantenida por la contraparte contractual. El principio de buena fe –que contribuiría a suministrar al trabajador criterios de equidad contractual que neutralicen los excesos en su relación de dependencia frente al empresario– vendría así llamado «a delimitar las posiciones activas y pasivas de trabajador y empresario», reconduciendo a sus justos límites el poder de dirección (Rodríguez-Piñero, 2005, p. 21).

³⁵ Como ejemplo, STJ de 17 de abril de 2018, asunto C-414/16, Egenberger, relativa a la discriminación de una persona que no profesa religión alguna, cuando en la oferta de puesto de trabajo se exige que se indique «la pertenencia a una Iglesia protestante o a una Iglesia integrada en la comunidad de trabajo de las Iglesias cristianas de Alemania». En el caso, la trabajadora no mintió afirmando algo no coincidente con la realidad, sino que optó por omitir cualquier indicación al respecto, siendo apartada del proceso de selección.

³⁶ STC 129/1996 y las en ella citadas (entre otras, SSTC 135/1989, 186/1990, 128/1993, 152/1993, 273/1993, 290/1993) o STC 170/2006. Igualmente, STS (Sala de lo Militar) de 6 de noviembre de 2000 (rec. 129/1999). En todo caso, la STC 142/2009 puntualiza que ese derecho a mentir no es un derecho fundamental –lo que conllevaría a que ninguna consecuencia pudiera derivarse de dicho comportamiento–, dado que la falsa declaración efectuada puede emplearse como un indicio más para corroborar la culpabilidad.

³⁷ <https://www.trans-lex.org/901000/_/good-faith-and-fair-dealing-in-international-trade/> (consultado el 30 de octubre de 2019).

4.1. ¿En qué casos sería posible reconocer un derecho a la mentira en favor del trabajador?

El reconocimiento de un derecho a la mentira tiene por objeto favorecer una mejor protección de los derechos fundamentales –límites infranqueables del poder de dirección empresarial (Baylos, 1980, pp. 309 y ss.)– constituyendo «una forma de desobediencia legítima o ejercicio del derecho de resistencia del trabajador» (García, 2016) que se erigirían así en una suerte de «inmidades» (Rodríguez-Piñero, 2005, p. 28) frente a los poderes directivos empresariales. De este modo, cabría delimitar, inicialmente, el ámbito del derecho a la mentira –oponible a una pretendida actuación de acuerdo con las reglas de la buena fe– a la tutela de los derechos fundamentales, esencialmente en el momento de la contratación. Desde esta perspectiva, el derecho a la mentira debería ser reconocido cuando la información solicitada en un proceso de selección fuese destinada a discriminar a los candidatos por algún motivo vedado en el ordenamiento jurídico³⁸. De todos modos, los derechos fundamentales no solamente se verían vulnerados cuando la información obtenida fuese empleada –o pretendiese serlo– con motivos discriminatorios, sino que también pueden verse afectados aun cuando el propósito no sea discriminatorio. Esta precisión es importante, pues la mentira del candidato sería admisible no solamente cuando existiese un temor por su parte a ser discriminado, sino en cualquier momento en el que se le formularan preguntas ilegales.

Los criterios de diferenciación de situaciones iguales que dan lugar a conductas discriminatorias son excesivamente imprecisos, pudiendo suscitar demasiadas zonas de sombra³⁹, siendo en todo caso más limitados que el ámbito incluido por el concepto de «preguntas ilegales». Por lo que se refiere a este último concepto, debe tenerse en cuenta que, según el artículo 8.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 16.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. Por su parte, el TC ha mantenido que existe un derecho fundamental a la protección de datos por el que se garantiza a la persona el control sobre sus datos personales, y sobre su uso y destino, para evitar el tráfico ilícito de los mismos o lesivo para la dignidad y los derechos de los afectados

³⁸ Precisamente por este motivo, la Equality Act 2010 (section 60) del Reino Unido prohíbe que se realicen preguntas acerca de la discapacidad o la salud de una persona solicitante de empleo.

³⁹ El artículo 14 de la CE se refiere a la discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social; lista abierta, pero interpretada de forma restrictiva por el TC, que no ha incluido la salud entre los motivos discriminatorios (por todas, STC 62/2008 o STS de 17 de mayo de 2000, rec. 4500/1999) más allá de los casos en los que los problemas de salud puedan permitir identificar a la persona como discapacitada, en cuyo caso sí estaría dentro de los criterios considerados discriminatorios (aunque no ya por razón de salud, sino de discapacidad), tal y como se desprende de la STJ de 18 de enero de 2018, asunto C-270/16, Ruiz Conejero.

(STC 94/1998), indicando, en la Sentencia 292/2000, que se trata de un derecho autónomo e independiente –distinto del derecho a la intimidad⁴⁰–, consistente:

[...] en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso (FJ 7.º).

Este derecho fundamental, como sostiene la STC 292/2000, afectaría a cualesquiera datos de la persona, «sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar, o a cualquier otro bien constitucionalmente amparado», no reduciéndose, por tanto, a los datos íntimos de la persona:

[...] sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es solo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal (FJ 6.º).

Conviene, pues, precisar qué se entiende por datos personales para delimitar el derecho a la mentira que aquí se postula. En este sentido, el Reglamento (UE) 2016/679 (Reglamento general de protección de datos) define como «datos personales»:

[...] toda información sobre una persona física identificada o identificable, esto es, toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como, por ejemplo, un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona (art. 4.1).

⁴⁰ Según el TC, el derecho fundamental a la protección de datos:

[...] a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la ley, aquella que conforme al art. 18.4 CE debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 CE), bien regulando su ejercicio (art. 53.1 CE); [consistiendo] la peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica [...] en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran.

Sobre esta diferenciación, Garriga, 2016 (pp. 94-96).

Por otra parte, este reglamento contempla, en su artículo 9, categorías especiales de datos personales, esto es, aquellas que revelen:

[...] el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física.

Como ha quedado advertido previamente, el derecho a la mentira no iría dirigido a establecer un mecanismo de tutela preventiva únicamente contra la discriminación, sino contra todos los derechos fundamentales. En este sentido, no solamente las preguntas realizadas para la obtención de información relativa a las categorías especiales de datos personales legitimarían el recurso a la mentira, sino también toda aquella otra pregunta dirigida a obtener cualquier tipo de dato personal pese a quedar fuera de dicha categoría especial.

Ahora bien, como recuerda Luján (2003), el establecimiento y desarrollo de la relación laboral obliga al trabajador a suministrar a su empresa todo tipo de datos personales (méritos, conocimientos y aptitudes, antecedentes profesionales, datos familiares, etc.), motivo por el que el propio reglamento UE reconoce la licitud del tratamiento de datos cuando este sea necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado sea parte, o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales (art. 6) o cuando, tratándose de datos especialmente sensibles (categorías especiales de datos), el tratamiento sea necesario para el cumplimiento de obligaciones y 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, en la medida en 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 (art. 9).

El problema que a continuación se suscita es el relativo a determinar cuándo el cumplimiento de tales obligaciones determinará la necesidad del tratamiento de esos datos, lo que deberá ponderarse de acuerdo con los principios de licitud, lealtad y transparencia recogidos en el artículo 5.1 a) del reglamento⁴¹. Ciertamente, dicha valoración, que podrá realizar inicialmente el interesado, será objeto de revisión posterior por parte de los tribunales, en el

⁴¹ El Criterio técnico 98/2016 de la Inspección de Trabajo, de 26 de junio, sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de cuotas de reserva sobre puestos de trabajo para personas con discapacidad, reconoce que, a efectos de comprobar si el empresario cumple con sus obligaciones al respecto, el empresario podrá preguntar al trabajador acerca de su condición o no de discapacitado, si bien este no tendrá por qué contestar, sin que ni el empleador ni la Inspección puedan acudir al correspondiente órgano para solicitarla ni exigírsela al trabajador (apdo. 4.2, p. 14).

caso de que el empresario decida poner fin a la relación laboral como consecuencia de la falsedad/ocultación de información en la que hubiera incurrido el trabajador en su proceso de selección, y para ello resultará imprescindible analizar la finalidad de la información requerida, así como su adecuación al canon de constitucionalidad empleado por el TC para valorar la razonabilidad de la actuación empresarial (juicio de proporcionalidad).

En esa aplicación del juicio de proporcionalidad, habrá preguntas que tendrán una mayor dificultad para su superación, al afectar a datos personales que pudieran emplearse con motivos discriminatorios –como ocurre con todas aquellas cuestiones relativas a la situación de gestante de la candidata o de su intención de tener hijos⁴²– y, en general, con todos aquellos datos calificados como categorías especiales de datos. En este sentido cabe destacar que el derecho a la mentira –en su vertiente de falta de puesta a disposición del empresario de toda la información considerada por él relevante para adoptar su decisión– ya ha sido reconocido por los tribunales en los procesos de selección o reincorporación al puesto de trabajo.

En efecto, el TJ ha señalado que la trabajadora no tiene la obligación de informar de su embarazo, aun cuando no pueda ocupar la vacante por estar embarazada y no poder ocupar desde el primer momento y durante el embarazo el puesto de trabajo por tiempo indefinido, debido a una prohibición de desempeñar dicha actividad laboral impuesta⁴³, ni tampoco a hacerlo cuando la trabajadora solicite su reincorporación a un puesto vacante mientras disfruta de un permiso de maternidad⁴⁴; y ello aun cuando la actividad a desempeñar sea tem-

⁴² Téngase en cuenta que, pese a que la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, parece limitar, en su artículo segundo, la posibilidad de justificar objetivamente –en virtud de una finalidad legítima– un trato diferente por motivos de sexo a los supuestos de discriminación indirecta, el artículo 14.2 de la misma permite que los Estados puedan disponer, por lo que respecta al acceso al empleo, incluida la formación pertinente:

[...] que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando su objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

⁴³ STJ de 3 de febrero de 2000, asunto C-207/98, Mahlburg. En este mismo sentido, Corte di Cassazione (Civ., sez. lav.) de 6 de julio de 2002, núm. 9864, en la que se dilucida acerca de un caso en el que la trabajadora fue contratada para ocupar un puesto de trabajo temporal que no podría llegar a ocupar en ningún momento de la vigencia pactada a causa de su estado de gestación, omitiendo cualquier información al respecto a su empleador, sin que tal circunstancia pueda valorarse como un comportamiento incorrecto legitimador de la decisión empresarial de despedir a la trabajadora, toda vez que imponerle semejante obligación acabaría por hacer ineficaz la tutela de la trabajadora madre, obstaculizando la paridad de tratamiento.

⁴⁴ STJ de 27 de febrero de 2003, asunto C-320/01, Busch. La sentencia se refiere a un supuesto en el que la trabajadora estaba disfrutando de un permiso de maternidad y que, al enterarse de la existencia de una vacante, solicitó finalizar anticipadamente ese permiso y reincorporarse a la empresa –una clínica–,

poral y la trabajadora no pueda, como consecuencia de su embarazo, trabajar en el mismo durante una parte sustancial de la duración del contrato de trabajo⁴⁵.

Consecuentemente, también los tribunales españoles⁴⁶ se han pronunciado en este mismo sentido⁴⁷. De este modo, la STC 214/2006 (en la que se emplea el juicio de proporcionalidad para valorar la lesión del derecho fundamental en el caso de una desempleada inscrita como demandante de empleo en el correspondiente servicio público –entonces INEM– y a la que no se le remitió una oferta de empleo por su condición de gestante)⁴⁸ razona señalando que:

Nada hay en las actuaciones que permita apreciar que por las concretas características del puesto de trabajo ofertado existiera algún tipo de incompatibilidad temporal que impidiera tanto un leve retraso en la fecha de incorporación de la trabajadora como una suspensión inicial de su relación laboral hasta la fecha de finalización del periodo de descanso por maternidad; [y argumentando que] en último término sería el propio ofertante de empleo el que debería haber valorado, en su caso, qué obstáculos podrían derivarse de la situación particular de una concreta candidata de cara a su eventual contratación, sin perjuicio de la consideración que, desde la perspectiva constitucional, hubiera de merecer tal valoración.

Cabe apuntar, en todo caso, que ni tan siquiera cuando la trabajadora estuviese temporalmente incapacitada por motivos de salud, como consecuencia de su embarazo, para prestar sus servicios en el puesto de trabajo al que aspira⁴⁹, cabría efectuar reproche respecto de su falsa respuesta, o silencio, acerca de su estado de gravidez durante el proceso de selección, por lo que no se justificaría la extinción del contrato de trabajo o su nulidad.

para acto seguido indicar que el motivo que indujo a la trabajadora a abreviar el permiso parental para la crianza del menor fue la posibilidad de obtener los subsidios de maternidad, superiores a los subsidios para crianza, así como los complementos de los subsidios de maternidad. En todo caso, en esta sentencia se señala que el empresario no preguntó en ningún momento a la trabajadora si esta estaba embarazada (apdo. 18), lo que suscita la duda de si la respuesta hubiese sido la misma en ese caso.

⁴⁵ STJ de 4 de octubre de 2001, asunto C-109/00, Tele Danmark A/S.

⁴⁶ E igualmente en derecho comparado, como en el caso italiano –la ya citada Sentencia de la Corte di Cassazione (Civ., sez. lav.) de 6 de julio de 2002, núm. 9864; o la más reciente de 12 de marzo de 2016, núm. 13692– o, fuera del ámbito de la UE, en el derecho brasileño –2.ª Vara do Trabalho de Itapeperica da Serra (TRT/2), proceso 1000756-57.2018.5.02.0332, relativa al rechazo de un candidato por tener antecedentes criminales por robo, quien omitió este hecho en la entrevista de trabajo, así como que estuviera cumpliendo condena en régimen de tercer grado–.

⁴⁷ STSJ de Madrid de 18 de mayo de 2000 (rec. 1078/2000).

⁴⁸ Abordando esta misma cuestión, aunque con perfiles diferentes, STC 108/2019, de 30 de septiembre.

⁴⁹ Por ejemplo, para prestar servicios en el departamento de radiología de un hospital, o en las contrataciones de deportistas por las respectivas entidades deportivas.

Ni tan siquiera en esos supuestos, en los que pudiera pretenderse que la actuación empresarial se produjo para tutelar la salud de la trabajadora o del menor, o para evitar la correspondiente sanción por no prevenir los riesgos derivados de la actividad objeto del contrato, cabría admitir la licitud de tales preguntas. Se estaría, en este caso, confundiendo las exigencias de prevención y protección de la salud de la mujer embarazada –quienes efectivamente exigen un trato diferenciado respecto de los demás trabajadores– con su acceso al empleo, incurriendo en una clara discriminación por razón de sexo no amparada por la necesidad de adoptar las medidas de protección de la salud⁵⁰. Como dispone el artículo 26 de la Ley de prevención de riesgos laborales (LPRL)⁵¹, en estos casos, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición al riesgo detectado para la seguridad y la salud de la trabajadora embarazada, o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, a través de una serie de medidas escalonadas (adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, movilidad a un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado, movilidad a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, o, finalmente, suspensión del contrato).

En definitiva, las correspondientes actuaciones de empleador y trabajador deberán someterse al juicio de proporcionalidad, valorando las circunstancias concurrentes, pues, en algunas ocasiones, será la ley la que directamente exija la información con objeto de proteger un bien jurídico de necesaria tutela⁵² y, en otras, la actividad a desempeñar por el trabajador podría llegar a justificar la necesidad de decir verdad o proporcionar toda la información relevante⁵³.

En la valoración del respeto al derecho fundamental a la protección de datos en la actuación de las partes del contrato de trabajo llevada a cabo durante el proceso de selección, aquello que quizá resulta más problemático son las cuestiones relativas al estado de salud del trabajador, cuando este pueda resultar invalidante para el desarrollo de la actividad profesional. Sobre este particular cabe reseñar que la Equality Act 2010 (section 60) del

⁵⁰ STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 7 de abril de 2014 (rec. 923/2012).

⁵¹ De conformidad con la Directiva 92/85/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

⁵² Así, en el caso de la Ley orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, en cuyo artículo 13.5 se exige, como requisito necesario para el acceso y ejercicio a las profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores, el no haber sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual (incluidos la agresión y abuso sexual, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores), así como por trata de seres humanos, para lo que quien pretenda el acceso a las mismas deberá acreditar esta circunstancia mediante la aportación de una certificación negativa del Registro central de delincuentes sexuales.

⁵³ Como en el caso de la STSJ de Galicia de 26 de abril de 1996, anteriormente comentada, relativa a un supuesto de contratación de un trabajador para prestar servicios de prevención, detección y extinción de incendios forestales.

Reino Unido permite realizar, durante el proceso de selección, preguntas sobre el estado de salud o discapacidad del candidato, siempre que las mismas resulten pertinentes a los propósitos de determinar aspectos tales como la capacidad del candidato para desempeñar su trabajo, monitorear el porcentaje de personas con discapacidad en la empresa o aplicar las obligaciones legales relativas a la promoción del empleo de personas con discapacidad.

Respecto de las preguntas del empleador relativas al estado de salud del candidato para determinar su capacidad, cabe destacar que estas no son admisibles en nuestro ordenamiento, puesto que compete a los servicios médicos correspondientes valorar si el estado de salud es o no compatible con el puesto de trabajo a desempeñar, siendo esta la única información que debe proporcionarse al empresario. A pesar de que, como sostiene el TC⁵⁴, el reconocimiento médico en la relación laboral no es un instrumento del empresario para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar, sino que su fundamento descansa en un derecho del trabajador a la vigilancia de su salud, lo cierto es que, en tutela de la salud del trabajador, se determinará la suspensión de su contrato de trabajo o, en caso de incompatibilidad duradera con la actividad objeto del contrato, su extinción, cuando los resultados de la vigilancia de la salud de los trabajadores y la valoración de riesgos derivados del trabajo así lo impongan.

El artículo 25 de la LPRL establece, con relación a los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, la prohibición de que tales trabajadores sean empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo. Artículo que la STC 196/2004 interpreta *–obiter dicta–* como reconocimiento de una posible no contratación del trabajador por razones de salud o psicofísicas que se deriven de los resultados de la exploración médica obligatoria.

En los dos casos previamente comentados relativos a despidos por haber omitido el trabajador información sobre su estado de salud⁵⁵, el debate judicial se derivó hacia el despido por razón de salud, estimando la improcedencia del despido, sin entrar a valorar la causa que, en ambos supuestos, había alegado el empresario para extinguir ese contrato (quebranto de la buena fe). Desde mi punto de vista, una absoluta falta de capacidad para el desempeño de la actividad contratada acreditada tras la realización del correspondiente control del estado de salud del trabajador previo a la ocupación de su puesto de trabajo,

⁵⁴ STC 196/2004.

⁵⁵ STC 62/2008 y STSJ de Galicia de 10 de febrero de 2015 (rec. 4471/2014).

o aportación por su parte de certificado en ese sentido una vez contratado, podría motivar la nulidad del contrato por existencia de un consentimiento viciado⁵⁶, o la extinción del contrato por incumplimiento del deber de buena fe contractual, lo que difícilmente podría considerarse discriminatorio, aun cuando pudiera considerarse al trabajador como discapacitado, atendiendo a lo señalado en la STJ de 18 de enero de 2018, asunto C-270/16, Ruiz Conejero, donde se admite la adecuación con la normativa comunitaria de una normativa nacional:

[...] que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de este al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, [...] [cuando] dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad [...].⁵⁷

De donde cabe concluir que el trato diferenciado por motivos de discapacidad en casos de concurrencia de circunstancias objetivas no sería contrario a la prohibición de discriminación por este motivo⁵⁸. De otra parte, en aquellos casos en los que la falta de salud no resultase plenamente invalidante, sería exigible al empresario una diligencia mínima –manifestada en la estipulación de un pacto de prueba– que le permitiese poner fin a la relación laboral sin tener que abonar indemnización alguna⁵⁹.

⁵⁶ Sin que, al igual que sucede en los casos en los que el trabajador asegura poseer los títulos habilitantes o documentación precisa para realizar la actividad, cupiese aceptar la existencia de una supuesta falta de diligencia por parte del empresario dada la actuación dolosa del trabajador (SSTS de 24 de febrero y 25 de marzo de 2014, respectivamente, recs. 1112/2013 y 1281/2013). Se trataría de casos como la contratación de una persona con problemas cardíacos severos para trabajar como buzo o realizando grandes esfuerzos.

⁵⁷ En este mismo sentido, si bien con varios votos discrepantes fundamentados –básica, pero no únicamente– en la vulneración de derecho al trabajo proclamado en el artículo 35 de la CE, STC de 29 de octubre de 2019, al resolver la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2960-2019, la cual se hace eco de la referida sentencia del TJ, a la que se le reconoce valor hermenéutico, pese a que el derecho de la UE no integra el canon de constitucionalidad.

⁵⁸ Como señala el artículo 4 de la Directiva 2000/78/CE, no obstante la prohibición de discriminación directa e indirecta por, entre otros, motivos de discapacidad, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con la discapacidad no tenga carácter discriminatorio:

[...] cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado.

⁵⁹ Otro debate consistiría en la necesidad de primar la adaptación del trabajo a la persona, promoviendo la mejor integración de las personas con discapacidad en el entorno laboral, lo que evitaría, en buena medida, actuaciones de los trabajadores dirigidas a esconder su estado de salud, en detrimento de esta misma, con objeto de mantener sus expectativas laborales (Núñez, 2014, p. 149).

Por último, cuando el empresario tuviese interés en contratar a personas con discapacidad –ya fuese con objeto de cumplir con obligaciones legalmente impuestas⁶⁰ o para beneficiarse de estímulos a la contratación de este colectivo–, lo único que podría requerir el empresario es la acreditación relativa a la pertenencia a dicho colectivo⁶¹. Ciertamente sería más respetuoso con el derecho a la protección de datos si la Administración expidiera un documento en el que simplemente se reconociese que el ciudadano se encuentra incluido en alguno de los colectivos que computan para el cumplimiento de aquellas obligaciones legales, o generan beneficios en concepto de medida de fomento del empleo, avanzando en el proceso de anonimización o seudonimización de datos propugnado por la normativa de protección de datos –Reglamento (UE) 2016/679 y LOPDGDD–.

4.2. Efectos derivados del reconocimiento del derecho a la mentira de los trabajadores

Junto a la imposibilidad de declarar nulo el contrato por vicio en el consentimiento, o extinguirlo por quebranto de la buena fe contractual, el reconocimiento de un derecho a la mentira comportaría otros límites a las actuaciones empresariales. En particular, límites a la posibilidad que se le reconoce al empresario de emplear herramientas, como el polígrafo o los test de integridad laboral, para determinar el grado de veracidad con el que el candidato estuviese contestando a las cuestiones planteadas en el proceso de selección.

Por lo que se refiere al uso del polígrafo, este no se ha objetado ante los tribunales españoles cuando ha sido empleado como herramienta para indagar acerca de hechos en casos de acoso sexual⁶² o apropiación de caudales⁶³. En el caso de Estados Unidos, la Employee Polygraph Protection Act 1988 (US) prohíbe el uso de detectores de mentiras⁶⁴

⁶⁰ Como cumplir con la obligación de reservar cuotas a discapacitados (art. 42 Real Decreto legislativo 1/2013).

⁶¹ El artículo segundo del Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, dispone que el grado de minusvalía igual al 33 % se acreditará mediante los siguientes documentos: a) Resolución o certificado expedidos por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) u órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente. b) Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) reconociendo la condición de pensionista por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez. c) Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda o del Ministerio de Defensa reconociendo una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

⁶² STSJ de Cataluña de 26 de mayo de 2014 (rec. 1205/2014), en la que la trabajadora acosada solicitó someterse a dicha prueba, con el fin de no ver cuestionada su versión.

⁶³ SSTSJ de Andalucía/Sevilla de 20 de febrero de 2007 (rec. 4218/2005) y Cataluña 3073/2004, de 20 de abril.

⁶⁴ Que incluye el uso de polígrafos o cualquier otro aparato similar (analizadores del grado de estrés de la voz, etc.) que se empleen para dar un diagnóstico acerca de la honestidad de un individuo (section 2.3).

tanto durante el proceso de selección, como durante el desarrollo de la relación laboral, si bien exceptúa de la misma a los Gobiernos federal, estatales y locales respecto de sus empleados; al Gobierno federal respecto de particulares empleados en actividades relacionadas con la seguridad nacional; permitiendo su uso igualmente en el sector privado para evaluar a ciertos empleados de empresas de seguridad y de empresas farmacéuticas, además de a ciertos empleados de empresas privadas respecto de los que se sospecha que se encuentren implicados en determinados hechos en el lugar de trabajo (robos, desfalcos, espionaje industrial...) que impliquen pérdidas patrimoniales para la empresa, si bien tales pruebas se encuentran sujetas a estrictos requisitos relativos a la duración e implementación del test, reconociendo específicos derechos a quienes deben pasar por ellos (derecho a rechazar o interrumpir el test y derecho a la confidencialidad de los resultados del mismo, entre otros).

En similares términos, no reconociendo legitimidad para la utilización generalizada de esas herramientas, la Sentencia de la 36.^a Vara do Trabalho de Sao Paulo (Brazil), de 25 de junio de 2002 (proceso 735/2002), considera que el uso del polígrafo vulnera, en el caso enjuiciado, la intimidad del trabajador, si bien no tanto por el uso que del mismo se hace, sino por el tipo de preguntas formuladas y las circunstancias del caso⁶⁵. La sentencia afirma que, no obstante las preguntas acerca de la vida previa del candidato pueden resultar razonables –especialmente en casos, como en el de autos, en los que el proceso de selección se realiza para cubrir un puesto de trabajo en una empresa de seguridad–, una vez que la relación laboral ha comenzado, el control empresarial sobre estas circunstancias es más limitado, resultando más intensa la protección de la vida privada de los empleados, siendo intolerable cualquier desconfianza por parte del empresario sin motivo aparente.

Recientemente, el Tribunal Superior do Trabalho brasileño se ha pronunciado específicamente sobre la legalidad del uso del polígrafo en los procesos de selección⁶⁶. En su sentencia, el tribunal resuelve la cuestión planteada por el Ministerio Fiscal contra esta misma compañía (American Airlines) exigiendo que la empresa deje de aplicar el test del polígrafo a los candidatos a un puesto de trabajo, a los empleados o a los prestadores de servicios para la compañía por vulnerar los derechos fundamentales de los ciudadanos reconocidos en el ordenamiento jurídico brasileño. La sentencia considera que el polígrafo es un instrumento incapaz de cumplir sus objetivos⁶⁷, pues es falible y entraña un considerable potencial

⁶⁵ La sentencia se refiere a una trabajadora que participó en un proceso de promoción a supervisora de seguridad para la empresa American Airlines, y a la que se sometió a una serie de preguntas acerca de su probidad (tales como si robó, participó en actividades subversivas o consumió drogas en los últimos 6 meses).

⁶⁶ Proceso TST-RR-1897-76.2011.5.10.0001, de 27 de febrero de 2019.

⁶⁷ No cumpliría, pues, con el criterio de idoneidad, que forma parte del juicio de proporcionalidad empleado por el TC español. En la sentencia se alude a la resolución dictada en el proceso RR-28140-17.2004.5.03.0092, de 10 de marzo de 2010, en la que se indica que el uso del polígrafo tampoco supera el test de indispensabilidad, dado que existen otros medios, incluso más eficaces, para combatir el contrabando, terrorismo y corrupción.

de riesgo de discriminación, impidiendo el acceso al empleo, sin que legitime su uso un eventual consentimiento del empleado, toda vez que en razón de la debilidad del trabajador en el mercado –sobre quien pesa el fantasma del desempleo– falla en él la libertad para autodeterminarse y reaccionar contra los actos atentatorios de sus derechos, pues pesa en él la protección de un bien mayor, como es la supervivencia propia y de su familia⁶⁸.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que el documento *Protección de los datos personales de los trabajadores* de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1997) indica, en su apartado 6 («Acopio de datos personales»), que no deberían emplearse polígrafos, detectores u otros medios o procedimientos similares de comprobación de la veracidad (6.11), partiendo del principio de que el trabajador debería ser quien proporcionase todos los datos personales (6.1) y de la necesidad del consentimiento –no viciado– explícito del trabajador para recabarlos (6.2).

De todo cuanto antecede, cabría concluir, respecto del uso de herramientas de verificación de la verdad de las afirmaciones efectuadas por los candidatos a un puesto de trabajo, que, en el caso de que no hubiese una prohibición de su empleo en los términos señalados en la recomendación citada de la OIT, resultaría imprescindible una regulación que estableciese los límites para su uso, si bien el mismo debería ponderarse siempre de acuerdo con el juicio de proporcionalidad. Para el caso de que cupiese admitir su empleo, la única medida preventiva para evitar un abuso de derecho en su ejercicio por parte del empresario consistiría en el establecimiento de indemnizaciones y multas efectivamente disuasorias.

En cuanto a los test de integridad, esto es, el específico test de la personalidad dirigido a verificar la tendencia del candidato a un empleo a ser honesto, confiable e íntegro⁶⁹, suelen ser una práctica habitual en algunos sectores, como empresas minoristas, en los que se emplea este tipo de test no solamente de una forma abierta, sino también encubierta⁷⁰, y que se han considerado conformes a derecho en nuestro ordenamiento⁷¹

⁶⁸ Argumentos empleados por el proceso RR-73500-44.2002.5.02.0036, de 22 de noviembre de 2010, que recoge la sentencia comentada.

⁶⁹ US Office of Personnel Management: <<https://www.opm.gov/policy-data-oversight/assessment-and-selection/other-assessment-methods/integrityhonesty-tests/>> (consultado el 30 de octubre de 2019).

⁷⁰ Mientras que en los test de integridad de carácter abierto el candidato es plenamente consciente de la evaluación a la que está siendo sometido, en los test encubiertos el candidato es menos propenso a percatarse del hecho de que su integridad, honestidad y confianza están siendo sometidas a escrutinio (Byle y Holtgraves, 2008, pp. 287-288).

⁷¹ SSTSJ de Cataluña de 31 de julio de 2003 (rec. 540/2003) y 7 de enero de 2014 (rec. 1247/2002), ambas referidas a cajeros del supermercado Schlecker, SAU. También, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de diciembre de 2018 (rec. 3029/2018), si bien en ella se dice que, en realidad, la empresa no implementó un test de honestidad, sino que fue conocedora de un sobrante de caja que la trabajadora no declaró.

–siempre que superen el juicio de proporcionalidad⁷²– pese a no cumplir con los requisitos de la recomendación de la OIT (1997), que establece que las pruebas de personalidad, o exámenes análogos, serán admisibles siempre que se efectúen de conformidad con las disposiciones de la misma y con la condición de que el trabajador tenga la posibilidad de rechazarlos, cosa que lógicamente no sucede cuando tales test se realizan de una forma encubierta.

5. El necesario reconocimiento del derecho a la mentira

Los poderes directivos empresariales inherentes a la celebración del contrato de trabajo suponen una amenaza para los derechos fundamentales de los trabajadores en virtud de la relación de poder (subordinación) propia de las relaciones laborales. Dicha amenaza existe, además, por el desconocimiento y la poca tradición del necesario respeto de ciertos derechos fundamentales, lo que afecta no solamente al empresario, sino también a los propios trabajadores, quienes, en numerosas ocasiones, no son conscientes de sus propios derechos tal y como sucede con la falta de conciencia de los ciudadanos respecto de la necesidad de proteger los datos que les conciernen (Herrán, 2003, pp. 91-92).

Ciertamente, el derecho ha contemplado la tutela de quienes se han visto necesitados de acudir a la mentira ante preguntas formuladas por parte del empleador que han ido más allá de sus legítimas facultades como director y organizador de la actividad productiva. De este modo, como se ha visto a lo largo de la investigación, los tribunales no siempre han aplicado las reglas generales relativas a la mentira en el ámbito contractual cuando los trabajadores no hubieran facilitado toda la información con capacidad de influir en la voluntad empresarial; y ello no solamente cuando la eventual decisión empresarial adoptada hubiera podido tildarse de discriminatoria, sino en cualquier caso en que la información se hubiese pretendido obtener al margen de los presupuestos legales, con objeto de adoptar una decisión lo más favorable a los intereses empresariales, sin que la nulidad de semejante

⁷² STSJ de las Islas Baleares de 30 de junio de 2011 (rec. 13/2011), en la que se señala que:

[...] una prueba como el llamado «test de honestidad» puede ser proporcionada y necesaria cuando existiendo en una empresa sospechas de incumplimiento por parte de los trabajadores aquella prueba se revela como el único medio posible para comprobar tales incumplimientos y poder adoptar las oportunas medidas para asegurar la buena marcha de la actividad empresarial. Pero, cuando, como aquí ocurre, la prueba se realiza sin ninguna sospecha de incumplimiento previo y con el solo objeto de comprobar la honestidad o el grado de honestidad de un trabajador se sobrepasan los límites constitucionales y la prueba deviene ineficaz [...].

En sentido análogo, SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de marzo de 2018 (rec. 416/2018) y Cataluña de 26 de mayo de 2014 (rec. 1892/2014), siendo que esta última señala la inadmisibilidad de la prueba de honestidad practicada con carácter preventivo, «pues ello atentaría contra la buena fe contractual y contra la dignidad del trabajador, a quien se controla sin su conocimiento y se «cosifica» de esta manera como mero instrumento productivo».

decisión pueda basarse en pérdidas financieras que el empresario hubiese podido evitar de haber dispuesto de la información «relevante»⁷³.

Sin embargo, resulta necesario dar un paso más. El reconocimiento expreso, en el ámbito de las relaciones laborales, de un derecho a la mentira ante determinadas circunstancias –básicamente, aquellas en las que es el empresario quien no actúa conforme a los criterios de buena fe, procurando datos cuyo tratamiento no responde a los debidos principios de licitud, lealtad y transparencia– podría coadyuvar a la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores. En primer término, por cuanto vendría a reforzar los mecanismos para su tutela preventiva. El derecho surge de la necesidad de civilizar las relaciones humanas, manteniendo la armonía en la sociedad mediante instrumentos no violentos (Atienza, 1985, p. 41; también Supiot, 1993, p. 17), por lo tanto, el primer objetivo de cualquier sistema democrático de derecho debería ir encaminado a combatir la injusticia, es decir, la desigualdad, dado que la justicia y lo justo consisten en la equidad, la igualdad (Aristóteles, trad. 1873).

Con objeto de garantizar la equidad en el ámbito de las relaciones laborales, resulta imprescindible asegurar la paridad de armas, y el derecho a la mentira constituye una herramienta indispensable para combatir las preguntas indebidas, ilegales, del empresario, efectuadas desde la posición de poder que mantiene en la relación laboral. Cuando nos encontramos ante ellas, resulta incluso difícil hablar de mentiras. En efecto, dado que la mentira supone el engaño, ya sea dando una información falsa o simplemente ocultando una información, en el marco de una situación en la que dicha información tuviera que haberse proporcionado –o haberlo hecho con veracidad– de acuerdo con las exigencias de la buena fe y el trato honesto que son exigidos a las partes de todo contrato, y puesto que resulta evidente que el empresario no respeta estos principios en aquellas ocasiones en las que ignora las previsiones relativas a los derechos fundamentales de sus empleados, la «mentira» del trabajador en tal caso no quebrantaría su deber de buena fe, fallando el contexto en el que la verdad –o toda la información relevante– es exigible.

Por otra parte, el reconocimiento expreso de un derecho a la mentira en estos casos contribuiría a concienciar a las personas acerca de sus derechos fundamentales y les permitiría conocer, con un cierto grado de seguridad jurídica, cómo ejercerlos frente a potenciales vulneraciones de los mismos. Como señala el Reglamento general de protección de datos, «las personas físicas deben tener conocimiento de los riesgos, las normas, las salvaguardias y los derechos relativos al tratamiento de datos personales, así como del modo de hacer valer sus derechos en relación con el tratamiento» (considerando 39). Desde esta

⁷³ STS de 29 de junio de 2009 (rec. 2489/2008), en un caso relativo a extinciones de contratos incentivadas por parte, en el marco de un despido colectivo, en el que el empresario aceptó incluir a un determinado trabajador a quien poco después de acogerse al despido, y recibir las compensaciones correspondientes, se le reconoció una incapacidad permanente total derivada de enfermedad común.

perspectiva, el derecho a la mentira favorecería la consecución de semejantes objetivos, poniendo freno a las pequeñas, medianas –o, incluso, enormes– abdicaciones del conjunto de derechos relativos a su personalidad que los trabajadores realizan desde que se incorporan a la empresa (Molero, 2001, p. 493), protegiendo los derechos fundamentales no solamente «en» la relación de trabajo, sino también «frente» a la relación de trabajo, esto es, contra las limitaciones innecesarias que puedan sufrir con ocasión del desarrollo de la misma (Fernández, 1985, p. 428).

Referencias bibliográficas

- Acas. (2014). *Asking and responding to questions of discrimination in the workplace. Acas guidance for job applicants, employees, employers and others asking questions about discrimination related to the Equality Act 2010*. Recuperado de <<https://www.acas.org.uk/media/3920/Asking-and-responding-to-questions-of-discrimination-in-the-workplace/pdf/Asking-and-responding-to-questions-of-discrimination-in-the-workplace.pdf>> (consultado el 30 de octubre de 2019).
- Albiac, G., Conil, J., Constant, B., Cortina, A., García, M., García, E., ... y Madrigal, P. (2012). *¿Hay derecho a mentir?: (La polémica Immanuel Kant-Benjamin Constant, sobre la existencia de un deber incondicionado a decir la verdad)*. Madrid: Tecnos.
- Alfonso Mellado, C. L. (1994). Comentario a la STC 173/1994: la protección frente a las discriminaciones en el empleo. *Poder Judicial*, 35, 379-390.
- Aparicio Tovar, J. y Olmo Gascón, A. M. (2007). *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*. Albacete: Bomarzo.
- Aristóteles. (trad. 1873). *La gran moral*, libro primero, capítulo XXXI: «De la justicia».
- En Patricio de Azcárate, *Obras de Aristóteles* (tomo 2). Madrid.
- Atienza, M. (1985). *Introducción al Derecho*. Barcelona: Barcanova.
- Ballester Pastor, M. A. (2009). Género y edad: los dos extremos del principio antidiscriminatorio comunitario. En J. Cabeza, M. A. Ballester y M. Fernández (Dirs.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de seguridad social* (pp. 31-42). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Baylos Grau, A. P. (1980). En torno al Estatuto de los Trabajadores: la prohibición de inquirir sobre la ideología, creencia y vida privada del trabajador. En *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo* (pp. 307-336). Madrid: Universidad Complutense.
- Box, S. (2003). *Mentire: una scelta morale nella vita pubblica e privata*. Roma: Armando.
- British Government. (2014). *Guidance on asking and responding to questions about discrimination in the provision of goods and services and public functions*. Department for Culture, Media and Sport.

- Bye, K. A. y Holtgraves, T. M. (2008). Integrity Testing, Personality, and Design: Interpreting the Personal Reaction Blank. *Journal of Business and Psychology*, 4(22), 287-295.
- Comisión Europea. (2014). Informe conjunto sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico («Directiva de igualdad racial») y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación («Directiva de igualdad en el empleo»). COM(2014) 2 final. Recuperado de <[http://www.euro.parl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/com/com_com\(2014\)0002_/com_com\(2014\)0002_es.pdf](http://www.euro.parl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/com/com_com(2014)0002_/com_com(2014)0002_es.pdf)> (consultado el 30 de octubre de 2019).
- Conde Marín, E. (2007). *La buena fe en el contrato de trabajo: un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo*. Madrid: La Ley.
- Fernández López, M. F. (1985). Libertad ideológica y prestación de servicios. *Relaciones Laborales*, Vol. II, 421-444.
- Franks, M. A. (2015). Where the Law lies: Constitutional Fictions and Their Discontents. *Law and Lies. Deception and Truth-Telling in the American Legal System*. New York: Cambridge University Press.
- Fueyo Laneri, F. (1958). La ejecución de buena fe de los contratos como uno de los requisitos del pago. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 7-8, 95-113.
- García Salas, A. I. (2016). *Necesidades empresariales y derechos fundamentales de los trabajadores*. Valladolid: Lex Nova.
- Garriga Domínguez, A. (2016). *Nuevos retos para la protección de datos personales en la era del Big Data y de la computación ubicua*. Madrid: Dykinson.
- Gete-Alonso y Calera, M. (1992). Comentario al art. 7 del Código Civil. En M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart (Dirs.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (tomo I, vol. 1.º). Madrid: Revista de Derecho Privado.
- González Ortega, S. (2001). La discriminación por razón de la edad. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 59, 93-124.
- Goñi Sein, J. L. (1988). *El respeto a la esfera privada del trabajador*. Madrid: Civitas.
- Herrán Ortiz, A. I. (2003). *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Lousada Arochena, J. F. (2005). La jurisprudencia constitucional sobre la prueba de la discriminación y de la lesión de derechos fundamentales. *Revista de Derecho Social*, 30, 35-54.
- Luján Alcaraz, J. (2003). Protección de datos de carácter personal y contrato de trabajo. *Aranzadi Social*, 5, 133-146.
- Mella Méndez, L. (2010). *El precontrato de trabajo*. Madrid: Reus.
- Molero Manglano, C. (2001). El derecho al honor y a la intimidad del trabajador. *Actualidad Laboral*, 21, 489-506.
- Nietzsche, F. (1873). *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*. Recuperado de <<https://www.lacavernadeplaton.com/articulosbis/verdadymentira.pdf>> (consultado el 30 de octubre de 2019).
- Núñez González, C. (2014). *Prevención de riesgos laborales en Chile*. Santiago de Chile: Librotecnia.



- OIT. (1997). *Protección de los datos personales de los trabajadores*. Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT. Ginebra. Recuperado de <https://www.ilo.org/safework/info/standards-and-instruments/codes/WCMS_112625/lang-es/index.htm> (consultado el 30 de octubre de 2019).
- Podolnjak, R. (2007). Explaining the Failure of the European Constitution: A Constitution-making Perspective. *Collected Papers of Zagreb Law Faculty*, 1(57).
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (2005). Poder de dirección y derecho contractual. En R. Escudero Rodríguez (Coord.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*. Madrid: La Ley.
- Sarat, A. (2015). *Law and lies: deception and Truth-Telling in American legal system*. New York: Cambridge University Press.
- Supiot, A. (1993). Por qué un derecho del trabajo. *Documentación Laboral*, 39, 11-28.