

## De «Bărbulescu II» a «López Ribalda»: ¿qué hay de nuevo en la protección de datos de los trabajadores?

### Comentario a la **Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de enero de 2018, caso López Ribalda *et alii* vs. España (Demandas acumuladas 1874/13 y 8567/13)**

**Cristóbal Molina Navarrete**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Jaén*

«Las tecnologías de la información y de la comunicación están rediseñando el mundo, las relaciones personales, sociales, políticas y económicas. Pero esta transformación tiene un precio. (...) es justamente la información la que viene a constituir ahora la materia prima más importante y (...), dentro de la información, los datos personales son especialmente preciados. (...) nuestra propia vida está volviéndose hoy en día un intercambio continuo de informaciones (...) la protección de datos asume una importancia creciente, que la conduce cada vez más hacia el centro del sistema político-institucional»

STEFANO RODOTÀ<sup>1</sup>

## 1. UN MARCO NORMATIVO COMPLEJO (Y PROVISIONAL): ¿LEGISLACIÓN NACIONAL DE PROTECCIÓN DE DATOS CLARA? ¿APLICACIONES JUDICIALES DEFECTUOSAS?

Los riesgos de desprotección de la vida privada, en general, y en las relaciones laborales, en particular, crecen a medida que las nuevas tecnologías de la información y la comunicación se apoderan de todas las facetas de nuestra vida y de (casi) todo nuestro tiempo. De ahí, la necesidad de renovación y profundización del régimen de protección de los datos personales<sup>2</sup>. En todo caso, la necesidad de información previa, específica e inequívoca (art. 5.1 **Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal**, LOPD), y de consentimiento, salvo autorización legal (excepción),

<sup>1</sup> *Tecnología y derechos fundamentales.*

<sup>2</sup> *Vid. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Entrará en vigor en mayo de este año y a él dedicaremos un análisis monográfico en el número de junio de 2018.*

si son precisas para el «mantenimiento o cumplimiento» del contrato (art. 6.1 LOPD), se revelan, antes y después, claves del sistema protector, nacional y europeo (art. 8.2 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea –CDFUE–, más específico que su homólogo art. 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos –CEDH–, relativo al derecho a la vida privada).

La Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos –AEPD–, recuerda que no hay protección sustantiva del derecho fundamental a la protección de datos sin la garantía de procedimiento axial: el principio de consentimiento bien informado previo al procesamiento de datos. En esta misma senda, el 1 de abril de 2015, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó la Recomendación CM/REC (2015) 5, sobre el tratamiento de datos personales en el ámbito del trabajo (que revisa la de 1989). Una de sus principales reglas es la garantía de la transparencia adecuada de todo tratamiento de datos personales de quienes trabajan al servicio del empleador, más cuando se realizan controles específicos de comportamientos que implican grabaciones de aquellos.

Entonces, si, pese a la complejidad, e incluso dinamismo de este marco normativo, nacional, internacional, comunitario, europeo, la cuestión del deber de información previa de cualquier procesamiento y gestión de datos personales del trabajador está tan claro en la ley, ¿por qué el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) nos ha vuelto a poner en el ojo del huracán en materia de videovigilancia de las empresas a los trabajadores por la sola razón de que no se informa conforme exige la ley? Si «errar es de humanos» (*errare humanum est*), de esa debilidad tan mundana no se libran los jueces de lo social de nuestro país.

## 2. SUPUESTO DE HECHO: EL RELATO FÁCTICO PARA LA NORMA DEL CASO

En junio de 2009, 5 empleadas (cajas de Mercadona, SA), bajo fundada sospecha de hurto en el establecimiento en que trabajaban, fueron sometidas, de forma indiferenciada al resto de la plantilla, a un programa de vigilancia por videocámara a fin de comprobar si era el hurto la razón por la cual se había producido un desajuste entre el inventario de *stocks* y las cifras cotidianas de ventas, detectado por el supervisor (7.780€ en febrero, 17.971€ en marzo, 13.936€ en abril, 18.009€ en mayo y 24.614€ en junio). Unas cámaras estaban visibles y otras ocultas. La empresa informó de la instalación de las visibles, pero no de las ocultas.

Las empleadas sospechosas de hurto fueron convocadas a entrevistas individuales en las que se les mostraron los vídeos. Las cámaras las habían grabado mientras ayudaban a los hurtos o los realizaban para sí. Ante la evidencia de las grabaciones, reconocieron la falta, en presencia del representante del sindicato y del representante legal de la compañía. Fueron despedidas por razones disciplinarias. 3 de las 5 firmaron un acuerdo transaccional (art. 1.809 Código Civil), reconociendo su participación en los hurtos y renunciando a impugnar los despidos, comprometiéndose la empresa a no emprender acciones penales. No obstante, todas ellas, firmantes o no de un acuerdo de este tipo, terminaron por ejercitar acciones por despido nulo.

Para las demandantes, las videgrabaciones son nulas por falta de información previa y el acuerdo de transacción también, porque estuvo viciado al haberse firmado bajo coacción (intimidación con una eventual querrela penal). Ni un argumento jurídico ni otro prosperaron. En el juzgado y en suplicación, se consideró que la prueba de grabaciones era lícita, por tener causa suficiente y ser proporcionada, aunque se advirtió de la responsabilidad administrativa por omitir la información debida, al tiempo que se constataban pruebas adicionales para legitimar el despido (declaraciones de testigos, confesiones, relato del gerente, los testimonios del representante sindical y del propio de la empresa). También los acuerdos de transacción serían válidos porque no habría elemento valorativo alguno que permitiese afirmar el vicio denunciado, como evidenciaría, además, que no todas firmaron. Por su parte, el Tribunal Supremo inadmitió el recurso de casación para la unificación de doctrina por falta de contradicción y el Tribunal Constitucional inadmitió el de amparo por (pretendida) ausencia de lesión del derecho fundamental invocado.

### 3. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: BREVIO DE RAZONES JURÍDICAS PARA EL FALLO

#### 3.1. *Posición respecto de la violación del derecho a la vida privada: estimación por mayoría en virtud de la ausencia de información previa (obligación de transparencia)*

Recurrida la decisión ante el TEDH por un doble motivo (violación de los arts. 8 y 6 CEDH), la Corte de Estrasburgo dará cumplida y opuesta respuesta. De un lado, estimará por mayoría de 6 a 1 la violación del artículo 8 del CEDH, reconociendo una indemnización por daño moral de 4.000 euros para solo 4 de las 5 demandantes, y por mayoría mínima, esto es, de 4 a 3. De otro, desestimarán, por unanimidad, la violación del artículo 6 del CEDH, con lo que concluye que tuvieron un juicio justo. Para alcanzar estos pronunciamientos, el TEDH repasa detenidamente el marco aplicable (nacional, internacional, europeo, comunitario), así como sus precedentes.

Partiendo de su doctrina sobre la doble dimensión –negativa y positiva– de la obligación de garantizar el respeto para el derecho a la vida privada (deber de no injerencia y «obligación positiva» de efectividad del derecho), exigible entre particulares también (*vid.* Bărbulescu, párr. 108), admite la violación del artículo 8 del CEDH por el incumplimiento palmario de la ley nacional, relativa al deber de información previa, específica e inequívoca (arts. 5 LOPD y 3 Instrucción 1/2006 AEPD). Precisamente, esta claridad del marco legal español respecto del alemán (que reduce la expectativa razonable de privacidad) facilitará excluir el precedente Köpke (paradoja de la justicia humanitaria civil europea), en el que concluyó, para un análogo caso de control con cámaras ocultas, que la injerencia fue proporcionada porque también menos intrusivo fue el modo de control –selectivo y de reducida duración–.

En este caso, la sala del TEDH concluye que los legítimos derechos del empleador podrían haberse salvaguardado, «al menos en cierta medida» (no busca primar la garantía de eficacia del poder de control, solo abrirle una opción razonable de perseguir su interés, pero sin sacrificio excesivo de la expectativa de privacidad del trabajador), «por otros medios, en particular informando previamente a los solicitantes, incluso de forma general, sobre la instalación de un sistema de video-vigilancia y proporcionándoles la información prescrita en la LOPD». En realidad, el TEDH aquí incurre en cierta contradicción: si entiende que no existe jurisdicción en la medida porque no ha informado previamente, requisito necesario, no tendría que entrar en el juicio de proporcionalidad, que termina identificando con el juicio de licitud –no es proporcionado porque no hay información pero por eso es ilegítimo, con lo que bastaría–.

### *3.2. No hay violación del derecho a un juicio justo: la ilegitimidad de las grabaciones no ha contaminado este proceso*

El exquisito cuidado que tiene el TEDH por no derivar en una doctrina crítica radical, ni contra toda práctica de control por grabaciones, aún ocultas, ni contra la interpretación del Derecho interno por los jueces nacionales, se evidencia en que, por unanimidad, rechaza que concurra violación del derecho a un proceso justo. Y ello por más que pueda sorprender, incluso resultar contradictorio (en todo caso nueva paradoja de la justicia humanitaria civil), que se califique de equitativo o justo un juicio cuya prueba más relevante está viciada de nulidad por vulnerar un derecho fundamental. Pero a juicio del TEDH, no estaría en juego la doctrina del fruto del árbol envenenado, porque la utilización de las grabaciones de vídeo obtenidas con violación del [CEDH](#) no habría comprometido el derecho a un proceso justo: han podido impugnar las grabaciones; estas no constituyen la única prueba que respaldaba las decisiones (ej. pruebas testificales, acuerdos de transacción); los acuerdos de transacción no están viciados por eventuales coacciones, aunque obtenidos tras visualizar grabaciones que las incriminaban claramente y sin que las trabajadoras tuviesen información precisa del vicio de legalidad de las mismas. El TEDH rechaza, así, la petición de la Confederación Europea de Sindicatos de considerar que en estos casos hay una situación de presión y de debilidad que devaluaría el consentimiento prestado.

### *3.3. La indemnización por daño moral como derecho a la satisfacción justa: no basta con reconocer la violación*

Aunque las demandas lo pretendían, el TEDH no concede ninguna indemnización por daños patrimoniales, solo por daño moral. Aunque cada trabajadora reclamaba 6.250 euros, el TEDH, por mayoría pírrica de 4 contra 3, considerando que aquel «no puede ser compensado únicamente por la constatación de una violación», concede 4.000 euros a 4 de las 5 demandantes (más los intereses legales correspondientes) y una cantidad muy reducida por las costas y gastos procesales (568,86 €).

### 3.4. *Votos particulares: discrepante parcial (que excluye indemnización) y discrepante total (que excluye violación del derecho a la vida privada)*

Evidenciando lo problemático del juicio valorativo en estas cuestiones tan procelosas y delicadas, tampoco esta sentencia se ha dictado por unanimidad. Dos magistrados (la jueza Poláčková y el juez Pastor Vilanova), aun aceptando que los tribunales nacionales no habrían alcanzado en este caso el «equilibrio justo», entienden aplicable la [doctrina Bărbulescu](#), según la cual «la constatación de una violación constituye en sí misma una satisfacción justa suficiente por el daño inmaterial sufrido (...)». En cambio, el juez Dedov considera el fallo mayoritario contrario a la precedente jurisprudencia del TEDH, incluso respecto de la [doctrina Bărbulescu](#). A tal fin le recuerda a la mayoría de la sala (Tercera) que ha dado por buena (párr. 33) la doctrina constitucional nacional, para la que «una indicación general del funcionamiento de la video-vigilancia no equivale a una violación del derecho a la vida privada».

## 4. TRASCENDENCIA MÁS ALLÁ DEL CASO Y PREVISIBILIDAD DE SU CONSOLIDACIÓN POR LA GRAN SALA: ¿NUEVA VUELTA DE TUERCA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS AL CONTROL EMPRESARIAL?

### 4.1. *¿Qué nuevas expectativas de cambio crea?: en busca del «efecto útil» o real de los límites doctrinales al poder de control empresarial*

La relevancia doctrinal y práctica de la sentencia analizada es notable porque parece querer, al igual que el «test Bărbulescu de garantía de la privacidad» (TBGP), avanzar en la garantía del «efecto útil» del derecho a la protección de datos de los trabajadores frente al creciente poder de control tecnológico empresarial. Precisamente, es este «efecto útil» del sistema de límites constitucionales ([STC 29/2013, de 11 de febrero](#)) el que se habría erosionado progresivamente. Primero, por las varias modulaciones restrictivas introducidas por la sucesiva doctrina del Tribunal Constitucional ([SSTC 186/2000, de 10 de julio](#), [170/2013, de 7 de octubre](#), y [39/2016, de 3 de marzo](#)) y, después, por la acritica adhesión, incluso la intensificación, de la Sala Social del Tribunal Supremo ([SSTS, Cuarta, 77/2017, de 31 de enero](#); [86/2017, de 1 de febrero](#), y [96/2017, de 2 de febrero](#)).

Consecuentemente, al igual que el TBGP, la defensa que la doctrina López Ribalda hace de la necesidad de información previa y específica a los trabajadores del control por videocámara que el empleador implanta en su empresa, general (indiscriminado y continuo) o coyuntural (selectivo y temporal), crea en los operadores jurídicos, y empresariales, razonables expectativas de reorientación jurisprudencial. Por tanto, es comprensible la inquietud por la nueva dosis –ya muy elevada– de inseguridad jurídica en un ámbito de gestión crucial para las empresas contemporáneas y para los derechos ciudadanos de las personas que prestan sus servicios en su seno.

Hasta ahora, las políticas y prácticas de empresa más flexibles estaban confortadas por el favor hallado en la doctrina constitucional y en la jurisprudencia social si concurría un presupuesto mínimo de información, aun genérica e indiferenciada, y por tanto ajenas por completo al rigorismo, y la incertidumbre, de la vía del artículo 90.4 de la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS) (autorización judicial social, en línea con lo que sucede en el ámbito penal, para el común de los ciudadanos), como sugiriese una, de momento aislada, jurisprudencia social ([STS de 13 de mayo de 2014, rec. 1685/2013](#)). ¿Supone una nueva vuelta de tuerca –más garantista, del lado de la abogacía de trabajadores; más rigorista, del lado de la abogacía de empresa– en la defensa de un derecho de información previa más fuerte, frente a la modulación flexible y más permisiva de la jurisprudencia nacional, exigiendo rectificaciones o reorientaciones?

#### 4.2. *Conocimiento realmente informado, límite fuerte del poder de control: conexiones –y desconexiones– de la doctrina López Ribalda con la doctrina Bărbulescu*

La doctrina López Ribalda *et alii* hace continuas referencias a la [doctrina Bărbulescu](#). Si bien se trata de aspectos diversos (monitorización del correo electrónico de los trabajadores; videograbación de su actividad), hay una conexión de fondo: los presupuestos de legitimidad de las prácticas empresariales de constituir pruebas tecnológicas para garantizar la eficacia de las sanciones disciplinarias, invadiendo espacios de privacidad de los trabajadores. A tal fin, la Gran Sala, tratando, más que de innovar su doctrina precedente, de darle concreción, seriedad y rigor en el plano aplicativo, lo que no había hecho la sala en el caso Bărbulescu, elaborará una suerte de «guía práctica»: el TBGP.

Brevemente, se recordará que está integrado por los siguientes ítems de conformidad:

1. ¿El empleado fue informado de la posibilidad de este tipo de medidas y su aplicación? Para que las medidas puedan ser consideradas conforme a los requisitos del artículo 8 del [CEDH](#), la advertencia debe ser previa (antes de establecerla) y clara (inequívoca). Aquí la conexión con la doctrina López Ribalda *et alii* es plena.
2. ¿Cuál fue el alcance del control realizado y el grado de intrusión en la vida privada del empleado? No es lo mismo controlar el flujo comunicativo que su contenido, ni el que se haga de forma global o parcial, ni si es prolongado o no en el tiempo. Aquí emerge el clásico test de proporcionalidad. También la conexión es plena, como se ha visto, pues la sentencia López Ribalda *et alii* sitúa su diversa respuesta respecto del caso Köpke precedente en el distinto modo de ejercer el control –aquí la grabación por cámara–.
3. ¿Hay argumentos legítimos para justificar la vigilancia (de comunicaciones y acceso a su contenido)? Forma parte del test de legitimación causal, anterior incluso al test de proporcionalidad en sentido estricto. Sin una causa razonada no puede haber un control. Una vez más, hay coincidencia.

4. ¿Sería posible establecer un sistema de vigilancia con sistemas menos intrusivos (que el acceso directo al contenido de las comunicaciones)? Aquí emerge la exigencia tanto de idoneidad del medio para lograr el fin como la estricta proporcionalidad del sacrificio que se exige del derecho en juego –a la intimidad, a la protección de datos, a la libertad de determinación informática–. Para ello, deben evaluarse las circunstancias de cada caso y en función del objetivo que persigue la empresa. La coincidencia en ambos casos es, otra vez, total, por tanto plena coherencia, porque la sentencia López Ribalda *et alii* también evidencia que el empleador español tenía medios menos intrusivos, aun menos eficaces, claro, para realizar el control.
5. ¿Cuáles son las consecuencias de la supervisión para el empleado afectado –proporción del sacrificio–? y ¿cuál es el uso del resultado de la vigilancia –coherencia con el fin–? En realidad, es una reiteración del ítem anterior y en el fondo no hay nada distinto ni del test de legitimación –no es legítimo usar una información buscada para un fin en otro bien diferente y perjudicial para el trabajador– ni del de proporcionalidad.
6. ¿Se ofrecieron al trabajador garantías adecuadas cuando las medidas tienen carácter intrusivo? Las garantías deben impedir que, sin prevenir al empleado, el empleador tenga acceso al contenido de las comunicaciones. Se vincula a la proporcionalidad.

En realidad, como puede fácilmente comprobarse, por encima de tanta minuciosidad y detalle, en gran medida redundante y por tanto a veces algo confuso, el TEDH no hace sino dar mayor concreción a un triple presupuesto de legitimidad jurídica del diseño y ejercicio de las políticas de control tecnológico de las actividades de los trabajadores en las empresas, cuya legitimidad de origen no discute en absoluto, sino que presupone. A saber:

1. Test de justificación causal (causa razonable de la medida, sin que el estricto y genérico cumplimiento –ejecución– de la prestación sea suficiente, por resultar un plus de intrusión en el derecho fundamental).
2. Test de transparencia (exigencia de una información previa y específica, al menos con carácter general, sin que basten, salvo casos excepcionales y atendiendo al modo en que se ejerce, informaciones genéricas o estimativas).
3. Test de proporcionalidad (necesidad, idoneidad y sacrificio justo o equilibrado del derecho fundamental en aras de la finalidad también justa y equilibrada empresarial).

Como bien es sabido, ya se ha aplicado este triple test –con 6 ítems de conformidad– en la experiencia española. El mérito (o la «gloria mediática») le ha correspondido al Juzgado de lo Social número 19 de Madrid, a través de su Sentencia 453/2017, de 17 de noviembre (Autos 737/2017).

El juez considera el despido nulo, pues si bien puede existir causa justificada (test de la legitimación causal), incluso información adecuada sobre el control (test de transparencia), no se superó la última fase del TBGP: la realización del fin legítimo perseguido –controlar el cumplimiento del trabajo en su jornada pactada– no exigía necesariamente monitorizar el contenido de sus correos personales. Para el juez social, la empresa pudo –y debió– utilizar otros medios menos invasivos para saber cuál era la carga real del trabajo de la empleada, bien convencionales (control de resultados, dación en cuenta de sus tareas durante la jornada durante cierto periodo), bien tecnológicos (monitorización que permitiera verificar el tipo de uso de su tiempo digital en la empresa, pero sin acceder al contenido de sus comunicaciones). Consecuentemente, siendo esta la única prueba efectiva del incumplimiento, su nulidad conlleva la del despido –aunque no estima la pretensión de la trabajadora de calificar la situación de auténtico acoso moral–, adicionando una indemnización por los daños morales (6.250 €). Como puede verse, la conexión con la sentencia López Ribalda *et alii* es absoluta, porque resulta determinante el juicio de idoneidad y menor sacrificio (imperativos del principio de proporcionalidad) del medio emprendido para lograr el fin.

En suma, no lleva razón el voto particular discrepante de la Sentencia López Ribalda *et alii* cuando dice que hay desconexión entre este fallo y la [sentencia Bărbulescu](#). Precisamente, la citada indemnización por daño moral nos sitúa en el único punto de desconexión relevante existente con la [sentencia Bărbulescu](#), como evidencia el voto particular parcialmente discrepante. Para esta última, el solo reconocimiento de la violación ya suponía una satisfacción justa para el trabajador, mientras que no lo entiende así la sentencia López Ribalda *et alii*. Al respecto, parece clara la crítica que merece la Gran Sala por esa decisión, pues supone convalidar plenamente, sin compensación económica, el despido de una persona a sabiendas que lo ha sido en violación de su derecho fundamental a la vida privada, por lo que, en el fondo, presupone una cierta visión moral de la situación (jurídicamente ha habido incumplimiento, pero materialmente quedó claro que había «fechorías» por el trabajador, en línea con lo que expresa, con excesivo celo ético y literario, el voto discrepante en el caso López Ribalda *et alii*). A mi juicio, al margen de cuál sea la suerte final del despido –si median otras pruebas válidas suficientes debe declararse procedente–, la vulneración del derecho humano siempre debe conllevar una indemnización por daño moral –art. 183 LRJS–, sin perjuicio de cuál sea en cada caso la concreta cuantía, atendiendo a las circunstancias y, ciertamente, también a la finalidad disuasoria –art. 183 LRJS–.

#### 4.3. *Corrección del «sentido práctico pro eficacia» de la jurisprudencia nacional: el carácter fuerte de la garantía legal de transparencia como condición de justo equilibrio*

A mi juicio, y a diferencia de lo que sostiene un sector de comentaristas, si bien mirado o evaluado, no hay realmente novedad dogmática o doctrinal, esto es, de principios jurídicos y de técnicas (contenido y límites del derecho humano a la protección de datos personales o el derecho a la intimidad; alcance y límites del derecho empresarial al control efectivo), ni en una ni en otra sentencia del TEDH. Frente a las tesis maximalistas, que entienden producida casi una conmoción en la doctrina precedente, parece clara en el TEDH la continuidad de doctrina. Pero también

frente a las tesis minimalistas, que consideran que no hay nada realmente nuevo o relevante fuera de los casos concretos afectados, es manifiesto igualmente que sí pretende dejar sentadas bases más precisas y operativas para un juego práctico de sus principios y de sus técnicas precedentes más útil (garantía de efecto útil del sentido de límite jurídico al poder de control tecnológico empresarial) o, en los términos que gusta al TEDH, para garantizar un «equilibrio (más) justo» en la práctica, no solo en abstracto, pura retórica de los derechos. De ahí mi visión más equilibrada o transaccional, o más modulada, no ecléctica, sino ponderada, que atiende tanto a las razones de protección de los derechos fundamentales como a razones de control de la empresa.

Para intentar acreditarla, bastará con recordar brevemente la situación jurisprudencial española. Y para darle mayor objetividad a mi planteamiento acudiré a la valoración y palabras de la mismísima Sala Social del Tribunal Supremo. La [STS, Pleno, 77/2017, de 31 de enero](#), segunda que aplica (primero fue la [STS de 7 de julio de 2016, rec. 3233/2014](#)), en el fondo, la [doctrina Bărbulescu I](#), que es la seguida por la [STC 39/2016](#), resume así la valoración práctica que le merece la doctrina constitucional: «(...) debe tenerse presente (...) la nueva doctrina que ha sentado el TC (...), donde ha rebajado las exigencias informativas que debe facilitar la empresa al trabajador cuando instala un sistema de video-vigilancia, como luego se verá». Y tanto que se vio. A partir de esta dura, pero realista, valoración del significado de devaluación práctica de la garantía informativa, como presupuesto mínimo (máximo sería el consentimiento) de legitimidad de ejercicio del poder de control, dada al nuevo rumbo emprendido por la doctrina constitucional, la Sala Social del Tribunal Supremo, a su vez, se orientará a debilitar más tal garantía, hasta hacerla retórica, con cierto retorcimiento del principio. Precisamente, el sentido de la jurisprudencia del TEDH es el contrario: restaurar el sentido práctico de esa garantía sin alterar sus fundamentos teóricos ni la regla legal, como acredita la Sentencia López Ribalda *et alii*, que se limita a aplicar, en serio, eso sí, el artículo 5 de la [LOPD](#).

Esta valoración, meramente práctica, sin alteración de contenidos doctrinales ni, por lo tanto, urgencia de cambio legislativo alguno, en este punto —otra cosa es la necesidad de que haya más dedicación legislativa a la dimensión laboral de la protección de datos personales— se verifica igualmente si se atiende a las doctrinas de suplicación en juego para la unificación. En el centro del análisis está la propia tensión interna en la sala catalana en torno a cómo dilucidar este tema, en la medida en que unas secciones asumían plenamente la doctrina constitucional mayoritaria y otras, en realidad, la de la minoría discrepante (ej. STSJ de Cataluña de 7 de diciembre de 2015, rec. 3735/2015, casada por [STS 96/2017, de 2 de febrero](#)). Pero todas parten siempre de la misma doctrina general y del mismo triple test.

¿Por qué llegan a conclusiones tan opuestas? El resultado valorativo es contradictorio y por tanto el juicio de previsibilidad del fallo incierto —y dilatorio— porque, en el plano de la política judicial del derecho a la protección de datos personales (y de libertad informática), se mantienen preferencias distintas respecto de uno de los dos valores en juego (efectividad del derecho fundamental, eficacia de la facultad empresarial de control del cumplimiento). La orientación mayoritaria se inclina a salvar, haciendo interpretaciones amplias del poder y estrechas del derecho, lo contrario de lo debido jurídicamente («ley del embudo» invertida: lo ancho para el poder, que

ahora se beneficia de la protección como derecho fundamental *ex art. 16 CDFUE*; lo estrecho para la libertad del trabajador). Justamente esto es lo que cambia la jurisprudencia del TEDH, a fin de que tanto el juicio de transparencia (el deber serio de información específica y previa) como el juicio de proporcionalidad (razonabilidad del sacrificio en virtud de la solvencia del fin empresarial perseguido) sean equilibrados de verdad, no pura retórica o juego nominal, abstracto, mero vaciamiento práctico de uno de los valores, sacrificado en el altar del otro.

Por eso, el Tribunal Supremo aceptará que unas cámaras que se ponen «por razones de seguridad» (pública) se reinterpreten como «seguridad patrimonial del empleador», evitando hurtos (*STS 77/2017*, cit.). El control por seguridad termina en control de eficacia empresarial (rechazado de forma expresa por la garantista *STC 29/2013*). Y también sobre esas bases debilitadas de aplicación práctica, en aras de una posición pro sanción de los hurtos constatados (en realidad hay una posición ética detrás, como en el voto particular de la sentencia López Ribalda *et alii*: quien roba en la empresa no puede quedar sin castigo), el Tribunal Supremo se permitirá ciertos juicios vacuos –si no cónicos–: la deficiencia informativa es administrativa, no laboral, por lo que el trabajador siempre puede denunciar ante la AEPD (*STS 86/2017*, cit.).

¿Y si el empleador elige poner las cámaras sin informar previamente a los trabajadores de su finalidad, pero siendo perfectamente visibles para todos ellos que están? Pues también serviría para orillar la prohibición legal de información previa y específica, no equívoca, por la aplicación tácita, aun sin referirla, de la excepción prevista en el artículo 5.3 de la *LOPD*: deberá entenderse que el trabajador «conocía que la empresa había instalado un sistema de control por video-vigilancia, sin que esta deba especificar, más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que le ha asignado a ese control...» (*STS 96/2017*, de 2 de febrero).

Sin embargo, el correcto juicio de ponderación, clásico, pero remozado prácticamente con el TBGP, reafirmado también para la videovigilancia por la Sentencia López Ribalda *et alii*, impediría legitimar prácticas empresariales de este tipo. Primero, porque la información debe ser, al menos con carácter general, previa y específica, no equívoca o genérica, presunta. En segundo lugar, porque la idea de que la falta de cumplimiento del deber informativo sería una pura cuestión administrativa, a ventilar en esa sede, también por el trabajador, además de no realista –aunque cada vez más frecuente, por la cultura ciudadana de los trabajadores actuales también en este ámbito–, es rechazada por el TEDH, dando relevancia a ese incumplimiento, que la doctrina de suplicación catalana había rechazado (aplicando la doctrina del Tribunal Constitucional de devaluación de deberes informativos específicos, incluso colectivos; *STC 186/2000*).

¿Y dónde queda, pues –cabría preguntarse legítimamente desde el punto de vista de la abogacía de empresa–, el interés del empleador en esta jurisprudencia de restauración fuerte del sentido práctico de los límites a los poderes de control empresarial de datos personales de los trabajadores durante su tiempo de trabajo? Si el sentido de la jurisprudencia del TEDH es el de asegurar un equilibrio justo, real, serio, concreto, no solo nominal, abstracto, ¿debería de valer también para el empleador, no? Naturalmente que sí.

Del lado de los empresarios, debe valorarse, en primer lugar, que el TEDH ofrezca pautas, a partir del precedente Köpke, que pueden dar respuesta positiva a un interrogante: aunque en el Derecho español, la exigencia de transparencia es clara, a diferencia del alemán, podría aceptarse la validez, en ciertas circunstancias excepcionales, de una grabación oculta, pero limitada en el tiempo y selectiva, para detectar irregularidades fundadas por exigirle la finalidad buscada. En segundo lugar, es reseñable el rechazo del TEDH a que la ilegalidad de la prueba de grabación contamine todo el proceso judicial por despido, pudiendo prosperar la procedencia si hay otras pruebas relevantes. Más aún. Incluso esa prueba ilegal tiene camino. En efecto, con dudosa corrección, el TEDH acepta la valoración de los jueces nacionales según la cual no hubo vicio alguno al jugar el empresario con la prueba inválida a fin de provocar «el arrepentimiento de los trabajadores» (facilita la prueba de confesión) y/o la «complicidad de compañeros» (prueba testifical). Hasta el punto de que facilita formalizar esa «presión moral» (que en algunos casos incluso puede ser intimidación psíquica) para forzar «acuerdos transaccionales». De ahí, una vez más, la necesidad de una genuina y coherente política de transparencia y de consentimiento informado (recabar de los trabajadores el consentimiento, si no individual sí colectivo, de las políticas de control tecnológico, a fin de que la garantía sea real, no formal).

#### 4.4. *Punto de vista social: hacia un modelo más justo y democrático de control del obligado cumplimiento efectivo de las obligaciones laborales*

Como reza el dicho latino, *errare humanum est, sed perseverare diabolicum* (errar es humano, pero perseverar [en el error] es diabólico). Creo haber acreditado que tanto el Tribunal Constitucional español como el Tribunal Supremo emprendieron, sobre todo a partir de 2013, un camino desviado («camino de perversión» de la dogmática constitucional del derecho a la protección de datos), más sociológico y ético que jurídico, que ya debería tener levantada su acta de defunción. Pero no porque en las sentencias del TEDH haya nada realmente novedoso en su dogmática, ni siquiera una inclinación marcada del TEDH a favor del derecho del trabajador en detrimento de los derechos contractuales, organizativos y patrimoniales del empleador (una suerte de uso social de garantía alternativa favorable al trabajador frente al uso de garantía civil de la propiedad). En realidad, no hay cambio relevante, ni dogmático ni de política del derecho humanitario del TEDH, que sigue legitimando plenamente el ejercicio efectivo del poder empresarial de control tecnológico. Pero, eso sí, reclama de los sujetos concernidos que no sea abusivo, esto es, que mantenga un justo equilibrio. ¿Y eso qué significa realmente?

Que el empleador debe tener una política de uso y control de los medios tecnológicos clara e informar adecuadamente de sus fines en cada caso, eludiendo opacidad y la sorpresa. Nada que no estuviese ya en la [STC 29/2013](#). Soy consciente de que la situación precedente a la jurisprudencia del TEDH última era mucho más sencilla de aplicar, proporcionando seguridad jurídica a los empresarios y a las consultoras de recursos humanos. Pero, naturalmente, la simplicidad y la confianza de unos se hace a costa de la evanescencia y la inseguridad de los otros, por lo que lo ganado en seguridad jurídica se perdía en justicia. El TEDH quiere corregir esa simplicidad introduciendo, más que complejidad, seriedad, más que rigorismo formalista, concreción informativa (transparencia real), de modo que se equilibre la seguridad jurídica para los dos sujetos del contrato de trabajo, con la justicia prestacional también para ambos.