

A VUELTAS CON LA VIDEOVIGILANCIA COMO CONTROL DE LA PRESTACIÓN LABORAL Y EL JUICIO DE PONDERACIÓN

IN A RETURN WITH VIDEO SURVEILLANCE AS A CONTROL OF LABOR BENEFIT AND THE WEIGHTING JUDGMENT

M.^a Elisa Cuadros Garrido

Profesora Contratada Doctora. Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. <https://orcid.org/0000-0003-0297-5330>
mariaelisa.cuadros@um.es

Palabras clave: Videovigilancia permanente, cámaras ocultas, protección de datos, derecho a la intimidad, principio de proporcionalidad.

Keywords: Permanent video surveillance, hidden cameras, data protection, right to privacy, principle of proportionality.

Resumen: Dentro de las Tecnologías de la Información y la Comunicación uno de los mecanismos de control de la prestación laboral que más giros doctrinales produce en la jurisprudencia es la videovigilancia, probablemente por la configuración del derecho a la protección de datos que no se encuentra cerrada a día de hoy, lo que genera problemas de interpretación y constante readaptación. El presente estudio trata de sistematizar las diferentes fases existentes en la doctrina judicial constitucional, para proceder terminando con una reflexión sobre un posible uso excesivo del principio de proporcionalidad utilizado como canon de enjuiciamiento en esta materia.

Abstract: Within Information and Communication Technologies, one of the control mechanisms of labor provision that produces the most doctrinal twists in jurisprudence is video surveillance, probably due to the configuration of the right to data protection that is not closed today, which generates problems of interpretation and constant readaptation. The present study tries to systematize the different phases existing in the constitutional judicial doctrine, to proceed ending with a reflection on a possible excessive use of the principle of proportionality used as a canon of prosecution in this matter.

Sumario: I. DELIMITACIÓN. II. NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA. 2.1. Nivel europeo. 2.2. Ámbitonacional. III. PRIMERA ETAPA EN LA DOCTRINA DE LA VIDEOVIGILANCIA. 3.1. Alcance de la fase. 3.2. Grabaciones en el Casino de la Toja. 3.3. El caso del economato de Ensidesa. IV. SEGUNDA ETAPA EN LA DOCTRINA DE LA VIDEOVIGILANCIA. 4.1. Delimitación. 4.2. El caso de la Universidad de Sevilla. V. TERCERA ETAPA EN LA DOCTRINA DE LA VIDEOVIGILANCIA. 5.1. Razonamiento. 5.2. El caso Berska. 5.3. El caso López Ribalda y otras. VI. CUARTA ETAPA EN LA DOCTRINA DE LA VIDEOVIGILANCIA. 6.1. Delimitación. 6.2. STC 119/2022 de 29 de septiembre. VII. DOS ÚLTIMAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE VIDEOVIGILANCIA.

7.1. Empleada de hogar grabada. 7.2. Videovigilancia a una funcionaria de la AEAT. VIII. Consideraciones finales.

I. DELIMITACIÓN

Los poderes empresariales, hunden sus raíces en el principio de libertad de empresa y se desgranán en una serie de facultades de contenido muy variado que principalmente se encaminan a la ordenación, al control y la disciplina en el trabajo. Las facultades de control y vigilancia empresarial, que se reconocen al empleador, exceden con mucho a las de normal comprobación de que se ejecuta lo convenido, como puede observarse en cualquier otra relación jurídica; este carácter, en cierto modo exorbitado, se suele justificar por las peculiaridades de la relación laboral.

Un aspecto social como el trabajo puede ser supervisado mediante videovigilancia, ya que el desarrollo del mismo no es un acto íntimo siempre que tal control se mantenga dentro de los límites estrictamente laborales y no sea arbitrario. Todo lo cual guarda relación directa con los derechos fundamentales del trabajador, que ejercen como una barrera frente a esta potestad empresarial. No puede desconocerse que la inserción en la organización ajena que supone el contrato de trabajo modula los derechos fundamentales en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva. El trabajador al ser contratado queda sometido a las instrucciones y controles del empresario, lo que supone una limitación o modulación de sus derechos fundamentales. Cabe apuntar que tal aseveración ha sido difundida por la propia jurisprudencia constitucional¹.

La idea de modulación de los derechos fundamentales entraña un proceso de reflexión que ha de desarrollarse en tres pasos sucesivos:

1. La delimitación del derecho en cuestión.
2. La identificación de los bienes o derechos afectados por su ejercicio.
3. La búsqueda en su caso de criterios razonables y proporcionados para la adecuada resolución de eventuales situaciones de conflicto.

El modo jurídico en que se solventa este dilema, puesto que el legislador no tiene obligación reconocida legalmente de regular con mayor o menor detalle las distintas esferas de los derechos constitucionales, ha sido establecido por la jurisprudencia a través de la técnica de la ponderación entre derechos y bienes constitucionales y la modulación de su ejercicio conforme al criterio de la buena fe.

La modulación trata de articular un sistema que permita al trabajador ejercitar, sin desvirtuarlos, sus derechos fundamentales y libertades públicas aun en el seno de la relación de trabajo; que habrá de respetar, porque los deberes contractuales que ahora chocan con sus derechos fundamentales han sido asumidos voluntariamente por él (art. 5 a) Estatuto de los Trabajadores² (ET). En ese forcejeo se busca evitar que los derechos constitucionales cedan

1 STC 99/1994, de 11 de abril (ECLI:ES:TC:1994:99).

2 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 255, de 24/10/2015.

absoluta y desproporcionadamente ante los deberes laborales, puesto que aquellos son inherentes a la dignidad de la persona, y constituyen el fundamento del orden público y la paz social (art. 10.1 Constitución Española³ (CE)).

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado a favor de que las resoluciones judiciales preserven el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito modulado por el contrato. Dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación solo deberá producirse en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado respeto de los derechos fundamentales del trabajador. Ello significa que, aunque el empresario pueda controlar el cumplimiento por los trabajadores de sus obligaciones laborales, deberá atenerse siempre a los límites que les vienen impuestos con respecto a los derechos constitucionales de aquellos y ello supone dos cuestiones:

- La modulación que el contrato de trabajo puede producir en el ejercicio de los derechos fundamentales ha de ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales, así como proporcional y adecuada a la consecución de tal fin.
- La omisión de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales del trabajador frente a lesiones padecidas en el ámbito de la relación laboral puede ser impugnada a través del recurso de amparo constitucional, como si fuese la resolución judicial la que incurriese en la vulneración de aquellos.

El hecho de que se deje a la casuística una temática tan delicada como el ejercicio de los derechos fundamentales en un contexto de dependencia jurídica tiene como resultado que, de entre los diversos derechos inespecíficos, se hayan producido protecciones de distinto grado ya que la modulación implica una relativización del planteamiento; existen derechos constitucionales, pero modalizados. Todo ello, en suma, desemboca en un juicio de razonabilidad; y sabido es que tal campo nos lleva al ámbito de la subjetividad.

Para el desarrollo del juicio de razonabilidad el principio de proporcionalidad supone el criterio metodológico que se viene empleando para resolver el conflicto de constitucionalidad. Tal razonamiento cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales sirve para controlar cualesquiera actos que inciden sobre los intereses de los particulares.

Los primeros antecedentes del principio de proporcionalidad en el Derecho Público español datan de mediados del S. XX, cuando comenzó a ser utilizado en la jurisdicción contencioso-administrativa para la fundamentación de sus decisiones. La Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 3.^a de 20 de febrero de 1959, fue pionera de esta corriente jurisprudencial sostuvo que los principios generales del Derecho constituían un límite a la potestad reglamentaria, aplicando el principio de proporcionalidad. Tras la promulgación de la Constitución Española y, posteriormente, con la (hoy derogada) Ley 30/1992⁴, esta tendencia se propagó a otros campos del control de la actividad administrativa: urbanismo, medio ambiente, liquidación de impuestos municipales, construcción, imposición de medidas cautelares, sanciones administrativas, etc. y en general, al ejercicio de los poderes discrecionales. El propio Tribunal

3 Constitución Española BOE núm. 311, de 29/12/1978.

4 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. BOE núm. 285, de 27/11/1992.

Supremo ha señalado la sorprendente difusión del principio de proporcionalidad a lo largo y ancho de su jurisprudencia administrativa.

El principio de proporcionalidad también ha sido adoptado por el Tribunal Constitucional como uno de sus criterios estelares, para la fundamentación de sus decisiones⁵. En esta jurisdicción se ha aplicado en los asuntos de la más variada índole. La principal novedad de los últimos años radica, en el intento del Tribunal Constitucional español «de formalizar este principio», es decir, llenarlo de contenido mediante diversos criterios que permitan disminuir, en la medida de lo posible, su indeterminación.

La utilización formal, a partir de mediados de la década de los noventa del «test alemán» de la proporcionalidad, esto es, de los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, ha convertido a este principio en uno de los protagonistas de la jurisprudencia constitucional.

En Alemania el principio de proporcionalidad comenzó siendo empleado tanto en Derecho Administrativo como en Derecho Constitucional, y se ha extendido durante estos años por Europa, gracias al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y, sobre todo, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El principio de proporcionalidad en el ámbito europeo es el criterio utilizado para decidir si la intervención de las autoridades nacionales es arbitraria. La proporcionalidad ha ido cada vez adquiriendo cada vez más importancia ha sido reconocida como uno de los principios centrales que gobiernan en la aplicación de derechos y libertades en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)⁶. Su importancia se ve reflejada en el hecho de que sirve habitualmente como último filtro para la evaluación de la legitimidad en las interferencias con el derecho a la vida privada⁷.

Por su parte, la jurisprudencia europea ha sido emulada por otros Tribunales Constitucionales Europeos, el francés, el italiano, el portugués, el austriaco, el húngaro, el checo, el esloveno, el estonio, el español y por la Jurisdicción Constitucional Suiza.

La regla argumentativa que define la ponderación en sentido estricto fue esbozada por el Tribunal Constitucional Alemán y enunciada doctrinalmente por ALEXY⁸, según la ley de la

5 El principio de proporcionalidad fue enunciado en la STC 37/1998, de 17 de febrero (ECLI: ES:TC:2017:17) en relación con la vulneración del derecho de huelga por la grabación de imágenes realizada por la Ertzaintza a un piquete de huelga informativo. Asimismo, también había sido utilizado para valorar diversas medidas que afectaban a derechos fundamentales, entre los que podemos citar, a título de ejemplo, la libertad de expresión de la STC 1/1998 de 12 enero (ECLI: ES:TC:1998:1) y el derecho de reunión de la STC 66/1995 de 8 de mayo (ECLI: ES:TC:1995:66).

6 Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570.

7 ÁLVAREZ ALVITE, A: «El derecho a la vida privada en la doctrina del Tribunal europeo de Derechos Humanos: un largo camino por recorrer», *Revista Aranzadi de la Unión Europea*, n.º 5, 2022.

8 Filósofo del Derecho, jurista alemán y catedrático de Derecho público y Filosofía del Derecho de la Universidad Christian-Albrechts de Kiel, hasta su retiro a finales de 2013. Es uno de los más destacados creadores y defensores de la teoría de la ponderación. Robert Alexy desarrolló el modelo del constitucionalismo y mostró la omnipresencia de los derechos y de la Constitución, la primacía de

ponderación, que tiene el sentido siguiente: cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro⁹. El resultado del examen de ponderación consiste en una relación de precedencia condicionada, porque uno de los dos intereses en pugna adquiere prioridad. En este sentido, el Tribunal Constitucional estableció en la STC 320/1994, de 28 de noviembre¹⁰, que, en caso de colisión de derechos fundamentales, la solución consistirá en otorgar la preferencia de su respeto a uno de ellos, justamente aquel que lo merezca, tanto por su propia naturaleza, como por las circunstancias concurrentes en su ejercicio.

No se trata, sin embargo, de establecer jerarquía de derechos ni prevalencias, *a priori*, sino de conjugar, desdeñ la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca para terminar decidiendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la Constitución señala, explícita o implícitamente.

La formulación del principio de proporcionalidad puede servir para dar respuesta a problemas interpretativos que se pudieran plantear, con el llamado «triple test». Es necesario comprobar si se cumplen los tres requisitos o condiciones siguientes:

1. Juicio de idoneidad

El subprincipio de idoneidad es también conocido con el nombre de «subprincipio de adecuación». De acuerdo con el concepto juicio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Y aplicándolo al control empresarial, si la medida del empleador es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, supera la idoneidad. De modo que se convierte, de inicio, en legítimo cualquier interés empresarial que pueda ser satisfecho por la medida de control; lo único que se precisa es adecuación.

2. Juicio de necesidad

El subprincipio de necesidad se denomina también subprincipio de «indispensabilidad» en la doctrina alemana, pero en la española se ha acuñado de forma unánime el concepto necesidad. El juicio de necesidad implica la comparación entre la medida adoptada por la empresa, y otros medios alternativos que se pudieran haber escogido.

En esta comparación se examina si alguno de los medios opcionales logra cumplir dos exigencias: en primer lugar, si reviste el grado de idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo inmediato de esta última; y, en segundo término, si afecta al derecho fundamental en un grado menor. Es decir, que no exista otra medida más moderada para la consecución del propósito

esta frente a la ley o la consideración de los órganos de adjudicación, en particular los tribunales constitucionales como órganos primarios. *Vid.* SEOANE RODRÍGUEZ, J. A.: «Todo exceso es insano, también para el Derecho. Comentario a la Ponencia del Dr. Carsten Bäker», AA.VV, ELÓSEGUI ITXASO, M.: *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 Aniversario*, Marcial Pons, 2016, pág. 245.

9 ALEXY, R.: «La fórmula del peso» en AA.VV, CARBONEL, M. (Coord.): *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, ed. Carbonell, 2008, págs. 13-42.

10 STC 320/1994, de 28 de noviembre (ECLI:ES:TC:1994:320).

perseguido por la empresa con igual eficacia. Con la expresión «igual eficacia» se hace referencia al parámetro para verificar, el carácter necesario o indispensable de la instalación de una cámara en un determinado lugar del trabajo, por ejemplo, para lo cual se ha de realizar una atenta valoración de otros medios posibles, el examen de su idoneidad y de la intensidad con que afecta negativamente al derecho fundamental; pues estos son los aspectos determinantes del juicio de necesidad.

Los subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas. En ellos la ponderación no juega ningún papel. Se trata de impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales, que sean evitables, sin menoscabo de otros principios, se trata, en definitiva, del «óptimo de Pareto»¹¹.

3. Juicio de proporcionalidad, en sentido estricto

Conforme al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, también conocido como juicio de ponderación en nuestro país, y en la doctrina alemana, como juicio de adecuación, nos referimos a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Existen autores que utilizan el principio de proporcionalidad y el principio de ponderación como sinónimos, también hay otros que opinan que su coincidencia solo es parcial. La posición más coherente, nos parece la de BERNAL PULIDO, que identifica la ponderación con el principio de proporcionalidad en sentido estricto, por lo que es considerado una parte de principio de proporcionalidad, ya que la ponderación es el procedimiento de aplicación jurídica mediante el cual se establecen las relaciones de prelación entre principios en colisión¹².

La importancia de la intervención del derecho fundamental debe estar justificada por la magnitud del fin perseguido por el empleador; las ventajas que se obtienen mediante la intervención del empresario en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para el trabajador. En resumen, si la medida es ponderada o equilibrada, porque derivan de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios o valores en conflicto.

Para llevar a cabo esta comparación es imprescindible haber fijado la magnitud de la importancia de los dos objetivos perseguidos, respectivamente, de manera positiva y de manera negativa. Por un lado, proteger los derechos fundamentales del trabajador y; por otro lado, lo que se obtendría con la intervención empresarial. De acuerdo con la nomenclatura, ya usual en la doctrina, dicha magnitud se conoce como «el peso»; se tiende a reducir el enjuiciamiento de las pretensiones a un problema de peso, cuanto más intensa sea la intervención en el derecho fundamental, mayor será el peso del derecho de la ponderación. Correlativamente, cuanto más intensa sea la realización de la finalidad perseguida por el empresario y que fundamenta la medida de control, mayor será su peso en la ponderación.

11 Concepto de la economía que consiste en que, partiendo de una asignación inicial de bienes entre un conjunto de individuos, si se realiza un cambio nueva asignación que al menos mejore la situación de un individuo sin hacer que empeore la situación de los demás, se denominaría mejora de Pareto. Una asignación se define como «pareto-eficiente» o «pareto-óptima» cuando no pueden lograrse nuevas mejoras de Pareto. Término que tiene aplicaciones en ingeniería y diferentes ciencias sociales y que recibe su nombre a partir del economista italiano Vilfredo Pareto, quien utilizó este concepto en sus estudios sobre eficiencia económica y distribución de la renta.

12 BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, «Centro de Estudios Políticos y Constitucionales», 2007, pág. 581.

En estos casos, según ALEXY, «uno de los principios tiene que ceder ante el otro». Por tanto, no cabe confundir el valor o peso específico del bien jurídico con la técnica o garantía de protección, de tal forma que no existe de antemano una jerarquía que haga prevalecer automáticamente unos derechos sobre otros. Llegados a este término, como ya hemos apuntado anteriormente, el punto débil de la referida técnica consiste en que la ponderación actúa como un «mandato de optimización», los intereses a ponderar se convierten en un problema de peso; el reproche a la teoría de los principios se centra en señalar que es incapaz de determinar de forma adecuada, por un lado, la relación entre los derechos fundamentales y el control constitucional, y, por otro lado, de éstos con la democracia¹³.

Finalmente, cabe destacar que la recepción de la doctrina de ALEXY tiene voces críticas como la de POSCHER¹⁴ que califica la técnica del principio de proporcionalidad como algo que se ha hipertrofiado al abarcar la metodología y la teoría de las normas, por lo que se encuentra asentada bajo errores ya que las reglas y los principios son estructuralmente idénticos con lo cual critica que la distinción entre dichos conceptos se vincule a la distinción entre subsunción y ponderación¹⁵.

También se argumenta que para desarrollar el principio de proporcionalidad es necesario contar con criterios valorativos para seleccionar cuáles son estas circunstancias que tanta incidencia tienen en la de noción del peso de los elementos en conflicto y ALEXY pasa por alto esta cuestión. En cambio otros modelos de ponderación, como el método de HURLEY, solucionan mejor el problema, porque en lugar de una referencia genérica abstracta a las circunstancias del caso que por sí sola no ofrece ninguna guía para la selección de las propiedades, HURLEY propone una acotación de «propiedades relevantes admisibles», determinadas en función de su aptitud para incidir en las que fundamentan las distintas soluciones del caso: son aquellas que guardan alguna incidencia a la hora de satisfacer o impedir la satisfacción de las razones en pugna. Por tanto, resulta más eficaz en cuanto prevé criterios para determinar el marco de aquellas circunstancias que pueden resultar relevantes para la resolución del conflicto, en función de la incidencia en las razones que fundamentan cada posible solución del supuesto¹⁶.

Por su parte, el norteamericano constitucionalista FORSTHOFF considera que con el principio de proporcionalidad el intérprete se ve compelido a llevar a cabo valoraciones subjetivas, por lo que cada aplicación de este principio constituye una intervención ilegítima del juzgador. En consecuencia, Tribunal Supremo Federal de Estados Unidos, carece de legitimidad para aplicar el principio de proporcionalidad, dado que la aplicación de este principio no puede orientarse por criterios jurídicos completamente ciertos. Este método en la actualidad se ha convertido en una fórmula formalista y rígida por lo que considera que se ha de proceder a buscar nuevas técnicas de enjuiciamiento¹⁷.

13 ALEXY, R.: «Principios formales», *DOXA, cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 37, 2014, pág. 16.

14 Catedrático de Filosofía del Derecho y de Derecho Público de la Universidad Albert-Ludwig de Friburgo (Alemania).

15 POSCHER, R.: «Teoría de un fantasma: la búsqueda infructuosa de la teoría de los principios por su objeto» en AA.VV, ELÓSEGUI ITXASO, M: *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 Aniversario*, Marcial Pons, 2016, págs. 140-141.

16 MARTÍNEZ ZORRILLA, D.: «Alternativas a la ponderación. el modelo de Susan I. Hurley», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 86, 2009.

17 Alexander Aleinikoff es uno de los juristas de mayor relevancia en las discusiones del Derecho Constitucional norteamericano, considera que cuando el Juez Constitucional, lleva a cabo una

Por su parte, GOÑI SEIN sostiene que la regla del triple test es insuficiente por su escaso grado de efectividad, y propone la autotutela informativa como elemento de cierre del juicio de legitimidad de la actividad de control empresarial, que integra las reglas y requisitos que conciernen a las actividades de recogida de información, e incorpora las condiciones de licitud del tratamiento de datos del trabajador¹⁸.

II. NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA

2.1. Nivel europeo

El CEDH, regula en su art. 8, sobre el Derecho al respeto a la vida privada y familiar¹⁹.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en algún caso sobre ciertas medidas de control o interceptación de comunicaciones en el lugar del trabajo, que pueden considerarse lesivas del derecho de la vida privada de los empleados, en concreto de su derecho a la intimidad. Ciertamente ello podría resultar sorprendente porque de la literalidad del art. 8 del CEDH, cabría inferir un ámbito de aplicación circunscrito a las injerencias de los poderes públicos, dejando al margen la vigilancia ejercida por los empresarios en el contexto laboral; sin embargo, no es esa la interpretación de la Corte de Estrasburgo. Se ha declarado la existencia de lesión del derecho al respeto de la vida privada en diversos supuestos de utilización de medios técnicos de control a distancia en ámbitos profesionales; también incluso cuando son los propios empleadores o superiores jerárquicos los que ordenan la interceptación, la grabación o registro de las llamadas telefónicas desde su puesto de trabajo. Dos ejemplos de este tipo de acciones, los encontramos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las sentencias de los, casos *Halford y Copland*.

ponderación, termina inevitablemente ejerciendo la función de armonizar los intereses sociales que en todo Estado Democrático está atribuido al poder legislativo. *Vid.:* ALEINIKOFF, A: *El Derecho Constitucional en la era de la ponderación*, Palestra, 2015.

18 GOÑI SEIN, J.L.: «Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos», *Justicia Laboral*, n.º 39, 2009, pág. 19.

19 «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás». El Consejo de Europa protege el derecho a la vida privada de la persona en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. El primer párrafo de dicha disposición afirma que «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia». Lo primero que debemos destacar de este precepto es que impone dos tipos de obligaciones. De un lado, una obligación negativa, esto es, el mandato de evitar una injerencia contra cualquier derecho contenido en el art. 8.1 CEDH. Por otro lado, una vertiente positiva, es decir, la obligación de tomar medidas para proteger la vida privada de las personas. El art. 8.2 CEDH establece que para que la injerencia en la vida privada de la persona esté justificada, es que dicha intromisión esté «prevista por la ley». Debemos reseñar que el incumplimiento de este requerimiento lleva en última instancia, a que el TEDH estime que ha habido una violación del artículo 8 del Convenio.

Con las referidas sentencias el criterio de la expectativa razonable de privacidad²⁰, fue incorporado de manera expresa, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los términos que establecen las SSTEDH de 25 de junio de 1997²¹ —caso Halford²²— y de 3 de abril de 2007²³ —sentencia Copland²⁴— para valorar la existencia de una lesión del art. 8 del Con-

20 Hay que aludir primero, a los antecedentes, que parten de la interpretación dada por la *Supreme Court* a la Cuarta Enmienda de la Constitución Americana, que contempla la protección contra persecuciones e investigaciones irracionales, y sirvió de base para sentar el criterio de la expectativa razonable de intimidad, conocido también como *expectation of privacy test* o *Katz-test*. El caso *Katz v. United States*, 389. Vs. 347, resuelve la legalidad del seguimiento del ciudadano estadounidense Charles Katz por agentes del FBI, con motivo de ser sospechoso de traficar de manera ilegal con información confidencial sobre apuestas, se sabía que solía hacer uso siempre de una misma cabina telefónica de los Ángeles para llamar a sus contactos de Miami y Boston, el FBI en las inmediaciones de la red telefónica colocó un micrófono para grabar las conversaciones, material que se convirtió en la base esencial de su posterior condena. El fallo fue desestimatorio para el señor Katz; porque la esencialidad de la Cuarta Enmienda exigía la existencia de contacto físico, bien con la persona objeto de investigación, bien con cualesquiera bienes u objetos que fueran de su propiedad. Posteriormente, el Tribunal Supremo estadounidense, a lo largo de una extensa y gradual jurisprudencia, ha considerado implícito un «*right to privacy*» en la garantía de la Cuarta Enmienda frente a registros y requisas arbitrarias (*unreasonable searches and seizures*), que limita la intrusión del gobierno en las personas, domicilios, documentos y efectos personales, incluyéndose no sólo los supuestos de invasión material (*physical trespass*) sino también de vigilancia electrónica. STEDH de 25 de junio de 1997 (TEDH 1997\37).

22 El caso Halford contra el Reino Unido, como ya hemos apuntado, constituye el primero en el que se llevó a cabo una utilización explícita de la doctrina de la expectativa de privacidad. Los hechos que se declararon probados en la sentencia son los siguientes: - La demandante, llamada Alinson Halford, era inspectora general de la policía británica de Merseyside. - Antes del proceso ante el TEDH, presentó una demanda por vulneración del principio de igualdad ante un tribunal de trabajo, debido a que se rechazó en sucesivas ocasiones su candidatura a un ascenso; y, sin embargo, según sostenía, se concedió a colegas con menos méritos, pero todos de sexo masculino. - Halford tenía derecho a un despacho para su uso exclusivo y en él hacía uso de dos teléfonos, uno de los cuales era para sus comunicaciones privadas y otro de trabajo (Estos teléfonos formaban parte de un sistema interno de comunicaciones de la policía, independiente de la red pública). - La inspectora tuvo conocimiento de que se habían interceptado sus llamadas telefónicas y solicitó a la comisión competente en su país, en materia de interceptaciones de comunicaciones que abriera una investigación puesto que consideraba que tal medida se había realizado para obtener información que sería utilizada contra ella en el curso del procedimiento en materia de discriminación. Como el amparo se le denegó en el país inglés agotadas todas las vías legales en el mismo, acudió al TEDH. El TEDH consideró que la interceptación de las llamadas de la demandante representaba una violación del art. 8 del CEDH. Para el Tribunal se desprende claramente de su jurisprudencia que las llamadas telefónicas que proceden de locales profesionales, al igual que las procedentes del domicilio, pueden incluirse en los conceptos de «vida privada» y de «correspondencia» citados en el apartado 1 del artículo 8 del Convenio de Roma. No había pruebas de que a la Sra. Halford se le hubiera avisado, en calidad de usuaria de la red interna de telecomunicaciones de la policía, de que las llamadas efectuadas mediante la misma podían ser interceptadas.

23 STEDH de 3 de abril de 2007 (TEDH 2007\23).

24 En el caso Copland contra el Reino Unido, el TEDH estima que el almacenamiento de la información personal sobre el teléfono de la demandante, su email y el uso que hace de Internet sin su consentimiento suponía una interferencia con su derecho a la vida privada del art. 8 de la CEDH. Durante

venio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos; y a través de este ha pasado a formar parte de la jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo²⁵ y posteriormente de la del Tribunal Constitucional²⁶. El referido criterio podría resumirse en la siguiente máxima: un ciudadano no puede ser sometido a una injerencia sobre su privacidad con la que no pudiera contar en términos razonables.

Por otro lado, cabe mencionar, el Reglamento General sobre Protección de Datos (RGPD)²⁷ establece una normativa única, válida en toda la UE y aplicable al tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado del tratamiento en la Unión independientemente de dónde el tratamiento tenga lugar. Dentro del ámbito laboral²⁸ recoge en su art. 88 que las normas que establezcan los Estados deben incluir medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana de los interesados, así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales, prestando especial atención a la transparencia del tratamiento, a la transferencia de los datos personales dentro

-
- su empleo en un colegio estatal, el teléfono de la demandante, su email y el uso de internet estuvo sujeto a monitorización por parte de una institución británica ante las sospechas de que la recurrente estaba realizando un abuso de tarificación desde los terminales telefónico e informático. El TEDH declara el quebranto de la expectativa razonable de privacidad, porque la recurrente vivía en un ambiente de permisividad con el que se manejaba en su puesto de trabajo, lo que la había llevado a la creencia de que estaba libre del escrutinio de sus comunicaciones por parte del empleador.
- 25 SSTS 26 septiembre 2007 (rec.966/2006, ECLI:ES:TS:2007:6128), 8 marzo 2011 (rec. 1826/2010, ECLI:ES:TS:2011:1323), 6 octubre 2011 (rec. 4053/2010, ECLI: ES:TS:2011:8876) y 8 febrero 2018 (rec.1121/2015, ECLI: ES:TS:2018:594).
- 26 El arranque en la doctrina de la expectativa en la jurisprudencia constitucional fue más tardío, pues no tuvo lugar hasta la publicación de las SSTC 12/2012 de 30 de enero (rec. 1826/2010 ECLI:ES:TC: 2012:12) y 74/2012 de 16 de abril (ECLI:ES:TC: 2012:74) referidas ambas a un reportaje periodístico de investigación oculta, rodado en el interior de una clínica sospechosa de intrusismo profesional. En el ámbito laboral la primera sentencia del Tribunal Constitucional, en la que se recoge el mismo criterio de expectativa razonable de confidencialidad (se adapta el criterio al secreto de las comunicaciones), es la STC 241/2012, de 17 de diciembre (ECLI:ES:TC:2012:241) aplicado a enervar la eficacia de la inmunidad de la protección formal del art. 18.3 CE.
- 27 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 datos. DOUE 4 mayo 2016, L 112/1
- 28 Cabe destacar como otros aspectos relevantes que el tratamiento de datos está prohibido cuando 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 o la orientación sexuales de una persona física. Asimismo el Reglamento da la posibilidad a los Estados miembros de establecer normas más específicas, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral, en particular a efectos de contratación de personal, ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por el convenio colectivo, gestión, planificación y organización del trabajo, igualdad y diversidad en el lugar de trabajo, salud y seguridad en el trabajo, protección de los bienes de empleados o clientes, así como a efectos del ejercicio y disfrute, individual o colectivo, de los derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la extinción de la relación laboral.

de un grupo empresarial o de una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo. El RGPD contiene un exigente deber informativo, que ha de cumplirse a través de capas o niveles, el básico y el adicional. Además, establece una lista exhaustiva de la información que debe proporcionarse a los interesados y que comprende: la información sobre el responsable del tratamiento; la finalidad del tratamiento; el título que legitima el tratamiento; los destinatarios de las cesiones o transferencias de los datos; los derechos de las personas; los datos del delegado de Protección de Datos²⁹ y la procedencia o fuente de los datos.

2.2. Ámbito nacional

No existe en nuestra Constitución Española un precepto que se refiera de manera expresa a estas captaciones visuales, pero los derechos fundamentales inespecíficos garantizan los derechos de la persona trabajadora y del empleado público. Esencialmente, la videovigilancia puede entrar en colisión con los derechos fundamentales del art. 18.1 CE referidos al honor, intimidad y a la propia imagen³⁰, así como el derecho a la autodeterminación informativa art. 18.4³¹ CE.

Las numerosas sentencias que se han enfrentado con problemas relacionados con la captación y transmisión de las imágenes de las personas por un sistema de videovigilancia comienzan por destacar que la imagen es un dato de carácter personal protegido por la legislación en materia de protección de datos pues, aunque tales imágenes no se graben o conserven constituyen un tratamiento de datos. Los mayores conflictos interpretativos se presentan en relación con el derecho fundamental del art. 18.4 CE que han dado origen a una jurisprudencia oscilante.

Por su parte, la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales³² en su art. 89 regula de forma expresa el derecho a la intimidad frente al uso de dispo-

29 concretos como Administraciones Públicas, entidades cuya principal actividad lleve aparejada la monitorización de datos personales o el tratamiento de datos personales a gran escala y entidades cuya principal actividad lleve aparejado el tratamiento de datos especialmente protegidos a gran escala, así como de antecedentes penales.

30 La intimidad es «*a concept in disarray*» (término en desorden) que abarca la libertad individual, el control sobre el propio cuerpo, la potestad de información personal, la libertad ante los sistemas de control y vigilancia, la protección al honor y a la reputación.

31 La autodeterminación informativa es un derecho de perfil muy formalista, garantiza a la persona el control activo de las informaciones que le afectan, y el derecho a no ser instrumentalizado a través del conocimiento adquirido de aspectos de su personalidad, en la medida en que supone ser informado de quien posee sus datos personales, a qué uso se están sometiendo y el derecho a oponerse, en su caso, a una posesión ilegítima o uso ilícito; es la potestad de control sobre el uso de los datos propios

32 LO 3/2018, de 5 de diciembre. BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018, páginas 119788 a 119857. La aprobación del texto orgánico supone una novedad respecto a la anterior normativa ya que extiende su ámbito material a las relaciones de trabajo. De la propia literalidad del nombre de la Ley y de su Exposición de Motivos, se desvela que son objeto de protección el derecho a la autodeterminación informativa (art.18.4 CE) y los derechos digitales que podemos definirlos como derechos y libertades reconocidos a todos los ciudadanos predicables al entorno de Internet.

sitivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo. Cabe destacar que la redacción del precepto no es del todo afortunada, pues el legislador se refiere de manera expresa al derecho a la intimidad y entendemos que, de manera implícita al derecho a la protección de los datos personales (tampoco proporciona la exposición de motivos explicación alguna). Este precepto establece pautas distintas para declarar lícitos los dos tipos de videovigilancia existentes, por un lado, se regulan mayores requisitos para la modalidad permanente (se exige con carácter previo, información de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes) y por otro lado, las exigencias para la forma encubierta son menores (en el supuesto de la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo informativo).

El carácter relativamente reciente de la incorporación del derecho a la protección de datos en el elenco de derechos fundamentales en el ámbito nacional europeo y la rápida evolución y complejidad técnica de los métodos de control y monitorización han propiciado la necesidad de una constante reconsideración en pocos años, que no ha conseguido un consenso lo suficientemente amplio para consolidar una doctrina estable³³, por lo que cabría afirmar sin lugar a dudas que el derecho del art.18.4 CE está en construcción³⁴, como lo demuestran los vaivenes jurisprudenciales de las diferentes etapas de la fiscalización de la prestación del trabajador por videovigilancia que analizamos a continuación.

III. PRIMERA ETAPA EN LA DOCTRINA DE LA VIDEOVIGILANCIA

3.1. Alcance de la fase

Esta etapa comienza con las SSTC 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio, como las primeras del más alto interprete de la Constitución que abordan directamente el trasfondo constitucional de la adopción de medidas de control y vigilancia por parte del empresario. Aunque no son las primeras en tratar el principio de proporcionalidad y no introducen una regla nueva, su novedad radica en su aplicación al ámbito de las relaciones privadas y más en concreto, al ámbito de las relaciones laborales desde su originario ámbito público.

Ambas sentencias definen toda una pauta de resolución de conflictos en el ámbito laboral, habiéndose convertido en el canon prevalentemente utilizado en la práctica constitucional y judicial para valorar la legitimidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales pues hasta ese momento existían distintos pronunciamientos de los tribunales laborales, que no siempre eran coincidentes.

Suponen un cambio de método o de enfoque a la hora de enjuiciar el problema, puesto que parten de que la instalación de los medios es *a priori* una medida restrictiva de los derechos

33 Parte del voto particular a la STC 119/2022, de 29 de septiembre (rec. 7211/2021, ECLI:ES:TC:2022:119).

34 SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y CUADROS GARRIDO, M.E: «Autodeterminación informativa: un derecho en alza», *Revista Gallega de Derecho Social*, n.º 8, 2019, págs. 85- 127.

del trabajador y, por tanto, se ha de considerar también de modo restrictivo la posibilidad de recurrir a tal medida. Generalmente se califica estos dos pronunciamientos como trascendentales, porque más allá de ofrecer soluciones y respuestas en torno a las posibles cuestiones que se susciten con respecto a las nuevas tecnologías, configuran una doctrina general acerca de los derechos fundamentales del trabajador y el alcance de la vigilancia y control en el marco de la relación laboral.

Desde otra perspectiva, se entendió que estos dos pronunciamientos se encuentran en buena sintonía con la jurisprudencia internacional y comunitaria pues existe plena coincidencia, al menos en dos puntos. Por una parte, se afianza el rechazo hacia una concepción restrictiva de la vida privada del trabajador; y por otra, se acepta que la protección a la intimidad o privacidad pueda proyectarse sobre posibles manifestaciones de lo personal en el ámbito del trabajo.

3.2. Grabaciones en el Casino de la Toja

La STC núm. 98/2000 de 10 de abril de 2000³⁵ aplica como canon de enjuiciamiento el principio de proporcionalidad³⁶ y en función de este el Tribunal Constitucional considera que los dispositivos de grabación de vídeo y audio colocados en la caja y en una mesa de juego de un casino, que complementaban el sistema de seguridad existente, habían sido una medida desproporcionada en vista de la importante interferencia resultante en el derecho de los empleados y clientes a que se respetara su vida privada.

El tribunal observó que el empleador no había demostrado cómo la grabación de sonido, que era particularmente intrusiva para el derecho a la privacidad de los interesados, había sido necesaria para la protección de sus derechos e intereses legítimos.

3.3. El caso Economato de Ensidesa

La STC 186/2000, de 10 de julio³⁷ supone una *leading case*, en ella desestima el recurso interpuesto por el recurrente, cajero de un economato, al considerar que la medida de videovigilancia oculta acordada por la empresa demandada estaba justificada por la necesidad al haberse producido irregularidades en la actuación profesional del trabajador.

Se demostró así que la conducta del empleado era constitutiva de transgresión de la buena fe contractual; la filmación no constituía ninguna vulneración del derecho a la intimidad resultando una medida proporcionada para la finalidad perseguida por la empresa, que no es otra

35 STC núm. 98/2000 de 10 de abril de 2000 (rec. 98, 2000, ECLI: ES:TC:2000:98).

36 El Tribunal Constitucional valida la decisión de la Sentencia del Juzgado de lo Social 3 de Pontevedra 7 noviembre 1995 (proc. 835/1995) dictada por el magistrado José Fernando Lousada Arochena. El juez de lo Social no consideró superada la exigencia del subprincipio de necesidad. Vid. LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Acerca de la crítica de Ralf Poscher a las tesis de Robert Alexy, Comentario a la Ponencia del Dr. Ralf Poscher» en AA.VV, ELÓSEGUI ITXASO, M: *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 Aniversario*, Marcial Pons, 2016, pág. 153.

37 STC 186/2000, de 10 de julio (rec.2662, 1997, ECLI:ES:TC:2000:186).

sino la comprobación de las sospechas de la comisión por parte de la demandante de graves irregularidades en su puesto de trabajo.

El problema

El pronunciamiento resuelve sobre la instalación de un circuito cerrado de televisión de manera clandestina, enfocado a dos puestos de trabajo, en concreto, a la caja registradora y al mostrador de paso de un economato, ante las sospechas de la empresa de un comportamiento irregular. Se reafirma por parte del TC, una vez más, el principio de proporcionalidad como criterio base para determinar la legitimidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales.

Doctrina básica

El Tribunal Constitucional efectúa una sistematización compleja del principio de proporcionalidad, describiéndolo como un juicio que ha de ponderarse y constatarse si se cumplen sus tres requisitos. De conformidad con la lógica aludida, se llega a la conclusión de que la medida de instalación de un circuito cerrado de televisión era una medida ajustada al principio de proporcionalidad, porque la filmación era: 1.º) Una actuación justificada, ya que existían razonables sospechas. 2.º) Idónea para la finalidad pretendida por la empresa que necesitaba saber si el trabajador cometía las irregularidades sospechadas. 3.º) Necesaria, ya que la grabación constituye la prueba de tales irregularidades. 4.º) Equilibrada, pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de cajas y tenía una duración limitada, temporal.

Valoración

La conclusión es que la intimidad del trabajador no resulta agredida, no hay intromisión ilegítima y la medida no es de vigilancia y de control, pues la había provocado la actitud irregular del trabajador. La doctrina de los tribunales ha interpretado que la STC 186/2000, de 10 de julio viene a matizar la doctrina fijada en la STC 98/2000, de 10 de abril; en concreto en lo que respecta a la prohibición de la utilización indiscriminada de los dispositivos de control en los puestos de trabajo, aunque atendiendo a una cierta disponibilidad de uso de los dispositivos de control empresarial, cuando, por ejemplo, concurren razones de seguridad.

IV. SEGUNDA ETAPA EN LA DOCTRINA DE VIDEOVIGILANCIA

4.1. Determinación

Se procede a fijar una etapa distinta porque la STC 29/2013, de 11 de febrero³⁸, supuso un hito en tanto en cuanto fue la primera vez que en la jurisprudencia constitucional se aplicaban los principios de protección de datos a las técnicas de control empleadas por el empresario.

38 STC 29/ 2013, de 11 de febrero (rec.10552/2009, ECLI:ES:TC:2013:29).

El TC consideró lesionado el derecho a la protección de datos del trabajador que recurrió en amparo, siendo el criterio dirimente no el principio de proporcionalidad sino el de ausencia de información previa al mismo. Esta solución, pues, supuso la admisión de los principios de protección de datos como canon de enjuiciamiento constitucional; hasta entonces, llevar a cabo un control videográfico sin conocimiento de los trabajadores había sido declarado por el TC que era una cuestión de legalidad ordinaria que no le competía.

La sentencia generó un precedente importante para otras posteriores, por apartarse del que desde la STC 186/2000, de 10 de julio venía siendo el paradigma generalizado en la jurisprudencia constitucional y ordinaria, resolviendo la cuestión simplemente aplicando la normativa de protección de datos, centrándose en particular en un ingrediente concreto — novedoso o al menos no analizado en profundidad hasta ese momento—: el derecho a ser informados previamente a la recogida de datos personales.

4.2. El caso de la Universidad de Sevilla

El supuesto

El Tribunal Constitucional anuló las sanciones impuestas a un subdirector técnico sancionado por una institución universitaria tras ser controlado con cámaras de videovigilancia para conocer si cumplía con su jornada laboral. Se consideró lesionado su derecho a la protección de datos. Se afirmó que la actuación de la Universidad no podía justificarse por el hecho de que hubiera distintivos para advertir de la instalación de cámaras, sino que era necesario que se informase a los trabajadores de forma previa, precisa y clara de las grabaciones y de su objetivo.

En la base de su fundamentación aparece el siguiente relato: En el caso enjuiciado, las cámaras de videovigilancia instaladas en el recinto universitario reprodujeron la imagen del recurrente y permitieron el control de su jornada de trabajo; captaron, por tanto, su imagen, que constituye un dato de carácter personal, y se emplearon para el seguimiento del cumplimiento de su contrato. De los hechos probados se desprende que la persona jurídica titular del establecimiento donde se encuentran instaladas las videocámaras es la Universidad de Sevilla y que ella fue quien utilizó al fin descrito las grabaciones, siendo la responsable del tratamiento de los datos sin haber informado al trabajador sobre esa utilidad de supervisión laboral asociada a las capturas de su imagen. Vulneró, de esa manera, el art. 18.4 CE (FJ 8.º). Se establece además que la información a los trabajadores había de ser previa y expresa sobre la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida.

Visibilidad del sistema de videovigilancia

El hecho de que las cámaras pudieran ser vistas por los trabajadores porque no se ocultaba su existencia y eran apreciables a simple vista, y la existencia de carteles informativos, tampoco se considera relevante por la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta, para enervar la ilicitud de la prueba. No contrarresta esa conclusión que existieran distintivos anunciando la instalación de cámaras y captación de imágenes en el recinto universitario, ni que se hubiera notificado la creación del fichero a la Agencia Española de Protección de Datos; era necesaria además la información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación

podía ser dirigida. Una información que debía concretar las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo.

Habeas data

Principalmente, uno de los efectos de esta Sentencia más destacados fue el hecho de que, con ella, el derecho a la protección de datos ex art. 18.4 CE quedaba sujeto a un canon de control de constitucionalidad distinto al que previamente se había aplicado a otros derechos fundamentales cuando, como en este caso, entraban en conflicto con medidas empresariales de fiscalización de la prestación laboral. Como ya se ha explicado, en la colisión con el derecho a la intimidad de las medidas de audio y videovigilancia enjuiciadas en las STC 98/2000 y 186/2000, el TC partió de la existencia de un conflicto entre un derecho fundamental del trabajador y la concreta medida adoptada por el empresario en ejercicio de su poder de dirección y vigilancia reconocido en el art. 20.3 ET y puesto en relación con los arts. 33 y 38 CE, de tal manera que, apreciada esa controversia entre bienes e intereses constitucionales, la solución debía alcanzarse mediante la aplicación del principio de proporcionalidad.

Por el contrario, la STC 29/2013, de 11 de febrero³⁹, aproximó el asunto debatido desde parámetros de enjuiciamiento distintos, al rechazar la existencia de norma legal en las relaciones laborales que autorizara restricciones del derecho a la información sobre el tratamiento de datos personales, no considerando hábil a tal fin el art. 20.3 ET. Desde esta máxima, por tanto, negada la validez constitucional de restricciones al derecho fundamental de los trabajadores ex art. 18.4 CE, quedaba en consecuencia impedida la ponderación de la medida empresarial y la consiguiente aplicación del principio de proporcionalidad. De este modo, se establecía un canon de control de constitucionalidad más rígido que el que la jurisprudencia constitucional venía aplicando respecto al otros derechos fundamentales como el derecho a la intimidad. Por la anterior razón a cuyo servicio se sitúa la garantía prevista en el art. 18.4 CE cierto sector de la doctrina afirma que con la STC 29/2013, se otorgaba una protección cuasi absoluta al derecho fundamental del art. 18.4 CE.

Discrepancia

Cabe destacar el voto particular del magistrado OLLERO TASARA, aludiendo a la doctrina de la STC 186/2000, afirma que esta sentencia tras analizar la cuestión a enjuiciar realizaba la correspondiente ponderación, en base al principio de proporcionalidad, mientras que la sentencia de cuyo sentido disiente, no aplica el triple test de proporcionalidad, a su juicio, a todas luces necesario. Por otro lado, considera un error que se realice la fundamentación, en base a la STC 292/2000, pues ésta se pronunciaba en abstracto sobre la constitucionalidad de una ley y no sobre un hecho concreto como el que se enjuicia, lo que hace que el derecho a la protección de datos no se haya interpretado de manera restrictiva sino en abstracto. Estos postulados en buena medida se verán recogidos en la argumentación principal de la STC 39/2016, de 3 de marzo.

39 STC 29/2013, de 11 de febrero (ECLI:ES:TC:2013:29).

V. TERCERA ETAPA EN LA DOCTRINA DE VIDEOVIGILANCIA

5.1. Razonamiento

El TC con la STC 39/2016, de 3 de marzo⁴⁰ afirma que su dictamen *se ha perfilado su doctrina*, pero tal aseveración no es del todo acertada. En puridad, cabe sostener con rotundidad que el Pleno del TC ha cambiado de manera tangencial la doctrina de la STC 29/2013, de 11 de febrero por ello hemos marcado este epígrafe como el inicio de una nueva etapa doctrinal. Sin embargo, resulta sorprendente que no se haya mencionado este trascendente cambio en el cuerpo de la sentencia. El recurso de amparo fue admitido a trámite por la Sala Primera del TC, y esta hizo uso de la posibilidad ofrecida por el art. 10.1 n) de LOTC y propuso que el litigio fuera conocido por el Pleno del TC. Así ocurrió efectivamente: el motivo esgrimido para reunir al Pleno fue clarificar la doctrina existente sobre videovigilancia, aunque realmente se produce un giro brusco en la doctrina o *overruling* que no fue presentado como tal.

5.2. El caso Bershka

La STC 39/2016 desestima el recurso de amparo interpuesto por una trabajadora despedida por sustracción de dinero de la caja en la que prestaba su actividad, contra el auto que resolvía la desestimación de un incidente de nulidad de actuaciones planteado ante un TSJ⁴¹.

Los hechos transcurren del siguiente modo: la empresa Bershka del grupo INDITEX despidió a una trabajadora por transgresión de la buena fe contractual porque sostenía que se había venido apropiando de efectivo de la caja de la tienda, en diferentes fechas y de forma habitual. Los hechos que dieron lugar al despido fueron conocidos a consecuencia de la instalación de videovigilancia oculta. Para proceder a tal instalación de cámaras ocultas, la empresa argumentó que, a raíz de la instalación de un nuevo sistema de control informático de caja, había detectado que en la tienda y, en concreto, en la caja donde prestaba sus servi-

40 STC 39/2016, de 3 de marzo (rec.722/2013, ECLI: ES:TC:2016:39).

41 La empleada interpuso incidente de nulidad de actuaciones ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que fue desestimado mediante auto. El TSJ respondió denegando el incidente de nulidad porque la sentencia cuya nulidad se instaba (STSJ de Castilla y León de 23 de julio de 2013) era susceptible de recurso de casación para unificación de doctrina y porque la misma ya abordó la cuestión que se suscitaba en el recurso de suplicación. Se desestimó la suplicación interpuesta contra la sentencia de la instancia, en la que se pretendía la declaración de nulidad del despido efectuado por vulneración de derechos fundamentales por obtención de las pruebas que posibilitaron el despido disciplinario de forma ilícita. Para la sentencia de instancia, en la instalación de las cámaras y en la posterior grabación se cumplió de manera escrupulosa la normativa aplicable, ya que de acuerdo con la STC 186/2000, 10 de julio, concurría la situación precisa para el control oculto; esto es, sin notificar expresamente la colocación de la cámara a los trabajadores, porque era, en principio, el único medio posible dicho control para satisfacer el interés empresarial de saber fehacientemente quién estaba realizando los actos defraudatorios de los que indiciariamente ya se tenían conocimiento.

cios la trabajadora existían múltiples irregularidades, por lo que entendía que había indicios para poder presumir una posible apropiación dineraria por parte de alguno de los trabajadores que operaban en dicha caja. Por tal motivo encargaron a una empresa de seguridad que instalara una cámara de videovigilancia en la tienda donde prestaba sus servicios la demandante y que controlara la mencionada caja en cuestión. La cámara se instaló no habiendo comunicado a los trabajadores dicha instalación, si bien en el escaparate del establecimiento, en un lugar visible, se colocó el distintivo informativo.

En las actuaciones seguidas en el Tribunal Constitucional el Ministerio Fiscal interesó la desestimación del amparo, planteando su inadmisión por defectos formales, y en el supuesto de que la Sala entrara a conocer del fondo consideraba que la decisión empresarial cumplió con los criterios fijados por la Constitución y el propio Tribunal Constitucional para entenderla ajustada a derecho, entendiendo que la doctrina constitucional de referencia debía ser la de la STC 186/2000, de 10 de julio y no la STC 29/2013, de 11 de febrero. En un sentido parecido al del Ministerio Fiscal, se muestra la oposición al recurso planteada por la empresa.

Consentimiento del trabajador

Por lo que se refiere, en primer lugar, a la violación del derecho a la autodeterminación informativa, el TC precisa que la imagen se considera un dato de carácter personal, en virtud de lo establecido en la Ley Orgánica de Protección de Datos⁴² (hoy derogada) LOPD art. 3, de protección de datos de carácter personal (FJ 3.^º).

El empresario no necesita el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidas a través de las cámaras instaladas en la empresa con la finalidad de seguridad o control laboral, ya que se trata de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral y es conforme con el art 20.3 ET. Para fundamentar tal aseveración se hace mención expresa de la doctrina contenida en la STC 292/2000, de 4 de enero⁴³: el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste 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.

Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos. De este modo, se resalta que son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y

42 Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. BOE núm. 298, de 14/12/1999.

43 STC 292/2000, de 4 de enero (ECLI:ES:TC:2000:292).

resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele.

Por tanto, para el TC el consentimiento del afectado es, el elemento definidor del sistema de protección de datos de carácter personal. De lo que colige que en el ámbito laboral el consentimiento del trabajador pasa como regla general a un segundo plano pues el consentimiento se entiende implícito en la relación negocial, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes. Por ello un tratamiento de datos dirigido al control de la relación laboral debe entenderse amparado por la excepción citada, pues está dirigido al cumplimiento de esta.

Por el contrario, el consentimiento de los trabajadores afectados sí será necesario cuando el tratamiento de datos se utilice con finalidad ajena al cumplimiento del contrato. Quizás el TC parece confundir los términos consentimiento y conocimiento previo del trabajador, porque ni tan siquiera existía debate con anterioridad a esta sentencia sobre la necesidad de consentimiento del trabajador en videovigilancia, por constituir una excepción del art. 6 LOPD. Una cosa es eximir del consentimiento, como hacen la LOPD y su reglamento de desarrollo y otra abogar por el consentimiento implícito. O hay consentimiento o no lo hay. La ley y su reglamento se decantan por la primera vía: no hay consentimiento y no hace falta que lo haya. En otros pasajes de la sentencia el TC abandona la citada tesis del consentimiento implícito para pasar a la de la improcedencia/inexistencia del consentimiento, de modo que en este punto ha faltado un mayor cuidado en la construcción de la argumentación de la sentencia.

Conocimiento del trabajador

Para entender satisfecha la obligación empresarial de conocimiento del trabajador basta con la mera información genérica. Sorprendentemente la fuerza prevalente del derecho del art. 18.4 CE, en esta sentencia se diluye con la sola constatación de una pegatina informativa exigida por la Instrucción núm. 1/2006 de la Agencia Española de Protección de Datos. Para el TC ya no hay que acudir a la información detallada de la STC 29/2013, de 11 de febrero, basta ahora con el distintivo informativo general de zona videovigilada; no hay necesidad de comunicar a los trabajadores los ámbitos concretos de control de la prestación laboral a que pueden destinarse las grabaciones de las cámaras; por tanto, los trabajadores se considerarán suficientemente informados con los carteles estándares indicativos mencionados.

Juicio de proporcionalidad

Argumenta el TC que en cuanto toda medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad, debe examinarse además el razonamiento de las sentencias impugnadas. De ellas se desprende que en el caso que nos ocupa, la medida de instalación de cámaras de seguridad que controlaban la zona de caja donde la demandante de amparo desempeñaba su actividad laboral era:

- Una medida justificada ya que existían razonables sospechas de que alguno de los trabajadores que prestaban servicios en dicha caja se estaba apropiando de dinero. Era idónea para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si algunos de los trabajadores cometían efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes).
- Era necesaria (ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades) y era equilibrada (pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja), por lo que debe descartarse que se haya producido lesión alguna del derecho a la intimidad personal.

En ningún momento la Sala se plantea de forma autónoma si se ha vulnerado el deber de información previa, cuyas excepciones sólo pueden fijarse vía legal, sino que ha centrado su argumentación en el papel complementario de la información con respecto al consentimiento (o no necesidad de este) por el afectado.

Voto Particulares

Existen dos votos particulares formulados por magistrado VALDÉS DAL-RE⁴⁴ y XIOL RÍOS⁴⁵ son muy bastante críticos.

Valoración

Por primera vez y en contra de la doctrina establecida en la STC 29/2013, de 11 de febrero, se somete al juicio de proporcionalidad el derecho del art. 18.4 CE, afirmándose que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad, consideramos que la premisa es del todo errónea pues para determinar si existe o no infracción del art. 18. 4 CE, no existe un conflicto constitucional en este punto sino una cuestión de delimitación previa; previamente

44 Se manifiesta por el juez disidente que llama la atención sobre la mutación constitucional que sufre el contenido esencial del derecho del art. 18.4 CE y la ausencia de motivación sobre las razones del cambio en la jurisprudencia constitucional. El voto particular centra su atención en el juicio de ponderación y proporcionalidad que la sentencia considera que debe realizarse en el caso enjuiciado, despreocupándose de cuál sea el contenido esencial del derecho en cuestión, puede igualmente efectuarse «incluso si los poderes empresariales se ejercitan con manifiesta irregularidad o exceso; esto es, fuera del marco de la ley», recordando que tal hipótesis está expresamente contemplada, de tal manera que pudiera llegar a darse el caso de prevalencia del ejercicio del poder de dirección empresarial, aún ejercido de manera no conforme a derecho sobre el derecho constitucional del art. 18.4 CE y la doctrina del TC en SSTC 292/2000 de 30 de noviembre y 29/2013 de 11 de febrero, siempre y cuando ello resultara tras la utilización de aquellos juicios, planteando el voto particular en forma de duda, pero con un innegable contenido muy crítico.

45 El magistrado comparte sustancialmente, el voto anterior, si bien introduce algunas matizaciones porque a su juicio la sentencia básicamente, que sostiene que la información de la LOPD art. 5 se cumple mediante un anuncio hecho al público sobre la existencia de cámaras de seguridad en el establecimiento y no, como entiende que debiera ser, con una información suministrada a los «trabajadores especificando el fin de control de cumplimiento de la relación laboral», en tanto dicho precepto «ordena específicamente que la información se dirija a los interesados, configurando con ello el contenido esencial del derecho, que en el ámbito laboral debe entenderse referido a los trabajadores». Señalando, además, que, aunque se hubiera anulado la videovigilancia, no debieran ser anuladas las sentencias pues existían otros elementos probatorios de la procedencia del despido.

había información suficiente o no la había, esa es la cuestión que creemos debía haber sido objeto de enjuiciamiento constitucional.

5.3. El caso López Ribalda y otras

El supuesto

La sentencia *López Ribalda II y otras contra el Reino de España*, resuelve sobre una pretendida vulneración del art. 8 CEDH por lesionar la prueba videográfica el derecho a la privacidad de las cinco demandantes, antiguas empleadas de MERCADONA, en su día despedidas, por haber cometido diversos hurtos.

Los hechos transcurren del siguiente modo: en un supermercado de la cadena antes mencionada, en la provincia de Barcelona, en Granollers, se realizó una auditoría de los últimos meses de facturación que desprendió un importante descuadre contable. Para detectar el origen de las anomalías, se decidió instalar varias cámaras de vigilancia oculta en la línea de caja, para fiscalizar la actividad de los empleados, que junto que a las cámaras permanentes en el área de entrada y de cuya existencia conocían los trabajadores, fiscalizaron la totalidad de la actividad de la plantilla. Del visionado de las grabaciones se constató que varias cajeras cometían pequeños hurtos, antes de proceder a los correspondientes despidos disciplinarios, las afectadas fueron convocadas a una reunión con presencia de un representante de los trabajadores, en el transcurso de las entrevistas, todas reconocieron los hechos e incluso tres de las empleadas, firmaron su renuncia a impugnar en sede judicial el despido a cambio de ellos la empleadora ofreció no instar acciones penales contra ellas. Procesalmente se instan dos procesos, en uno de ellos, figuraba como parte accionante, una única trabajadora, la señora López Ribalda y en el otro procedimiento, como parte actora cuatro trabajadoras. Ambas demandas postulan la nulidad de la prueba por falta de la información previa, art. 18. 4 CE y la nulidad del acuerdo de transacción con la empleadora por faltar uno de los elementos para considerarlo válido que es el consentimiento por haber firmado bajo la amenaza de una acción penal. En el Juzgado de lo Social y en la Sala del TSJ Cataluña se consideraron los despidos como procedentes y la prueba videográfica que no era nula. El TS inadmitió los recursos unificación doctrina e igual respuesta dio el TC a través de auto de inadmisión.

Proceso en Estrasburgo primera parte

Agotada la vía judicial en España, las demandantes acudieron al TEDH, basaron su postulación en una infracción del art. 6 por no haberse garantizado el derecho a un juicio justo y 8 CEDH por vulneración del derecho a la privacidad. El primer motivo se rechaza porque entiende el Tribunal que en la instancia en el proceso se practicaron varias pruebas y no solo la videográfica, para justificar la procedencia de los despidos, por lo que había más elementos aparte de esta prueba para calificar el despido disciplinario como procedente, calificación que se mantiene.

La STEDH de 9 de enero de 2018⁴⁶ *López Ribalda y otras contra el Reino de España* respecto al art 8 CEDH, se declara el evidente incumplimiento de la normativa nacional, puesto el derecho al respeto a la vida privada y familiar, implica un conocimiento previo de la fiscalización de la

46 STEDH de 9 de enero de 2018 (c. 1874/13 y 8567/13).

actividad de las trabajadoras a través de la videovigilancia, y respecto de las cámaras instaladas ad hoc, no existía pues no se había facilitado información previa. El Tribunal parte del derecho del empleador a velar por el correcto funcionamiento de su empresa, ejerciendo las correspondientes facultades de control que correspondan, pero siempre salvaguardando un justo equilibrio con los derechos de los trabajadores, lo que en el supuesto objeto de enjuiciamiento no se cumple argumenta el TEDH. En la fase de alegaciones el Reino de España alegó que era cierto que no existía conocimiento de las cámaras ocultas pero que tal omisión no suponía una vulneración del art. 18.4 CE ya que tal medida había superado el juicio de proporcionalidad a través de la regla del triple test, el TEDH discrepa de esta afirmación, entendiéndolo que no se salvaguardó el correspondiente canon de equilibrio justo entre las partes, lo que provocó una situación de menoscabo hacia los derechos legítimos de las Se accede a la solicitud de indemnización por daño moral a cada trabajadora en la cantidad de 4.000 euros.

Segundo Proceso en Estrasburgo: López Ribalda II

La segunda sentencia de 17 octubre 2019⁴⁷ fue dictada en Gran Sala y estima el recurso del abogado del Estado en nombre de España y considera que no se ha vulnerado el derecho a la privacidad de las demandantes, la medida estaba justificada por un objetivo legítimo que no podía lograrse con otras medidas, dado que se parte de unas sospechas de irregularidades fundadas en unas importantes pérdidas que llevan a la empresa a arbitrar cámaras ocultas en los puestos de caja lugares en los que se insiste que eran de acceso público y a mayor abundamiento, únicamente se grabó durante diez días, en consecuencia, la intrusión muy está limitada en el tiempo.

Al efecto, y en función de la doctrina actual de Estrasburgo emanada de esta sentencia, son decisivos como factores para tener en cuenta los siguientes:

a) El grado de intromisión del empresario

El «alcance de la vigilancia y el grado de intrusión en la vida privada de las demandantes», concluyendo que la medida era «limitada en cuanto a las zonas y el personal que se vigilaban —ya que las cámaras solo cubrían la zona de caja, que probablemente era donde se producían las pérdidas— y que su duración no había superado lo necesario para confirmar las sospechas de robo» (§ 124).

El «alcance de la medida en el tiempo», limitada al visionado del periodo necesario para identificar a los empleados responsables de la infracción (§ 126).

b) La concurrencia de legítima razón empresarial justificativa de la monitorización

La legitimidad de la instalación del sistema de videovigilancia, basada en «la sospecha, alegada por el gerente del supermercado debido a las importantes pérdidas registradas durante varios meses, de que se habían cometido robos. También tuvieron en cuenta el interés legítimo del empleador en adoptar medidas para descubrir y castigar a los responsables de las pérdidas, con el fin de garantizar la protección de sus bienes y el buen funcionamiento de la empresa» (§ 123).

47 STEDH (Gran Sala) de 17 de octubre de 2019 (números 1874/13 y 8567/13) (asunto López Ribalda II).

c) La inexistencia o existencia de medios menos intrusivos para la consecución del mismo objetivo

«En las circunstancias del caso, no había ningún otro medio de cumplir el objetivo legítimo perseguido» (§ 128).

d) El destino dado por la empresa al resultado del control

Las consecuencias de la vigilancia «[...]» no fueron utilizadas por el empleador para ningún otro fin que el de localizar a los responsables de las pérdidas registradas de bienes y adoptar medidas disciplinarias contra ellos» (§ 127).

e) La previsión de garantías para la persona trabajadora

Los distintos «lugares en los que se llevó a cabo la vigilancia, a la luz de la protección de la privacidad que un empleado podría razonablemente esperar. Esa expectativa es muy elevada en los lugares de carácter privado como los aseos o los vestuarios, en los que se justifica una mayor protección, o incluso la prohibición total de la videovigilancia [...]. Sigue siendo elevada en las zonas de trabajo cerradas, como las oficinas. Es manifiestamente inferior en los lugares visibles o accesibles a los compañeros o, como en el presente caso, al público en general» (§ 125).

La infracción del deber de información constituye «solo uno de los criterios que deben tenerse en cuenta», en el marco de una valoración conjunta del resto de elementos ponderativos, que adquieren una particular relevancia en el caso de que no se haya facilitado esa información (§ 131), ya que «solo un requisito primordial relativo a la protección de intereses públicos o privados importantes podría justificar la falta de información previa» (§ 133).

Valoración

La ausencia de información previa respecto de las cámaras ocultas se reconoce como incumplimiento de un requisito obligatorio según la normativa nacional, pero se justifica por una exigencia imperativa de protección del interés privado del empresario, deducción duramente criticada por las opiniones disidentes de los jueces Gaetano, Yudkivska y Grozev argumentaban que no se ofrecieron suficientes garantías jurídicas a las trabajadoras afectadas fueron recogidos y utilizados para fines desconocidos para ellas». Reflexionan que «con la creciente influencia de la tecnología en nuestra sociedad, no podemos permitirnos que los individuos se tomen la justicia por su mano y permitan que el derecho a la vida privada previsto en el art. 8 del Convenio siga estando insuficientemente protegido ante estos nuevos desafíos».

Cabe destacar que en la STEDH 5 octubre 2010 *Köpke v. Germany*⁴⁸ el Tribunal de Estrasburgo analizó un supuesto similar, pero en la Sentencia *López Ribalda II*, la video vigilancia encubierta no siguió a una sospecha previa contra las cinco recurrentes en concreto, y, por tanto, no estaba orientada a ellas específicamente, sino a toda la plantilla que trabajaba en las cajas registradoras, se llevó a cabo durante semanas, sin ningún límite temporal y durante todo el horario de trabajo. En la Sentencia *Köpke*, en contraste, la medida de vídeo vigilancia

48 STEDH 5 octubre 2010 *Köpke v. Germany* (C.420/07).

estaba temporalmente limitada —duró durante dos semanas— y sólo dos empleados fueron objeto de esta. Al contrario, que el caso que nos ocupa, la decisión de fiscalizar por vídeo vigilancia se basó en una sospecha general sobre toda la plantilla, a la vista de las irregularidades que previamente habían sido reveladas por el director del supermercado MERCADONA⁴⁹.

El TEDH había tendido a proteger la vida privada de los demandantes al fallar habitualmente a su favor, como hizo la STEDH 5 de septiembre de 2017 *Barbulescu II*⁵⁰. Sin embargo, esta sentencia modifica la línea doctrinal y afirma que con la finalidad de detectar un delito en el contexto de sospechas fundadas junto con el hecho de que las demandantes no utilizaran otra serie de recurso previstos por la ley constituía una justificación suficiente para que la injerencia en la vida privada de las demandantes estuviera permitida. Cuando existe

49 PRECIADO DOMÉNECH, C.H: «Comentarios de urgencia a la STEDH 17 octubre de 2019 caso López Ribalda c. España (Gran Sala)», *Jurisdicción social Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, n.º 204, 2019, págs.4-22.

50 STEDH 5 de septiembre de 2017 revoca la STEDH de 12 de enero de 2016, caso *Barbulescu vs. Romania* (demanda 61496/2008), avaló el despido de un trabajador de profesión ingeniero, por realizar un uso particular de la cuenta de mensajería de *Yahoo! Messenger*, basando su fundamentación en que se demostró que incumplió el código interno de conducta que estaba establecido en la empresa, respecto a la utilización de las tecnologías de la información y de la comunicación. Posteriormente la Gran Sala revisa el caso y con la STEDH 5 de septiembre de 2017, se falla a favor del empleado. Los antecedentes del caso son los siguientes: un empleador informó a un trabajador que había realizado un control de la actividad de su cuenta de mensajería instantánea y había comprobado que la había usado para fines particulares, prohibidos por el protocolo sobre uso de nuevas tecnologías establecido en la empresa, por lo cual procedió a su despido disciplinario. En el acto de juicio se aportó como prueba documental de los hechos una transcripción de las comunicaciones de dicha mensajería instantánea, en la que constaban intercambios de mensajes entre el demandado y varias personas e incluso algunos de naturaleza sexual. La Gran Sala repasa su amplia jurisprudencia sobre la noción de «vida privada», recordando que debe interpretarse de forma amplia, incluyéndose las actividades profesionales, de tal manera que restricciones que afecten a la vida profesional de una persona pueden que dar protegidas por el art. 8 del CEDH. El TEDH considera que los tribunales nacionales rumanos omiten datos fundamentales para resolver el supuesto, por un lado, verificar si el trabajador había sido advertido con carácter previo por su empresario de la posibilidad de que sus comunicaciones, fueran vigiladas, y, por otro lado, ha de enfatizarse en la ausencia de información previa y clara ya que el trabajador no había sido informado ni de la naturaleza, ni del alcance de la vigilancia de que había sido objetivo, así como del grado de intromisión en su vida privada y su correspondencia. Para la mayoría de la Sala, de los hechos declarados probados de la sentencia no puede extraerse la conclusión de que la parte ahora recurrente fuera informada «por anticipado de la extensión y de la naturaleza de la vigilancia llevada a cabo por su empleador», ni tampoco de que este tuviera posibilidad de «acceso al contenido de sus comunicaciones». Lo que conduce a la Gran Sala a considerar que el art. 8 del CEDH es aplicable al supuesto debatido. Los tribunales nacionales rumanos no verificaron si el trabajador había sido advertido con anterioridad de la vigilancia que iba a llevarse a cabo de sus comunicaciones electrónicas efectuadas desde la cuenta profesional, ni tampoco hasta qué punto se ha producido una intromisión en la vida privada del trabajador en el ámbito de la relación de trabajo que hubiera podido alcanzarse por vías menos invasivas. En conclusión, no se ha protegido de manera adecuada el derecho del trabajador al respeto de su vida privada, y desde ese momento, no han realizado una ponderación justa de los intereses en juego y han vulnerado el art. 8 CEDH.

un cambio de criterio de envergadura como este la motivación ha de ser prolija, aspecto que consideramos que no concurre, lo que nos lleva a plantear dudas acerca de la eficacia del test de proporcionalidad en el presente caso. En este sentido se pronuncia una parte importante de la doctrina⁵¹.

VI. CUARTA ETAPA EN LA DOCTRINA DE LA VIDEOVIGILANCIA

6. 1. Delimitación

La jurisprudencia hasta ahora existente de las tres etapas anteriores se pronunció al amparo de la normativa en la materia establecida por la LOPD que se limitaba en su art. 5.1 a) al reconocimiento genérico del derecho a la información de los afectados, entre otros, de la existencia del tratamiento de los datos y de su finalidad. A partir de esta nueva etapa se enmarca la aplicación de la actual LO 3/2018 y se inicia con la STC 119/2022, de 29 de septiembre⁵².

6.2. STC 119/2022, de 29 de septiembre

El amparo constitucional

El TC declara que se vulnera el derecho fundamental de la empresa a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por haber sido anulada la prueba videográfica que servía de base a un despido disciplinario. Se restablece a la empresa demandante de amparo en su derecho y, en consecuencia, se declara la nulidad de la STSJ País Vasco 6 octubre 2020 y del auto de 14 de septiembre de 2021, dictado por la Sala de lo Social del TS, por el que se acordó la inadmisión del recurso de casación para unificación de doctrina quedando firme la sentencia del del Juzgado de lo Social núm.1 de Vitoria-Gasteiz.

El caso

El Juzgado de lo Social núm.1 de Vitoria-Gasteiz dictó sentencia en fecha 3 de junio de 2020 por la que se decretaba procedente el despido acordado en virtud de carta de despido

51 Vid. MOLINA NAVARRETE, C: «¿Son legítimos los usos laborales de cámaras ocultas?: «no, pero sí; sí, pero no», Comentario de la STEDH de 17 de octubre de 2019 (Caso López Ribalda c. España –II)», *La Ley Privacidad*, n.º 3, 2020. NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «La STEDH Gran sala de 17 de octubre de 2019, López Ribalda y otros contra España: Una sentencia razonable no razonada», en AA.VV, PÉREZ MANZANO, M: *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, Universidad Complutense de Madrid, 2020, págs. 883-893. ÁLVAREZ ALVITE, A.: «El derecho a la vida privada en la doctrina del Tribunal europeo de Derechos Humanos: un largo camino por recorrer», *op.cit.*

52 STC 119/2022, de 29 de septiembre (rec. 7211/2021, ECLI:ES:TC:2022:119).

que se declaró ajustada a Derecho por la prueba de videovigilancia practicada. En su resolución, el órgano judicial considera que los hechos acreditados suponen «una transgresión de la buena fe contractual. Tales hechos consisten en entregar unos productos propiedad de la empresa demandada a un tercero que le abona un dinero en metálico del que se apropia, absteniéndose de entregar albarán de entrega ni recibo de pago alguno, y que tienen la gravedad suficiente como para justificar su despido disciplinario».

El medio de prueba determinante fue la grabación procedente del visionado de una cámara de videovigilancia colocada en el interior del centro de trabajo, dentro del sistema general de seguridad de la empresa, que aparecía anunciado mediante un cartel colocado en el exterior del centro, en el que constaba la mención a «zona videovigilada».

El gerente de la empresa revisó las imágenes grabadas al haber apreciado el día anterior que, en la zona interior del mostrador de atención al público donde prestaba servicios el trabajador despedido, se encontraba una bolsa con el signo identificativo de una empresa de la competencia, conteniendo en su interior un producto de su propia empresa. Cuando, al final de la jornada del día siguiente, observó que la bolsa no se encontraba en ese lugar, y ante lo irregular de la situación, comprobó la grabación de ese día, advirtiendo la conducta determinante del despido.

Derechos fundamentales en colisión

El TC aborda los dos derechos fundamentales en conflicto reconociendo que desde la perspectiva del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), el canon de control de constitucionalidad de la medida de colocación de cámaras y la consiguiente grabación y utilización de las imágenes captadas en el ámbito disciplinario laboral exige un juicio de proporcionalidad entre los distintos derechos e intereses en presencia que, partiendo de la finalidad legítima de la medida, permita valorar su idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Sin embargo, desde la óptica del derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE), el enjuiciamiento constitucional presenta matices derivados de la regulación legal vigente. Exige, en primer lugar, un análisis sobre el cumplimiento de la normativa vigente en la materia y, muy singularmente, sobre el respeto a los principios de información y consentimiento que se configuran como elementos esenciales del contenido de este derecho fundamental; y, en segundo lugar, para el caso de que no se hayan respetado esos principios, habrá que realizar una tarea de ponderación o juicio de proporcionalidad a fin de valorar la justificación o no de la medida adoptada.

Doctrina básica

El TC considera que, en las concretas circunstancias del caso, puede afirmarse que la instalación del sistema de videovigilancia y la consiguiente utilización de las imágenes captadas superaba el principio de proporcionalidad, y no debió anularse por el TSJ del País Vasco ya que:

- La medida puede considerarse como idónea porque concurrían sospechas indiciarias suficientes de una conducta irregular del trabajador que debía ser verificada. La finalidad que no era otra que la constatación de la eventual ilicitud de la conducta, lo que fue confirmado precisamente mediante el visionado de las imágenes.
- La fiscalización por videovigilancia era necesaria, ya que no parece que pudiera adoptarse ninguna otra menos invasiva e igualmente eficaz para acreditar la infracción labo-

- ral. Cualquier otra medida habría advertido al trabajador, haciendo entonces inviable la actuación de la empresa.
- Finalmente, la medida puede considerarse como proporcionada. En este punto el TC considera que hay que ponderar diversos elementos de juicio. Así, en primer lugar, las cámaras no estaban instaladas en lugares de descanso, ocio o de carácter reservado, en los que existiera una expectativa razonable de privacidad, sino que estaban instaladas en zonas de trabajo abiertas a la atención al público. En segundo lugar, las cámaras no estaban instaladas de forma subrepticia, sino que estaban ubicadas en lugares visibles, tanto para los trabajadores del establecimiento como para el público en general. En tercer lugar, las cámaras no fueron utilizadas con carácter generalizado o indefinido, o para realizar una investigación de carácter prospectivo, sino para verificar la posible existencia de una conducta irregular detectada el día anterior. Por lo tanto, el grado de intromisión en la esfera de la intimidad del trabajador (art. 18.1 CE), en términos de espacio y tiempo, no puede considerarse como desequilibrado frente a los derechos e intereses de la empresa en la detección y sanción de las conductas atentatorias contra la buena fe contractual, en el marco del ejercicio de los derechos a la propiedad privada y a la libertad de empresa, reconocidos en los arts. 33 y 38 CE, respectivamente. Por todo ello, puede descartarse que se haya producido una lesión del derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 CE.

Con respecto al derecho a la protección de datos, el TC advierte que se cumplió lo previsto en los preceptos citados, mediante la colocación en lugar visible del distintivo que advertía de la existencia de un sistema de videovigilancia, lo que se entiende suficiente para activar la excepción a la regla general prevista en el art. 89.1, por remisión al art. 22.4, ambos de la Ley Orgánica 3/2018.

Valoración

La sentencia cuenta con los votos particulares de los jueces XIOL RÍOS, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, BALAGUER CALLEJÓN, SÁEZ VALCÁRCEL y MONTALBÁN HUERTAS con lo que no podemos más que estar plenamente de acuerdo. Los magistrados vienen a sostener que en defecto de una información específica de carácter previo a los trabajadores acerca de la medida, no cabe afirmar la suficiencia de la posibilidad excepcional de entender suplido ese deber mediante los carteles informativos sobre la existencia de la videovigilancia⁵³. Asimismo, consideran que un planteamiento de estas características hubiera debido llevar, sin mayor esfuerzo, a la desestimación de la demanda de amparo toda vez que, al margen de la legítima discrepancia que en Derecho se pueda sostener sobre la interpretación y aplicación de normativa reguladora de este tipo de pruebas videográficas en el ámbito de las relaciones laborales, no cabe apreciar en la resolución impugnada una infracción del deber constitucional de motivación.

53 En este sentido, TOSCANI GIMÉNEZ que considera que el TC confunde cámaras de seguridad, para proteger el patrimonio de la empresa, para las cuales sí sería suficiente la mera existencia de distintivos anunciando su presencia, con la videovigilancia cuyo objetivo es someter a control el cumplimiento o no de las obligaciones laborales de los trabajadores, como puede ser el control y acceso a los puestos de trabajo, entre otros. *Vid.* TOSCANI GIMÉNEZ, D: «Novedades en la videovigilancia de los trabajadores en cuanto al uso de videocámaras clandestinas u ocultas», *Diario La Ley*, n.º 10161, 2022.

VII. DOS ÚLTIMAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE VIDEOVIGILANCIA

Finalmente, se procede a comentar dos sentencias recientes del Tribunal Supremo, una de la Sala Cuarta; la STS de 22 de julio de 2022 y otra la de la Sala Tercera STS 26 abril de 2021 y en virtud del análisis de estas, se pretende razonar si la doctrina es similar o no.

7.1. Empleada de hogar grabada

Delimitación

Como antecedentes importantes de la STS 22 julio de 2022⁵⁴, dictada en el marco peculiar de la relación laboral del trabajo doméstico, cabe comenzar mencionado la doctrina precedente de la Sala IV sobre videovigilancia en el marco de las relaciones laborales no sujetas a especialidades. En este sentido debemos reseñar las SSTS 31 de enero 2017⁵⁵ y de 1 de febrero 2017⁵⁶, ambas dictadas en Pleno, en ellas la videovigilancia fue validada por superar el principio de proporcionalidad. Las sentencias resolvieron supuestos muy similares de manipulación de tiques de caja y sustracción de efectivo realizados por dos empleados que fueron grabados por las cámaras instaladas en la empresa por razones de seguridad y cuya existencia y finalidad de seguridad conocían, aunque no se hubiera especificado su posible uso para cuestiones laborales.

Siguiendo la doctrina anterior, cabe destacar como precedentes posteriores pronunciamientos del TS sobre videovigilancia que suponen una continuidad doctrinal:

- **Conductor de autobús grabado.** La STS 13 octubre 2021⁵⁷ estima el recurso de casación unificación doctrina y revoca la STSJ Galicia 24 julio 2018 que anuló la prueba videográfica de la empresa. Se considera suficiente para superar el principio de proporcionalidad, la presencia de carteles informativos en el autobús y que el trabajador conociera la existencia de videovigilancia permanente para validar las imágenes que le captaron en seis ocasiones (2,27, 28, 29 y 30 junio y 23 julio 2017) fumando dentro del autobús y dejando pasar a una pasajera sin billete con la que tiene muestras de afecto en varias ocasiones, por lo que el despido se declara procedente.
- **Vigilantes de seguridad de IFEMA.** Las SSTS 21 julio 2021 y 25 enero 2022⁵⁸ estiman los recursos de la empresa SECURITAS y revocan, respectivamente, las SSTSJ Madrid 12 diciembre 2017 y 12 marzo 2018 declarando los despidos de los trabajadores procedentes en virtud de la prueba videográfica que los graban varios días incumpliendo con su obligación de realizar requisas de seguridad en vehículos, pese a documentarlo en los partes de trabajo. Las cámaras de seguridad no eran de la empleadora sino de IFEMA y SECURITAS pide al centro el visionado de las imágenes por sospechas de irre-

54 STS 22 julio 2022 (rec.701/2021, ECLI:ES:TS:2022:3160).

55 STS 31 de enero 2017 (rec. 3331/2015, ECLI:ES:TS:2017:654).

56 STS 21 julio 2021(rec.4877/2018, ECLI:ES:TS:2021:3115).

57 STS 13 octubre 2021 (rec.3715/2018, ECLI:ES:TS:2021:3789).

58 STS 25 enero 2022 (rec. 4468/2018 ECLI:ES:TS: 2022:362).

gularidades de los respectivos empleados. El TS señala que es indiferente quien sea el titular de la grabación (con independencia de la responsabilidad por incumplimiento ley de protección de datos) y que la finalidad de la videovigilancia fuera la seguridad de las instalaciones ya que existía el dispositivo informativo y todos los trabajadores de SECURITAS eran conocedores de la existencia de videovigilancia, con ello se supera el juicio del triple test de proporcionalidad.

- **Camarero del aeropuerto de Madrid-Barajas.** La STS 30 marzo 2022⁵⁹ estima el recurso de la empresa y revoca la STSJ Madrid 16 enero 2020 declara pertinente la prueba videográfica y considera el despido del empleado como procedente. Se supera el principio de proporcionalidad de la medida de videovigilancia al existir un problema consistente en la pérdida desconocida en el comercio al por menor; idónea para el logro de esos fines, necesaria, debido a la inexistencia de otro tipo de medios menos intrusivos para conseguir la citada finalidad; y proporcionada a los fines perseguidos, habiéndose utilizado el dato obtenido para la finalidad de control de la relación laboral y no para una finalidad ajena al cumplimiento del contrato⁶⁰.
- **Empleada de STARBUCKS.** La STS 1 junio 2022⁶¹ casa la STSJ Cataluña 7 febrero 2020, que declaró nulo el despido de la empleada de la entidad recurrente, al considerar ilícita la prueba videográfica en la que se basó el despido por vulnerar el derecho a la protección de datos. La videovigilancia permanente es proporcional porque se conoce por los trabajadores que existen cámaras en el lugar de trabajo y debido a que están instalados los carteles informativos⁶².

El caso de la empleada de hogar. STS 22 julio 2022

Los hechos relevantes del supuesto que nos ocupa son los siguientes: una empleada de hogar venía prestando sus servicios desde el 15 de noviembre de 2006, realizando 25 horas a la semana de lunes a viernes para una señora que sufría tetraplejía. El 10 de junio de 2019, el marido de la empleadora interpuso una denuncia en la policía nacional denunciando que le habían sustraído 30.000 euros y joyas de la caja fuerte que estaba dentro de los cajones de un armario ubicado en su casa. Ante tales hechos se colocó una cámara oculta junto a la caja fuerte. Dos días después del hurto, se graba a la empleada de hogar abriendo el armario y tratando de acceder a la caja fuerte, sin poder hacerlo porque se había introducido un código de acceso. Se procede a despedir a la trabajadora mediante carta de despido disciplinario a través de burofax.

Iter procedimental

Se procedió a impugnar el despido que resultó desestimado mediante sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón 30 de enero de 2020.

59 STS 30 marzo 2022 (rec. 1288/2020 ECLI:ES:TS: 2022:1233).

60 La empresa instaló un sistema de control por videovigilancia con la finalidad de intentar reducir y prevenir el problema de la pérdida desconocida en el comercio al por menor y se colocaron carteles informativos. Al trabajador se le detectan ocho irregularidades en el cobro durante cinco días. La actividad de video vigilancia era continuada efectuándose comprobaciones aleatorias y el sistema de videovigilancia era conocido por el trabajador por evidente y notorio.

61 STS 1 junio 2022 (rec.1993/2020, ECLI:ES:TS:2022:2252).

62 Se recibió una queja por redes sociales de que una camarera no atendía a los clientes porque no faltaban 15 minutos para la apertura de la tienda, pero sí servía gratis a un amigo un café. Se procedió al visionado de las cámaras se cotejó la información del cliente y se despidió a la trabajadora.

Se interpuso recurso de suplicación que dio origen a la STSJ Asturias 20 octubre 2020 que revocó la sentencia de la instancia y consideró el despido como improcedente al invalidar la prueba videográfica por considerarla lesiva del derecho a la autodeterminación informativa de la trabajadora.

Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de la empleadora recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el TSJ de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, de fecha 14 de septiembre de 2016. Admitido el recurso, el Ministerio Fiscal informó dictaminando en el sentido de considerar el recurso procedente. La Sala de lo Social del TS estimó que, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procedía su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la LOPJ.

Finalmente se dictó la STS 22 julio 2022 que estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto, se casa y anula la STSJ 20 de octubre de 2020. Resolviendo el debate planteado en suplicación, en el sentido de desestimar el recurso de tal clase interpuesto por la empleada y confirmar la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón, de 30 de enero de 2020.

Existencia de contradicción

Se considera que ciertamente, existen diferencias entre la sentencia recurrida y la de contraste, pero tales desigualdades (relación común y laboral especial, sitios de las cámaras, sustracción de comida y robo de joyas y dinero, normas distintas: LOPD y LO 3 /2018) son menores pues en lo sustancial concurre la contradicción exigida. En el caso de la sentencia referencial la trabajadora fue despedida disciplinariamente por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza por sustracción de bienes empresariales, lo que se acreditó, tras la existencia de sospechas, por una grabación de videovigilancia con ausencia en ambos casos de información previa. Y el debate planteado es el mismo es si existe alguna justificación para prescindir del deber de información previa que en la actualidad impone el art. 89.1 de la LO 3/2018, incluso del dispositivo al que se refiere el párrafo segundo del precepto.

Criterios precedentes

- La sentencia comentada recoge que la STC 39/2016, 3 de marzo de 2016, concluye que la ponderación de la proporcionalidad de la medida adoptada puede excluir que el incumplimiento del deber de información previa suponga una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos del art. 18.4 CE.
- La sentencia que nos ocupa señala que la doctrina de la STEDH 17 de octubre de 2019 (López Ribalda II), afirma que una imperativa protección de intereses privados puede justificar la ausencia de información. En este punto el TS matiza que la sentencia que se recurre en casación interpreta mal este aspecto, pues recoge que, si había cartel informativo, pero este era para las cámaras de videovigilancia permanente no existía para las que se colocaron *ad hoc*. Por otro lado, se afirma que de la doctrina de la *López Ribalda II*, se desprende que existían diversas esferas para tutelar la vulneración del art. 18.4 CE aparte de la laboral. Asimismo, se recuerda que la sentencia corrigió a la doctrina de la *López Ribalda I* y que tal jurisprudencia europea superada fue la tenida en cuenta a la hora de elaborar la LO 3/2018.

Doctrina básica

En un proceso por despido de una empleada de hogar son válidas de pruebas de grabación de imagen obtenidas a través de cámara oculta justificada ante la cantidad sustraída del hogar familiar sin necesidad de carteles informativos, teniendo en cuenta que sólo enfocaba al armario donde se encontraba la caja fuerte, siendo no sólo una medida justificada e idónea, sino también necesaria al no existir otros medios menos intrusivos para conseguir esa finalidad, y, en consideración también a la gran vulnerabilidad de la empleadora.

Pasajes determinantes

La Sala de lo Social somete la fiscalización de la prestación laboral a videovigilancia encubierta y se considera que supera el principio de proporcionalidad por superar los tres subprincipios, a saber:

1. En relación con el subprincipio de idoneidad. El TS considera que la justificación era seria, habida cuenta del alcance de lo denunciado como cantidad sustraída en el domicilio familiar en el que prestaba servicios la empleada.
2. En lo referente al principio de necesidad lo decisivo es que no existe otro medio menos intrusivo para probar los hechos, pues se considera que no es fácil imaginar con qué otra prueba podría acreditarse dicho incumplimiento y autoría, que la empleadora está obligada a probar en el juicio por despido.
3. A mayor abundamiento la cámara únicamente enfocaba al armario en el que estaba instalada la caja fuerte, sin que lo hiciera sobre ningún otro punto de la habitación ni del hogar familiar. Además, se alegan las circunstancias concretas del presente caso la gran vulnerabilidad de la empleadora por su situación de salud. La imposibilidad de que se inadmitiera en el proceso de despido la prueba de videovigilancia dejaría inerte a la empleadora, que además es especialmente vulnerable como ya se ha señalado.
4. Se considera que la prueba era proporcionada en sentido estricto, al fin perseguido, por lo que satisfacía las exigencias de proporcionalidad de la jurisprudencia del TEDH y del TC.

El TS reconoce que existe un incumplimiento del deber de información previa a la empleada de hogar, pero ello no supone una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos por tres motivos concurrentes y decisivos, a saber:

- El supuesto es de videovigilancia bajo la modalidad encubierta u oculta con otros requisitos y prerrogativas diferentes a la permanente. Se trata sospechas razonables por una sustracción previa de una cantidad importante, conducta que desde la perspectiva penal incluso podría haber dado lugar a una videovigilancia judicialmente autorizada sin información de la persona afectada.
- Previamente se ha realizado una ponderación de la proporcionalidad de la medida adoptada de videovigilancia y el triple juicio se ha superado.
- Se trata de un *supuesto excepcional y singular*, que es la prestación de servicios de una empleada en el hogar: «*un lugar bien específico y singular desde la perspectiva de la protección de datos personales. Y ciertamente en el hogar familiar su titular y quienes con él conviven ejercen derechos fundamentales de especial importancia y reforzada tutela*». Se menciona la excepción doméstica del art. 2.2 c) del 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. Se recoge que precepto dispone que el Reglamento

no se aplica al tratamiento de datos personales «efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente ... domésticas». Aunque por el TS se admite que de conformidad con el considerando 18, esta excepción doméstica ha de estar en principio desconectada de una actividad profesional. Parece que se interpreta la aplicación de la excepción en la *frontera* como algo que está cerca de ser subsumible.

De tal que forma que, y si se dan circunstancias similares a las tres anteriores del supuesto que nos ocupa calificadas de manera reiterada en varios pasajes como singulares y excepcionales, las obligaciones informativas podrán *excepcionalmente modularse*, y ello supone también que en otros casos enjuiciables se podrá prescindir del distintivo informativo de la Instrucción 1/2006 de la AEPD. Pues tal colocación habría con toda probabilidad frustrado la posibilidad de acreditar el grave incumplimiento, sobre el que existían muy fundadas sospechas, así como la posibilidad de acreditar la autoría de dicho incumplimiento.

Se afirma por el TS que el hecho de que no se produzca un incumplimiento de los derechos fundamentales no significa que no existan posibles responsabilidades por incumplimiento de la legislación de protección de datos de otro tipo para la empleadora como administrativas civiles o de que otra naturaleza que ello pueda conllevar.

Comentario

La Sala IV del TS manifiesta una continuidad en su doctrina anterior, únicamente ahora da un paso más y se refiere a una situación en la que a diferencia de las anteriores, no existe un dispositivo informativo de videovigilancia, pero cabe destacar que estamos ante la situación peculiar de una empleada de hogar, que constituye una relación de trabajo con características especiales a la relación laboral común.

Como deficiencias del razonamiento, cabe destacar que el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se encuentra menos justificado y argumentado que los dos subprincipios anteriores, cuando la ponderación tiene un papel fundamental y determinante en esta técnica de enjuiciamiento.

Por otro lado, ha de hacerse una llamada de atención en relación con el hecho de que la expectativa razonable de privacidad es muy elevada en los lugares de carácter cerrado, como es un domicilio particular donde se trabaja, mientras que esa expectativa es significativamente menor en los sitios abiertos al público. En el análisis de la proporcionalidad de la medida de videovigilancia, a la luz de la protección de la privacidad que la empleada de hogar podría razonablemente esperar, este aspecto se tenía que haber razonado y analizado ponderado ese sacrificio a la expectativa razonable de privacidad, pero no ha sido tenido en cuenta.

7.2 Videovigilancia a una funcionaria de la AEAT

El caso de la STS 26 abril 2021

Los hechos del supuesto de la STS 26 abril 2021⁶³ son los siguientes: una funcionaria de la Hacienda es suspendida de empleo y sueldo por ocho meses al haberse constatado por

63 STS 26 abril 2021 (rec.4645, 2019, ECLI:ES:TS:2021:1564).

videovigilancia permanente que había evadido los sistemas de control de horarios del edificio donde trabajaba sito en la Calle Guzmán el Bueno de Madrid, todo ello para impedir que fueran detectados los incumplimientos injustificados de la jornada de trabajo. Para el conocimiento de tales extremos mencionados se utilizaron cámaras cuya finalidad era salvaguardar con fines de seguridad las zonas generales de acceso y uso general del público.

Iter procedimental

El Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm.2 dictó sentencia de fecha 15 de diciembre de 2017 que fue desestimatoria de las pretensiones aducidas. La funcionaria afectada recurrió en apelación frente a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y el recurso fue estimado en parte dejando la sanción en cuatro meses de suspensión de empleo y sueldo por aplicación del principio de proporcionalidad se rebajó la sanción pero la fiscalización por la videovigilancia se consideró adecuada y necesaria, por no existir otros medios, de comprobar los mecanismos que utilizaba la funcionaria para acceder al edificio y detectar las posibles irregularidades. Disconforme con tal pronunciamiento recurre ante el Tribunal Supremo. El interés casacional del recurso queda delimitado, a tenor de lo acordado mediante ATS de 25 de febrero de 2020, en delimitar el ámbito de aplicación de la videovigilancia a los funcionarios públicos y la ausencia de precedentes al respecto.

Criterios precedentes

La sentencia reseña que la STC 29/2013, de 11 de febrero, había considerado, que era necesario informar expresamente a los trabajadores de la finalidad de control sobre el cumplimiento de las condiciones del trabajo, que tenían las cámaras instaladas, incluso para la imposición de posibles sanciones disciplinarias.

También resalta que la posterior STC 39/2016 citada había declarado que resulta suficiente la colocación del distintivo informativo exigido por la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras.

Doctrina básica

La Sala III del TS afirma que, en el ámbito de la Administración Pública, el uso de sistemas de videovigilancia, establecidos con carácter permanente y con una finalidad general de vigilancia y seguridad, no exige informar a los funcionarios de manera previa, expresa e inequívoca, sobre la finalidad de control de la actividad laboral de dicho sistema y, en su consecuencia, su posible utilización para la imposición de sanciones disciplinarias.

Pasajes determinantes

La Sala de lo Contencioso Administrativo declara que la graduación del deber de información ha de atender al casuismo, a las circunstancias de cada caso y que en el presente la captación de imágenes no se realizó mediante la instalación de cámaras nuevas específicamente instaladas *ad hoc* para fiscalizar la labor de la funcionaria, sino que la comisión de la infracción se acreditó con las cámaras existentes, que ya conocía la recurrente como se revela:

- Por un lado, porque lo indicaban los carteles de información ordinaria de las cámaras instaladas con carácter general en el edificio para la seguridad y vigilancia. Se ha declarado que resulta suficiente la colocación del «distintivo informativo» exigido por la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la AEPD.
- Por las propias maniobras de la funcionaria que pretendían esquivar el control de las cámaras y de las condiciones de trabajo como el horario de cumplimiento diario. Todo ello con una potente presencia del interés general ante este tipo de conductas que además de mancillar la imagen de la Administración como organización servicial de la comunidad, su generalización afectaría al adecuado funcionamiento de la institución.

No es necesario especificar, más allá de la existencia de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control. Tras esto se aplica el principio de proporcionalidad, argumentándose a la hora de utilizar la videovigilancia concurre un objetivo legítimo que es la prueba de idoneidad, que la medida es necesaria para el cumplimiento de la finalidad pretendida prueba de necesidad y que efectivamente resulta proporcionada y adecuada al interés general proporcionalidad estricta.

Finalmente se considera que el juicio de proporcionalidad se supera porque concurre un objetivo legítimo en el uso de los datos, pues se acredita un incumplimiento reiterado de los deberes propios de un funcionario público con el consiguiente descrédito que se ocasiona a la imagen de la Administración Pública.

Para cierto sector de la doctrina la sentencia pone de relieve lo frágiles que son las normas protectoras de derechos cuando éstos se enfrentan a la necesidad de reprimir conductas infractoras de la ley⁶⁴.

Comentario

El razonamiento del principio de proporcionalidad no es del todo elaborado, se ha utilizado de una manera inconsistente y vaga, se enuncia en un plano meramente teórico, sin proceder a analizarse en las circunstancias del caso concreto. Finalmente, se alude al interés público y a la condición de funcionaria de la litigante que parecen ser lo determinante, primeramente, se analiza el resultado de la videovigilancia y después se justifica el medio cuando, debería ser al revés.

Comparativa entre las sentencias de las dos Salas

La doctrina de la Sala IV en la STS de 22 de julio de 2022 y la de Sala III en la STS 26 abril de 2021 es similar ya que ambas utilizan el principio de proporcionalidad como técnica de enjuiciamiento para validar la videovigilancia y sendas sentencias recogen la misma jurisprudencia constitucional y europea para su fundamentación, aplicando ambas una visión restrictiva desde el punto de vista de los derechos fundamentales del trabajador.

64 XIOL RIÓS, C: «Protección de datos. La validez de la prueba de imágenes obtenidas por cámaras de video de seguridad no requiere advertencia expresa al personal de su uso en procedimientos sancionadores. Basta con que estén instalados los carteles de aviso al público. Videovigilancia. Expedientes disciplinarios», *La Administración Práctica*, n.º 12, 2021.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

Tras la comparativa de las sentencias del Tribunal Supremo de dos Salas diferentes dictadas en materia de videovigilancia, y la doctrina de la STC 119/2022, de 29 de septiembre de 2022, cabe, sin duda, concluir que la tendencia es homogénea en la doctrina. La jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de atenuar el rigor de las exigencias de los derechos protegidos por el art. 18 CE en sus apartados 1 y 4, ello sin duda, supone un menoscabo por el recorte de los derechos fundamentales al trabajador o al funcionario, en su caso.

Se puede afirmar, que las tres sentencias tienen un común denominador que es el margen de apreciación, un ámbito de discrecionalidad en la aplicación del ámbito de la videovigilancia regulada en la LO 3/2018. Es por todos sabido que cuanto más importante es considerado un derecho en una sociedad democrática, menor el margen de apreciación, parece que la configuración del derecho a la protección de datos no ha terminado de penetrar con relación al alcance de su relevancia. El margen de apreciación es extenso en las posibilidades excepcionales de la videovigilancia que se otorgan en caso de flagrancia y ello conlleva a limitar de sobremanera los derechos fundamentales de los trabajadores.

Los diferentes pronunciamientos judiciales de las distintas etapas analizadas en la jurisprudencia sobre videovigilancia nos llevan a concluir que el test de proporcionalidad no ha sido aplicado de manera uniforme, sino que se utilizan diferentes variantes para contextos similares. Da la impresión de que la doctrina sobre videovigilancia es algo volátil, por sus múltiples vaivenes.

Cabe plantearse si no existe una aplicación desmedida del principio de proporcionalidad como vara de medir, una sobreutilización como medida de enjuiciamiento. En ocasiones, incluso, se vacía de contenido el razonamiento judicial al no enjuiciarse sobre los tres subprincipios, pero con el mero uso del principio de proporcionalidad ya se justifica la medida fiscalizadora, es decir, se utiliza la técnica como un mero formalismo, pero sin justificación o argumentación material sólida y ello de por sí ya es suficiente para justificar la fiscalización de la prestación por videovigilancia. Ello lleva a concluir que se debe acudir a otras técnicas de enjuiciamiento más objetivas y no optar por esta técnica siempre porque tiene debilidades.

El principio de proporcionalidad conlleva un mandato de optimización, pero no todos los enjuiciamientos de derechos fundamentales exigen ponderación como resolvió la STC 29/2013, de 11 de febrero. Es probable que el derecho a la protección de datos no se pueda encorsetar por un mandato de optimización sin que pierda su esencia. Puede recurrirse a otras técnicas como la delimitación y especificación donde se decida cuándo resulta legítimo ejercer el derecho a la protección de datos por encima de los derechos de la empresa.

BIBLIOGRAFÍA

ALEINIKOFF, A.: *El Derecho Constitucional en la era de la ponderación*, Palestra, 2015.

ALEXY, R.:

- «La fórmula del peso» en AA. VV. CARBONEL, M. (Coord.): *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, ed. Carbonell, 2008.
- «Principios formales», *DOXA, cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 37, 2014.
- *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ÁLVAREZ ALVITE, A.: «El derecho a la vida privada en la doctrina del Tribunal europeo de Derechos Humanos: un largo camino por recorrer», *Revista Aranzadi de la Unión Europea*, n.º 5, 2022.

BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

GOÑI SEIN, J. L.:

- «Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos», *Justicia Laboral*, n.º 39, 2009.
- «Los Derechos Fundamentales Inespecíficos en la Relación Laboral Individual: ¿Necesidad de Reformulación?» en AA.VV. (AEDTSS): *Los Derechos Fundamentales Inespecíficos en la Relación Laboral y en Materia de Protección Social, XXIV Congreso Nacional Del Trabajo y de la Seguridad Social*, ed. Cinca, 2014.
- «Los límites de las potestades empresariales vs. Derecho a la intimidad de las personas trabajadoras en el entorno de las TIC. El control empresarial en el espacio virtual. Problemática laboral de las redes sociales», *Actum Social*, n.º 95, 2015.
- «El derecho a la privacidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo (Comentario al artículo 89 LOPDGGDD)» en AA.VV.: *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Aranzadi 2021.

LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Acerca de la crítica de Ralf Poscher a las tesis de Robert Alexy, Comentario a la Ponencia del Dr. Ralf Poscher» en AA.VV. ELÓSEGUI ITXASO, M.: *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 Aniversario*, Marcial Pons, 2016.

- MARTÍNEZ ZORRILLA, D.: «Alternativas a la ponderación. el modelo de Susan I. Hurley», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 86, 2009.
- MOLINA NAVARRETE, C.: «¿Son legítimos los usos laborales de cámaras ocultas?: «no, pero sí; sí, pero no», Comentario de la STEDH de 17 de octubre de 2019 (Caso López Ribalda c. España -II)», *La Ley Privacidad*, n.º 3, 2020.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «La STEDH Gran sala de 17 de octubre de 2019, López Ribalda y otros contra España: Una sentencia razonable no razonada», en AA.VV. PÉREZ MANZANO, M.(coor): *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, Universidad Complutense de Madrid, 2020.
- PRECIADO DOMÉNECH, C.H.: «Comentarios de urgencia a la STEDH 17 octubre de 2019 caso López Ribalda c. España (Gran Sala)», *Jurisdicción social Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, n.º 204, 2019.
- POSCHER, R.: «Teoría de un fantasma: la búsqueda infructuosa de la teoría de los principios por su objeto» en AA.VV. ELÓSEGUI ITXASO, M: *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 Aniversario*, Marcial Pons, 2016.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y CUADROS GARRIDO, M.E.: «Autodeterminación informativa: un derecho en alza», *Revista Gallega de Derecho Social*, n.º 8, 2019.
- SEOANE RODRÍGUEZ, J. A.: «Todo exceso es insano, también para el Derecho. Comentario a la Ponencia del Dr. Carsten Bäker», AA.VV. ELÓSEGUI ITXASO, M: *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 Aniversario*, Marcial Pons, 2016.
- TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «Novedades en la videovigilancia de los trabajadores en cuanto al uso de videocámaras clandestinas u ocultas», *Diario La Ley*, n.º 10161, 2022.
- XIOL RIÓS, C.: «Protección de datos. La validez de la prueba de imágenes obtenidas por cámaras de video de seguridad no requiere advertencia expresa al personal de su uso en procedimientos sancionadores. Basta con que estén instalados los carteles de aviso al público. Videovigilancia. Expedientes disciplinarios», *La Administración Práctica*, n.º 12, 2021.

