

EL NECESARIO CAMBIO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE VIDEOVIGILANCIA Y CONTROL DE MENSAJERÍA ELECTRÓNICA DE LOS TRABAJADORES A LA VISTA DE LA DOCTRINA DEL TEDH

JAIME CABEZA PEREIRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo

EXTRACTO

Palabras Clave: Vida privada, intimidad, secreto de las comunicaciones, video-vigilancia, correos electrónicos.

La privacidad ha evolucionado como un asunto principal en las relaciones laborales. La video-vigilancia y el control de los correos electrónicos de los trabajadores pueden ser medidas justificadas de la empresa para asegurar el correcto cumplimiento de sus deberes por parte de los empleados. Sin embargo, afectan a algunos derechos fundamentales como la vida privada, la intimidad y el secreto de las comunicaciones. El crecimiento y la difusión de las TIC han producido un aumento sostenido de los casos en los que los trabajadores se han opuesto al control de su actividad en el lugar de trabajo por parte del empleador. En consecuencia, se ha producido una interesante jurisprudencia, en paralelo, por parte del Tribunal Constitucional español y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En los últimos meses, algunas sentencias de este último ponen en cuestión doctrinas importantes elaboradas por aquél. De hecho, el Tribunal Constitucional español ha entendido de forma muy estrecha el contenido de los derechos fundamentales antes mencionados y ha reconocido a las empresas un amplio campo para controlar la actividad de sus trabajadores a través de las TIC. En esa encrucijada, este artículo trata de comparar ambos cuerpos de jurisprudencia, con el objetivo de discutir la necesidad de cambiar la orientación de las sentencias del Tribunal Constitucional.

ABSTRACT

Key Words: Private life, intimacy, secret of communications, video surveillance, e-mails.

Privacy has been evolved as a main issue in the employment relationships. Video surveillance and checking the workers' emails may be justified measures developed by the company to ascertain the right accomplishment of their duties by employees. However they affect some fundamental rights like private life, intimacy and secret of communications. The growing up and dissemination of ICT has produced a sustained increase of cases where workers have opposed to the monitoring of their activity in the workplace made by the employer. Therefore an interesting case-law has been build, in parallel, by the Spanish Constitutional Court and by the European Court of Human Rights. Last months some judgments made by the later put in question important rulings made by the former. Indeed, the Spanish Constitutional Court has understood in a very narrow way the content of the aforementioned fundamental rights and has recognized to companies a wide field to check the activity of their workers through ICTs. In that crossroad, this article tries to compare both bodies of case law with the aim of discussing the necessity of changing the orientation of Constitutional Court's rulings.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TEDH QUE EMPARENTAN LA VIDA PRIVADA DEL TRABAJADOR CON EL CONTROL DE LOS MEDIOS TECNOLÓGICOS PUESTOS A SU DISPOSICIÓN
3. LA JURISPRUDENCIA ORIGINARIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE VIDEO-VIGILANCIA Y CONTROL DE LA PRESTACIÓN LABORAL
4. SUS PRONUNCIAMIENTOS RECIENTES
5. LA ÚLTIMA JURISPRUDENCIA DEL TEDH DESDE BARBULESCU
6. CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN*

Esta materia está transitada por una doctrina judicial bastante oscilante. Dos órganos situados fuera de la Jurisdicción ordinaria –uno, interno, el Tribunal Constitucional, el otro, regional europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos- han dictado en los últimos tiempos criterios que no resultan plenamente coincidentes. Puede decirse, en particular en las sentencias más recientes, que la Corte de Estrasburgo está elaborando unos criterios más garantistas con los derechos de los trabajadores que el Tribunal Constitucional. Es evidente que éste ha de adaptar su jurisprudencia, a la vista de las contradicciones más fuertes que puedan existir entre ambos tribunales.

En el proceso laboral debe tenerse muy en cuenta, por otra parte, el art. 88 del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016 del Parlamento Europeo y del Consejo, 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. Dicho precepto prevé que las legislaciones internas de los Estados Miembros, o bien los convenios colectivos, establezcan medidas específicas de protección de los derechos de los trabajadores en cuanto al tratamiento de datos personalizados en el ámbito laboral. Tales normas –ordena dicho precepto- incluirán medidas adecuadas para preservar la dignidad humana de los interesados, sus derechos fundamentales y sus intereses legítimos¹. De tal modo que todo el acervo normativo

* Este estudio se ha elaborado en el contexto del proyecto de investigación financiado por el MINECO con número de referencia DER2017 -83488 -C4 - 2 - R, “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital”.

¹ Art. 88: 1. “Los Estados miembros podrán, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, establecer normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral, 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

que se construya, ya a nivel heterónomo, ya a nivel autónomo, deberá de tenerse en cuenta también a efectos procesales, pues la aportación y la valoración de la prueba tendrán que someterse al tamiz de estas normas sustantivas.

Dicho lo cual, el TC ha dictado su jurisprudencia a través de recursos de amparo que se han centrado, básicamente, en la interpretación del art. 18 de la CE y de los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones y a la limitación del uso de la informática para preservar el pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos. Por su parte, el TEDH ha basado su jurisprudencia en el derecho al respeto de la vida privada y familiar, enunciado en el art. 8 del Convenio de Roma². En las páginas que siguen se va a formular un repaso de la doctrina de uno y otro órgano, en un desarrollo cronológico de sentencias que sirve para expresar, con más claridad, la evolución de criterios y poner de relieve los puntos críticos que existen en la actualidad.

Debe, en todo caso, expresarse una idea adicional. La jurisprudencia del TEDH es esencialmente viva y adaptada a las convicciones sociales que en cada momento imperan en Europa. Es decir, su doctrina se elabora con permanente atención a las mismas, de modo que el órgano se concibe como una especie de termómetro de la conciencia de Europa. Que el art. 8, concebido en un momento histórico determinado, haya servido para acoger las vulneraciones a la vida privada derivadas del uso abusivo de los mecanismos de control que el empresario pone en marcha a través de las tecnologías de la información y de la comunicación pone de manifiesto esta característica. Lo cual vale para añadir que, seguramente, la impronta de las TICs en la vida privada de los trabajadores seguirá produciendo una doctrina sensible a los nuevos usos sociales y al propio avance tecnológico, siempre incesante. Que la jurisprudencia constitucional interna se acompañe a la del Tribunal de Estrasburgo constituye la mejor garantía de que también el art. 18 de la Constitución sirve

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”.

2. *“Dichas normas incluirán 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 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”.*

3. *“Cada Estado miembro notificará a la Comisión las disposiciones legales que adopte de conformidad con el apartado 1 a más tardar el 25 de mayo de 2018 y, sin dilación, cualquier modificación posterior de las mismas”.*

2 *“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 pública 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”.

para asimilar ese impacto de la tecnología y la huella que va dejando en los hábitos y en las convicciones sociales.

Del mismo modo, que ahora la jurisprudencia interna y la de la Corte del Consejo de Europa exhiban ciertas diferencias –como va a ponerse de manifiesto– exige superar ese desajuste, pero también reflexionar acerca de si las garantías de los derechos de los trabajadores frente a los mecanismos de control tecnológico por parte del empresario son suficientes. Como expresa el TEDH en recurrente jurisprudencia, el derecho del art. 8 del Convenio de Roma –al igual que otros– no se salvaguarda satisfactoriamente mediante obligaciones negativas de los Estados, sino también mediante obligaciones positivas necesarias para una efectiva protección de la vida privada. Tales obligaciones positivas pueden implicar la adopción de medidas para asegurar el respeto a la vida privada en las relaciones entre particulares. Lo cual constituye una fuerte llamada al legislador, para que haga uso de la función para la que está llamado a este respecto.

2. LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TEDH QUE EMPARENTAN LA VIDA PRIVADA DEL TRABAJADOR CON EL CONTROL DE LOS MEDIOS TECNOLÓGICOS PUESTOS A SU DISPOSICIÓN

Sobre ellos, basta con una referencia breve, que se matizará en mayor medida cuando se haga alusión a los problemas actuales. La primera sentencia en la que plantea una vulneración del art. 8 relacionada con la vigilancia en el centro de trabajo se dicta el 25 junio 1997, asunto *Halford c. Reino Unido*. Se trataba de una mujer que había alcanzado cierto grado jerárquico en la policía británica y a la que se le denegó la promoción a jefa de policía adjunta. Alegó que se habían interceptado sus llamadas telefónicas, tanto en el trabajo como en su casa y, en efecto, el Tribunal concluyó que se había vulnerado el art. 8 del Convenio a causa de dicha conducta que había padecido en relación con sus contactos por teléfono. Las conversaciones que había mantenido la interesada se incluían dentro de los conceptos “vida privada” y “correspondencia”. Además, había una razonable apariencia de que las conversaciones habían sido interceptadas por la policía con el objetivo de reunir información para la defensa de la demanda por discriminación sexual que ella había interpuesto. En este escenario, como quiera que la legislación británica sobre intervención de las comunicaciones no se aplicaba a las de tipo interno de las autoridades públicas, no había ninguna norma interna que protegiera a la reclamante, a la cual no se le concedía, por consiguiente, protección alguna. De tal modo que también se había producido una violación del derecho a un recurso efectivo del art. 13 del Convenio de Roma.

Mucho más conocido –y ya más reciente– es el asunto *Copland c. Reino Unido*³, relativo a una trabajadora de un centro de educación superior de titularidad

³ Sentencia de 3 abril 2007.

estatal que ostentaba el cargo de secretaria personal del rector. Su queja se produjo porque su teléfono, su mail y su ordenador habían sido revisados en el contexto de una investigación realizada a dicho rector. El Tribunal estimó, en efecto, que se había producido una violación del art. 8. Recordó a tal fin la doctrina del asunto *Halford* acerca de que las llamadas de teléfono realizadas desde las instalaciones de la empresa se incluían en los conceptos de vida privada y de correspondencia. Lógicamente, extendió la misma consideración a los mails enviados desde su ordenador del trabajo.

En particular, la trabajadora no había sido advertida de que sus llamadas y sus mensajes podrían ser objetivo de control, de tal modo que se le generó una razonable expectativa acerca de la privacidad de sus llamadas y mensajes realizados en el trabajo, así como sobre su uso de internet. A lo cual no se oponía el hecho de que la empleadora hubiese obtenido legítimamente sus datos a partir de las facturas telefónicas, pues ello no era impedimento para apreciar una intromisión en la vida privada. Como tampoco lo era el hecho de que los datos obtenidos no habían sido revelados a terceras personas ni tampoco utilizados en otros procedimientos disciplinarios contra la reclamante. Así pues, la obtención y almacenamiento de datos relativos al uso del teléfono, mail e internet por parte de una trabajadora sin su conocimiento violaba el art. 8.

En este caso, el Tribunal no entró a dilucidar si esos controles podían considerarse necesarios, en el contexto de una sociedad democrática, en determinadas situaciones y para la consecución de fines específicos. Pues, de nuevo, faltaba una normativa interna que regulara los controles. De modo tal que la limitación del derecho a la vida privada no se había producido de acuerdo con la legislación interna.

Es verdad que, en estos asuntos primeros, el Tribunal no se pronuncia acerca del equilibrio de la vida privada con otros derechos, ni entra por lo tanto en los juicios de justificación, necesidad y proporcionalidad. Sin embargo, ya apunta tres cuestiones que se consolidan como parte fundamental de su jurisprudencia: la primera, la protección que el art. 8 otorga frente a los controles de los medios tecnológicos que las empresas ponen a disposición de los trabajadores. La segunda, que el centro de trabajo constituye un escenario que también está protegido dentro del concepto de vida privada. La tercera, que la falta de una advertencia previa sobre el posible control de los medios telemáticos puestos a disposición por parte de la empresa genera una expectativa razonable de privacidad que no pueden desconocer los órganos juzgadores.

Un tercer asunto⁴, referido a video-vigilancia, abundó en estas líneas maestras, en torno a unos hechos bastante recurrentes, como va a comprobarse en posteriores sentencias internas y europeas. Se trataba de una trabajadora, cajera de un supermercado, despedida por hurto después de haber sido sometida a una graba-

⁴ Asunto *Köpke c. Alemania*, sentencia de 5 octubre 2010.

ción de video desarrollada por su empresa con la ayuda de una agencia de detectives. En este caso, el Tribunal inadmitió la reclamación, puesto que los órganos internos habían observado un equilibrio razonable entre el respeto a la vida privada de la trabajadora y el interés del empresario a la protección de sus derechos. A tal efecto destacó que la medida había sido limitada en el tiempo –apenas se había prolongado durante dos semanas- y solo había alcanzado el área que rodeaba la caja, en todo caso accesible al público. Los datos obtenidos habían sido procesados por un número muy limitado de personas de la agencia de detectives y de la estructura de la empresa y solo habían sido utilizados a los efectos del despido y de los procedimientos judiciales subsiguientes. De modo que la intromisión en la vida privada de la recurrente se había restringido a lo estrictamente necesario a los efectos de los fines perseguidos. Ahora bien, el Tribunal matiza que, a la vista de las circunstancias concurrentes y de la mayor o menor intrusión de los medios utilizados, la ponderación podía ser otra en el futuro, máxime a la vista de cómo las tecnologías son cada vez más sofisticadas. Por lo demás, en esta sentencia no se formula ninguna consideración acerca de la necesidad o de la conveniencia de que se haya producido una previa advertencia sobre el control de la prestación laboral a través de medidas de video-vigilancia.

3. LA JURISPRUDENCIA ORIGINARIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE VIDEO-VIGILANCIA Y CONTROL DE LA PRESTACIÓN LABORAL

No puede decirse que el TC haya seguido una senda absolutamente lineal en su aproximación a esta materia. En cuanto a los derechos a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la libertad informativa cuestionados en el marco de una relación laboral, los problemas se han planteado, en particular, sobre el asunto de la video-vigilancia y en torno a la fiscalización por parte del empresario de correos electrónicos y otros mensajes enviados a través de plataformas informáticas.

Desde una perspectiva cronológica, el primer asunto de interés se suscitó con la STC 98/2000, de 10 abril, en relación con un sistema de grabación de la imagen y del sonido implantado en un determinado centro de trabajo de una empresa de casinos y juegos de azar, al efecto de controlar la prestación la laboral en determinados puestos de trabajo. El problema residía, en particular, en la instalación de unos micrófonos para grabar conversaciones. Como quiera que el comité de empresa no fue informado a tales efectos, su presidente requirió la retirada de los mismos, que no fue aceptada por la empresa.

Con este planteamiento, el TC recuerda que el derecho a la intimidad no es absoluto y que el poder de dirección del empresario lo habilita para adoptar medidas de vigilancia acerca del correcto cumplimiento de la prestación laboral. No obstante, tales medidas deben desarrollarse con pleno respeto a la dignidad

del trabajador. Como expresa el art. 2 de la LO 1/1982, de 5 mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, son intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad, entre otras, “el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas”, así como “la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción”.

A partir de estas premisas, el Tribunal manifiesta una primera idea parcialmente coincidente con la doctrina del TEDH, aunque expresada con más matices: si bien la jurisprudencia del Tribunal ha admitido en alguna ocasión que los hechos referidos a relaciones sociales y profesionales en el desarrollo de la actividad laboral no se integran en la esfera privada de la persona, no cabe ignorar que en ocasiones es factible acceder a informaciones atinentes a la vida íntima y familiar del trabajador protegidas por el art. 18 pese a que éste se encuentre en el centro de trabajo y prestando sus servicios profesionales. Por supuesto, esta aproximación tan dubitativa tenía que volverse más asertiva a la vista de la doctrina del TEDH. No es que no pueda descartarse –como expresa el Tribunal- que en el centro de trabajo puedan producirse intromisiones ilegítimas del empresario en la intimidad del trabajador, sino que las relaciones que suceden en el marco del contrato de trabajo también pertenecen a la esfera privada del trabajador.

Concluye el Tribunal que habrá que atender no solo a los lugares donde se instalan los micrófonos, sino también a ponderaciones tales como si la instalación es más o menos indiscriminada o masiva, si los artefactos son visibles o se han instalado subrepticamente, o si hay razones fundadas de seguridad por el tipo de actividad desempeñada o por otras circunstancias. Por supuesto, si se instalan en lugares de esparcimiento o descanso o en vestuarios la lesión del derecho a la intimidad es más probable, pero ello no quiere decir que no merezca protección el trabajador en la ubicación en la que presta sus servicios.

En consecuencia, es necesario que las resoluciones judiciales guarden el equilibrio necesario entre las obligaciones que se derivan del contrato de trabajo y los derechos fundamentales de los trabajadores, en este caso a la intimidad. Las limitaciones a los derechos fundamentales –concluye el TC- deben ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer el interés del empresario merecedor de tutela, de tal modo que habrá que buscar las alternativas menos lesivas de derechos fundamentales, de conformidad con el principio de proporcionalidad.

Aplicando estos criterios al caso concreto, el Tribunal concluye que la empresa cuenta con una justificación razonable para instalar los micrófonos, pero

ello no basta en todo caso para que dicha instalación sea conforme a derecho⁵. En efecto, no quedó suficientemente acreditada la necesidad de esos medios en el contexto de las circunstancias planteadas⁶, sin que absoluto se observase el principio de proporcionalidad.

Después de esta sentencia, se produjo un notable paso atrás con la STC 186/2000, de 10 julio. En ella se enjuiciaba la validez de una prueba de video utilizada en un proceso de despido. Se trataba de la instalación de un circuito cerrado de televisión que enfocaba el puesto de trabajo que desempeñaba el recurrente en amparo. Su instalación no había sido puesta en conocimiento del comité de empresa, en contravención del art. 64 ET, ni había tenido publicidad a través de canal alguno.

El Tribunal reitera su doctrina acerca del necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo y el mantenimiento, aunque modulado por el contrato de trabajo, del derecho fundamental cuestionado, en este caso el derecho a la intimidad personal. De modo que las limitaciones a éste han de ser las imprescindibles, y de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

Con estos mimbres, el fallo desestima el amparo. El Tribunal entiende que la medida era justificada, pues existían fundadas sospechas de que el recurrente en amparo había cometido graves irregularidades. No se trataba de divulgar su conducta, sino de tener un conocimiento cabal de sus actuaciones. El Tribunal constata que, a diferencia de la STC 98/2000, no se trataba de controlar continua y genéricamente la prestación laboral, sino que habían existido unas circunstancias previas en el comportamiento previo de los cajeros de una determinada sección del economato empleador. La grabación, por lo demás, había sido necesaria al fin perseguido –comprobar la autoría de tales irregularidades- y proporcionada, pues se había limitado a la zona del economato donde estaban ubicadas las cajas en las que se habían detectado irregularidades y al tiempo necesario para dicha comprobación.

Particular interés tiene, por la posterior evolución de la doctrina judicial interna y europea, que el TC resta trascendencia a que no se hubiera comunicado

⁵ “...resulta indiscutible que la instalación de aparatos de captación y grabación del sonido en dos zonas concretas del casino como son la caja y la ruleta francesa no carece de utilidad para la organización empresarial, sobre todo si se tiene en cuenta que se trata de dos zonas en las que se producen transacciones económicas de cierta importancia. Ahora bien, la mera utilidad o conveniencia para la empresa no legitima sin más la instalación de los aparatos de audición y grabación, habida cuenta de que la empresa ya disponía de otros sistemas de seguridad que el sistema de audición pretende complementar...”

⁶ “...la instalación de los micrófonos no ha sido efectuada como consecuencia de la detección de una quiebra en los sistemas de seguridad y control anteriormente establecidos sino que, como se deduce del comunicado que la empresa remitió al Comité de empresa dando cuenta de la implantación del sistema de audición, se tomó dicha decisión para complementar los sistemas de seguridad ya existentes en el casino. Es decir, no ha quedado acreditado que la instalación del sistema de captación y grabación de sonidos sea indispensable para la seguridad y buen funcionamiento del casino. Así las cosas, el uso de un sistema que permite la audición continuada e indiscriminada de todo tipo de conversaciones, tanto de los propios trabajadores, como de los clientes del casino, constituye una actuación que rebasa ampliamente las facultades que al empresario otorga el art. 20.3 LET y supone, en definitiva, una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE.”

previamente la instalación de las videocámaras al comité de empresa ni a los trabajadores afectados. De modo expreso, la sentencia desvincula esta circunstancia de cualquier infracción del art. 18 CE⁷.

4. SUS PRONUNCIAMIENTOS RECIENTES

El Tribunal Constitucional inicia en esta última década un catálogo más amplio de pronunciamientos que pueden calificarse, apreciados en su conjunto, aunque con algunas excepciones, como restrictivos de los derechos del art. 18 CE en relación con los medios tecnológicos de control de la prestación laboral dispuestos por el empresario.

La primera sentencia de esta saga es la STC 241/2012, en la que se produce una importante “reinterpretación” de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones⁸. El supuesto de hecho versaba sobre el intercambio de mensajes a través de un programa de mensajería instantánea producido entre dos trabajadoras de la empresa. El referido programa había sido instalado por ellas mismas en un ordenador de uso común y contra una prohibición inequívoca de la empresa. En dichos mensajes se verían comentarios críticos, despectivos e insultantes acerca de varios compañeros de trabajo. Casualmente, un trabajador descubrió tales conversaciones y las puso en conocimiento de la empresa, la cual, en definitiva, les impuso sendas sanciones a las trabajadoras.

La doctrina de esta sentencia resulta, cuando menos, heterodoxa. Expresa, en primer lugar, que las trabajadoras realizaron ellas mismas actos dispositivos sobre su derecho a la intimidad al instalar un programa de mensajería en un ordenador de uso común, de tal manera que no podían albergar una expectativa razonable de que sus mensajes permanecieran circunscritos al ámbito de la privacidad entre ellas dos⁹.

Por lo que respecta al secreto de las comunicaciones, y omitiendo ahora el repaso que la sentencia realiza sobre la previa doctrina constitucional, expresa

⁷ “El hecho de que la instalación del circuito cerrado de televisión no fuera previamente puesta en conocimiento del Comité de empresa y de los trabajadores afectados (sin duda por el justificado temor de la empresa de que el conocimiento de la existencia del sistema de filmación frustraría la finalidad apetecida) carece de trascendencia desde la perspectiva constitucional, pues, fuese o no exigible el informe previo del Comité de empresa a la luz del art. 64.1.3 d) LET, estaríamos en todo caso ante una cuestión de mera legalidad ordinaria, ajena por completo al objeto del recurso de amparo”.

⁸ Cardona Rubert, M^a B., *Reinterpretación de los derechos de intimidad y secreto de las comunicaciones en el modelo constitucional de relaciones laborales: un paso atrás. Comentario a la STC 241/2012, de 17 de septiembre*, Revista de Derecho Social, n^o 60, 2012, pp. 169 ss.

⁹ “En este caso, no cabe apreciar afectación del derecho a la intimidad desde el momento en que fue la propia demandante y otra trabajadora quienes realizaron actos dispositivos que determinaron la eliminación de la privacidad de sus conversaciones, al incluirlas en el disco del ordenador en el cual podían ser leídas por cualquier otro usuario, pudiendo trascender su contenido a terceras personas, como aquí ocurrió al tener conocimiento la dirección de la empresa. Por tanto, fueron la demandante de amparo y la otra trabajadora, con sus propios actos, quienes provocaron con su voluntaria actuación que no se vea afectado su derecho a la intimidad al posibilitar el conocimiento de las conversaciones por otro usuario del ordenador, trabajador de la empresa, que casualmente y sin ninguna intencionalidad tuvo acceso a todo su contenido, lo que finalmente provocó la intervención empresarial”.

que le corresponde al empresario, en ejercicio de su poder de auto-organización, dirección y control, establecer las condiciones de uso de los medios informáticos puestos a disposición de cada trabajador. Por consiguiente, le cabe una capacidad de vigilancia y control sobre tales condiciones, aunque siempre con respeto de los derechos fundamentales del trabajador. Cabe el establecimiento de reglas de uso de las tecnologías a través de órdenes, instrucciones, protocolos o códigos de buenas prácticas. De tal manera que, en cuanto a la supervisión de su correcto uso, y por lo que se refiere a las comunicaciones personales del trabajador, puede tener importancia la existencia de un ordenador de uso común en contraposición con los supuestos en los que se asignan medios de utilización exclusiva o individualizada. También era relevante, en el caso concreto, la expresa prohibición de que se instalaran por parte de los trabajadores programas informáticos.

En este contexto, el Tribunal enuncia su tesis de la falta de una expectativa mínima de privacidad al tratarse de un ordenador de uso común, que se suma a la falta de tolerancia de la empresa hacia la instalación de un programa de mensajería. Si a ello se añade que la actuación disciplinaria se produjo a partir de un hallazgo casual por parte de un trabajador y se había desarrollado dentro de un plazo razonable de dos meses, la consecuencia es, en el entendimiento del voto mayoritario, desestimatoria del amparo solicitado por el trabajador.

Hay varios aspectos de esta sentencia que merecen un comentario reprobatorio, no solo por lo que respecta a esa falta de expectativa razonable de privacidad. También, a causa de una cierta indefinición acerca del objeto y la extensión de las comprobaciones realizadas por la empresa. Para nada se razona en torno a la necesidad de la medida de control y mucho menos sobre la proporcionalidad, más allá de las circunstancias temporales, esas sí que razonables, en las que se produjo la referida actividad de comprobación. Algunas de estas debilidades quedan expresadas en el voto particular, del que ahora se omiten mayores comentarios. Solo debe destacarse su argumento acerca de que el incumplimiento de una orden no habilita interferencias relativas al contenido de las comunicaciones personales.

A vueltas con el tema de la video-vigilancia, la STC 29/2013 profundizó en la senda de la STC 98/2000. Es una de las dos de la serie que se analiza en este epígrafe que otorga el amparo. El asunto, planteado desde la perspectiva de la auto-tutela informativa—es decir, apartado 4 del art. 18, no apartado 1, como sucedía en la STC 98/2000—, se refería a la grabación no consentida ni informada a los trabajadores de la Universidad de Sevilla mediante cámaras de video-vigilancia ubicadas en vestíbulos y zonas de paso público. Tales grabaciones propiciaron la imposición de sanciones al recurrente en amparo por faltas muy graves consistentes en impuntualidades reiteradas, inasistencias y transgresión de la buena fe contractual.

El Tribunal recuerda que las imágenes grabadas en soporte físico constituyen un dato de carácter personal que se integra en el ámbito de protección del

art. 18.4 de la Constitución, como corrobora el art. 3 a) de la LO 15/1999, de 13 diciembre y, anteriormente, la Directiva 95/46/CE, de 24 octubre¹⁰. Es más, la video-vigilancia ofrece múltiples medidas de tratamiento de datos, que se amplían progresivamente, hasta el punto de que no cabe sino reconocer que este tipo de intromisiones afectan al núcleo duro de este derecho fundamental.

A partir de esta afirmación genérica, el Tribunal expresa un criterio, desarrollado desde la STC 292/2000, de 30 noviembre, que matiza en parte el anterior de la STC 186/2000: el art. 18.1 impone como regla de principio y con ciertos límites, de forma añadida al resto de sus garantías, un deber de información que protege frente a intromisiones ilegítimas en la intimidad. Pero, con mayor motivo, una interpretación restrictiva del derecho a la información del trabajador afectado no opera en un juicio en torno al art. 18.4. Este precepto impone que el interesado ha de saber en todo momento quién dispone de sus datos personales y a qué uso los está sometiendo. Pues la función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 es la de proteger a las personas frente a cualquier invasión que pueda realizarse en su esfera personal y familiar, en tanto que la del derecho a la protección de datos persigue un control de la persona sobre sus datos personales y sobre el uso y destino de los mismos. De modo que de este último derecho fundamental se deriva la facultad de conocer en todo momento quién dispone de los datos personales y qué uso les está dando. Ello, aunque exista habilitación legal para recabarlos sin autorización de su titular. Los límites a este derecho han de establecerse por ley, ser necesarios para un fin legítimo, proporcionados y respetuosos con el contenido esencial del art. 18.4.

Es evidente que, en el ámbito de las relaciones laborales, no hay una habilitación legal expresa para eludir el conocimiento del interesado sobre el tratamiento de sus datos. No es posible que se fundamente en un interés general del empresario por controlar la actividad laboral y asegurarse una máxima eficacia en su propósito de vigilancia. Las facultades empresariales a este respecto están necesariamente limitadas. El interés privado del empresario no puede justificar una utilización de datos contra el trabajador sin una información previa sobre el control laboral puesto en práctica. Por mucho que el tratamiento de datos sea lícito y proporcionado, en todo caso se requerirá previa información al trabajador.

En consecuencia, la captación de imágenes en un recinto universitario, al reproducir la persona del recurrente y controlar su jornada laboral, afectaron un dato privado. Además, se emplearon en la comprobación sobre el recto cumplimiento de sus obligaciones laborales. La responsable del tratamiento de datos –la Universidad de Sevilla– debía haber informado al trabajador y no lo hizo. Y no bastaba –sostiene el Tribunal– que existieran distintivos anunciando la instalación de cámaras y la captación de imágenes. Era necesaria además la información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de

¹⁰ Hoy sustituida por el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016.

control. Información que debía precisar el alcance, esto es, los casos en los que las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos y explicitar en particular que podrían utilizarse a efectos sancionadores.

A continuación, se produce una nueva sentencia, que abunda en la senda restrictiva abierta por la anterior sentencia 241/2012. Se trata de la STC 170/2013, de 7 octubre. En este caso, los hechos controvertidos se referían a un trabajador que había remitido determinados correos electrónicos que habían sido utilizados por la empresa en el proceso de despido iniciado por aquél. De nuevo están en juego el derecho a la intimidad personal (art. 18.1) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3), en relación con la admisibilidad de las pruebas por despido aportadas por la parte empresarial. Pues, sin información previa, había interceptado el contenido de correos electrónicos registrados en el ordenador portátil que le había facilitado al trabajador. Consta que el convenio colectivo tipificaba como infracción leve la utilización de medios informáticos facilitados por la empresa para fines distintos de la prestación laboral. El contenido de los correos electrónicos aludía a información proporcionada por el recurrente a terceros ajenos a la empresa acerca de previsiones de cosecha para los años 2007 y 2008. Conducta que merecía calificarse como muy grave, por revelación a elementos extraños a la empresa de datos de reserva obligada.

El Tribunal recuerda que el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones no son co-extensos. Con cita de doctrina relativamente antigua, expresa que el primero es de índole material, pero el segundo de carácter exclusivamente formal, pues se predica de “lo comunicado” sea cual sea su contenido. Se protege con éste la “vulnerabilidad de las comunicaciones realizadas en canal cerrado a través de la intermediación técnica de un tercero”, de tal modo que la banalidad o sustantividad de sus contenidos pasa a un segundo plano.

Por otra parte, la sentencia enfatiza que la utilización extra-laboral del correo electrónico no estaba admitida y se incluía como infracción sancionable por el empresario. De tal forma que el poder de control del trabajador sobre la utilización de las herramientas informáticas de titularidad empresarial puestas a su disposición podía legítimamente desarrollarse, tanto para vigilar el cumplimiento de la propia prestación laboral como para fiscalizar que su utilización no se destinaba a usos personales. Con estos presupuestos, el Tribunal reitera su discutible doctrina de que en esas circunstancias el trabajador no podía albergar una expectativa razonable de confidencialidad en relación con las comunicaciones mantenidas por él a través de la cuenta facilitada por la empresa. Considera que “la expresa prohibición convencional del uso extralaboral del correo electrónico y su consiguiente limitación a fines profesionales llevaba implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización, al objeto de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la adecuación de su prestación a las exigencias de la buena fe”. Argumento que conduce a una desestimación de

que se hubiera violado el art. 18.3.

También se desestima el amparo desde la perspectiva del derecho a la intimidad del art. 18.1, con el mismo argumento de la falta de una expectativa razonable. El TC, consciente de la doctrina del TEDH de la sentencia *Copland* en torno a la advertencia previa de la posibilidad de seguimiento de las comunicaciones particulares del trabajador, expresa que la tipificación como infracción del uso indebido del correo electrónico por convenio colectivo era un dato singular que producía la inaplicabilidad de dicha doctrina de la Corte de Estrasburgo. Hace especial hincapié en la doble utilidad de la supervisión, para verificar el correcto cumplimiento de la prestación laboral y para comprobar que el correo electrónico tan solo se utilizaba con finalidades profesionales, para concluir en que no cabía esperar razonablemente la intimidad acerca del contenido de los mensajes. El acceso a este por parte de la empresa no fue, así pues y a juicio del Tribunal, ni excesivo ni desproporcionado. Muy en particular, la proporcionalidad se defiende pues, habiendo sospechas que justificaban la comprobación de la empresa y siendo idónea la medida al fin perseguido, que consistía en verificar las sospechas acerca de la filtración a terceros de datos de la empresa de reserva obligada, no cabía otra medida menos lesiva, como acceder simplemente a la identidad del remitente y del destinatario del correo. Por lo demás, el contenido de los mensajes no revelaba aspectos de la vida personal y familiar del interesado.

Otra vez de vuelta a la video-vigilancia, la STC 212/2013, de 16 diciembre, estimatoria del amparo solicitado, tiene la singularidad de suscitarse desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la intimidad y la propia imagen. A través de una grabación desarrollada por la cámara de seguridad instalada en el habitáculo de la empresa que contenía el buzón de la recaudación, se comprueba que la interesada había cometido ciertas sustracciones de dinero. Sin embargo, ella alegaba que la cámara allí instalada vulneraba los derechos sustantivos enunciados, porque el mismo habitáculo servía de vestuario. Para probar tal extremo, pretendía que se declarara nula la prueba practicada, pues solo se había desarrollado en relación con el corte del video en el que se comprobaba la sustracción, y no una versión más integral en la que también podía contrastarse que, efectivamente, allí los trabajadores se cambiaban de ropa. La denegación por la sentencia de instancia de la prueba consistente en el visionado íntegro del video había, así pues, vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva de utilizar todas las pruebas pertinentes para su defensa.

Puesto que la sentencia de la Jurisdicción Ordinaria recurrida expresaba como hecho probado que el habitáculo se utilizaba a los solos efectos de recaudación, el TC estima que no puede pronunciarse, sin alterar los hechos probados, acerca de la violación del art. 18 de la Constitución. Por lo tanto, se centra en el art. 24.2. La juzgadora de instancia había rechazado ver todo el video, y solo aceptó los cortes en los que se constataba la sustracción de los sobres del interior del buzón de

seguridad. De tal modo que la sentencia, después de repasar su doctrina anterior acerca de admisión y ejecución de prueba, concluye que se había vulnerado dicho art. 24. En efecto, la visión íntegra del soporte probatorio era necesaria para que la recurrente pudiese acreditar que la cámara, en las condiciones en las que se había instalado, violaba el derecho a la intimidad suyo y de los demás trabajadores. Claro que el Tribunal omite expresamente cualquier conclusión acerca de si se había infringido también el derecho a la intimidad.

La última sentencia sobre video-vigilancia, la STC 39/2016, de 3 marzo, en términos de intensidad e importancia de la doctrina, es sin duda la más condescendiente hacia los derechos de vigilancia de la empresa y la más controvertida en términos de contraste con previos pronunciamientos del propio TC y, en particular y como va a comprobarse, con la jurisprudencia más reciente del TEDH. El asunto volvía a ser el muy recurrente de un despido a una trabajadora basado en sustracción de efectivo de caja en una tienda de venta de prendas de vestir comprobado mediante un sistema de video-vigilancia instalado sin previo aviso a los representantes de los trabajadores ni a éstos directamente, y sin que se hubiera advertido al público sobre el sistema de seguridad. La prueba había sido recurrida en juicio por vulneración del derecho fundamental a la intimidad y a la protección de datos, además de otros sobre los que el TC no entró y que ahora no vienen al caso.

Desde la perspectiva de la protección de datos, la sentencia recuerda la jurisprudencia del órgano, establecida a partir de la STC 292/2000 y consolidada con la STC 29/2013, relativa al necesario conocimiento y consentimiento del afectado acerca de la recogida de datos, de los que –como antes ya se ha razonado– los recogidos en una grabación de video-vigilancia constituyen parte esencial. El *habeas data* en toda su integridad, relativo al consentimiento, uso y destino, acceso a registros y asientos, oposición y cancelación, se integra en el contenido objetivo del derecho del art. 18.4 CE, desarrollado en los términos en los que lo ha sido por la LO 15/1999. El consentimiento, en el ámbito laboral, se admite, en aplicación de las reglas que establece el art. 6 de dicha Ley Orgánica. Es decir, se entiende implícito en la relación negocial, siempre que el tratamiento de datos sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes. Ello abarca las obligaciones derivadas del mismo, pero no cuando aquéllos se utilicen para finalidades distintas.

Ello no obstante, aunque el consentimiento no sea preciso, sí lo es la previa información al trabajador. En este punto, parecería totalmente desterrada la doctrina anterior relativa a que no era necesaria. Dicho conocimiento se exige para que puedan ejercerse los derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición y conocimiento de la identidad del responsable del tratamiento. Como expresa la sentencia, “el deber de información previa forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos”. Además, debe haber una correlación entre la recogida de datos y la finalidad para la que se utilizan. Ahora bien, matiza a conti-

nuación el Tribunal con un giro insuficientemente sustentado con argumentos que “en todo caso, el incumplimiento...del deber de información previa solo supondrá una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos tras una ponderación de la proporcionalidad de la medida adoptada”. Se trata de un argumento sumamente sorprendente, pues despeja el derecho a la información del núcleo a la periferia del contenido del art. 18.4, al ubicarse en el juicio de proporcionalidad, es decir, en el proceso de justificación que en este caso le correspondería a la empresa.

Ya en referencia explícita al supuesto planteado, el TC concluye, coherentemente, que no era preciso el previo consentimiento de los trabajadores afectados por lo que respecta a la instalación de la videocámara, pues mediaba una finalidad legítima de control del cumplimiento de la prestación laboral, de acuerdo con el art. 20.3 del ET. En cuanto al derecho de información –evidente nudo gordiano de la controversia–, lo aborda ya en exclusiva desde el prisma de la proporcionalidad. Es decir, para el voto mayoritario de la sentencia, la ausencia o deficiencia de la información en caso de video-vigilancia en el centro de trabajo exige una ponderación de los bienes e intereses en conflicto. En sustento de esta tesis, apela, con bastante poco rigor crítico, por cierto, a la primera sentencia *Barbulescu*, del TEDH, a la que enseguida se pasa a hacer referencia. De ella recoge el criterio de que la facultad general de control de la prestación laboral prevista en la ley legítima el control empresarial del cumplimiento por los trabajadores de sus tareas profesionales. Y añade que la ponderación de la proporcionalidad ante la falta o insuficiencia de la información requerirá un análisis de las circunstancias de cada caso.

Constaba en los hechos que la cámara enfocaba directamente la caja y se ubicaba en el escaparate del establecimiento, en lugar visible. Por lo demás, se había instalado el distintivo exigido de acuerdo con cierta Instrucción de la Agencia Española de Protección de Datos¹¹. De modo que, concluye el Tribunal, la trabajadora despedida podía conocer la existencia de cámaras y la finalidad para la que habían sido instaladas. Se había cumplido, así pues, con el deber de información previa, porque el distintivo era bastante a tales fines. Sin que fuera necesario explicar, además del genérico de la vigilancia, el específico fin de instalación de la cámara. Esta elocuencia del Tribunal es incluso radical: ni siquiera habla de deficiencia del cumplimiento de la información previa. Ésta había sido cumplimentada con la pegatina expuesta en cumplimiento de la referida Instrucción, sin más.

Con ello, el TC ya inicia la cuesta abajo en su argumentación: la medida era justificada, pues se había instalado ante las sospechas de que algún trabajador se había apropiado de efectivo. De tal modo que la sentencia recurrida había ponde-

¹¹ El art. 3 de dicha Instrucción establecía que los responsables que cuenten con sistemas de video-vigilancia han de cumplir con el deber de información previsto en el art. 5 de la LO 15/1999 y para ello deberán “colocar, en las zonas videovigiladas, al menos, un distintivo informativo ubicado en lugar suficientemente visible, tanto en espacios abiertos como cerrados”.

rado adecuadamente los derechos e intereses en juego, sin que pudiese apreciarse vulneración del art. 18.4 de la Constitución. Y, de forma ya mucho más escueta, por lo que se refiere al derecho a la intimidad del art. 18.1, la instalación de la videocámara había sido una medida justificada, ante las referidas sospechas, idónea a la necesidad perseguida, necesaria y equilibrada, pues solo afectó a la zona de la caja.

Uno de los votos particulares a esta sentencia es profundamente discrepante. Parte de lamentar que se omita cualquier comparación dialéctica entre los hechos planteados y los de la STC 29/2013, en la que se había expresado que el deber de información era, sin ambages, contenido esencial del derecho fundamental del art. 18.4. El resultado consiste en una profunda alteración de criterio, de modo que la nueva interpretación del TC parece erigirse en fuente de aplicación de las normas. Criterio que, además, tilda de regresivo y de retroceso en la protección de los derechos fundamentales.

Considera que los poderes de vigilancia y control no son fuente constitucional a partir de la cual pueda plantearse una colisión conflictiva de derechos. El art. 20.3 ET es solo una regla rectora de la relación contractual y no una expresión directa de los derechos incluidos en los arts. 33 y 38 de la Constitución. Los poderes empresariales quedan delimitados por el contenido esencial de los derechos fundamentales de los trabajadores. Éste ha sido el proceder clásico del Tribunal y la orientación tradicional de su jurisprudencia, que solo en fecha recientes se ha visto afectada por la introducción de elementos des-protectores.

Seguidamente, en términos especialmente duros, crítica que, con incumplimiento flagrante del bloque de constitucionalidad, el voto mayoritario introduzca el juicio de proporcionalidad en cuanto al cumplimiento o incumplimiento del deber de información, como ya antes se ha apuntado. En cuanto a la información a través del distintivo que se había exhibido en lugar visible, el voto se alarma de que una Instrucción de la Agencia de Protección de Datos se erija en canon de constitucionalidad. Una mera pegatina no puede colmar el derecho fundamental de los trabajadores a ser informados. La información debe referirse al contenido de las imágenes que se van a captar y de la finalidad que se persigue. De modo que, con el criterio del voto mayoritario, desaparece el derecho a conocer el uso y destino de los datos. No cabe –sostiene el voto discrepante– controlar la prestación laboral mediante sistemas sorpresivos y no informados de vigilancia.

Concluye, así pues, que el despido debió haberse calificado como nulo, por incumplimiento del deber de información que se deriva del art. 18.4 del ET. Probablemente, a este respecto habría que reflexionar y discutir algo más sobre los límites entre improcedencia y nulidad, pero, por lo demás, el voto particular resulta mucho más sólido que el mayoritario en términos de ponderación de los derechos fundamentales en juego.

En cuanto a la alegada violación del art. 18.1, el voto lamenta que se plantee en exclusiva desde el principio de proporcionalidad y formula una crítica sobre los elementos del mismo tal y como han sido ponderados por el voto mayoritario. Sin perjuicio de la razonabilidad de estos pasajes, tienen ya algo menor interés a los efectos que aquí interesan.

La STC 39/2016 cuenta con un segundo voto particular, que concurre con el anterior, pero con algunas matizaciones. Expresa que la pegatina identificativa no puede cumplir el deber de información “a los trabajadores”, tal y como se deduce de la STC 292/2000 y, sobre todo, de la STC 29/2013. La información dirigida al público no puede ser suficiente, por más que se admita que la que se dirija a los trabajadores no precise el fin, pues éste puede entenderse implícito. Es más, podría reconsiderarse la doctrina de la sentencia 29/2013 para hallazgos casuales, pero nunca para el caso de cámaras específicamente orientadas a posiciones de los trabajadores. También podría admitirse que la información a los trabajadores pudiera ser satisfécha mediante la información a sus representantes. Pero no es admisible la postura del voto mayoritario.

Con esta sentencia se cierra, hasta ahora, la serie. La doctrina constitucional actual, valorada en su dinámica, se orienta hacia posiciones de escasa tutela de los derechos fundamentales del art. 18 de la Constitución. Los pasos adelante han sido neutralizados con otros pasos atrás. Pero es muy dudoso que el resultado sea compatible con la jurisprudencia vigente del TEDH que ahora pasa a analizarse en sus pronunciamientos más recientes, que sin duda se orientan a partir de otros parámetros. Como se ha expresado, su última doctrina parece traer nuevos aires de cambio a la jurisprudencia española¹².

5. LA ÚLTIMA JURISPRUDENCIA DEL TEDH DESDE BARBULESCU

En Gran Sala, el 5 septiembre 2017, el TEDH falla el asunto *Barbulescu*¹³. Anteriormente, la Sección Cuarta del Tribunal había dictado sentencia de 12 enero 2016¹⁴, en la que, por seis votos contra uno, declaró que no se había producido violación del art. 8 del Convenio de Roma. Contra esta resolución, el reclamante solicitó que el caso se remitiese a Gran Sala, solicitud que fue admitida y dio lugar a esta sentencia, que, por nueve votos frente a seis, estima que sí se había vulnerado dicho precepto.

¹² Terradillos Ormaetxea, E., *El principio de proporcionalidad como referencia garantista de los derechos de los trabajadores en las últimas sentencias del TEDH dictadas en materia de ciberderechos: un contraste con la doctrina del Tribunal Constitucional Español*, Revista de Derecho Social, nº 80, 2017, pp. 139 ss.

¹³ Reclamación nº 61496/08.

¹⁴ Sobre esta sentencia, Cabeza Pereiro, J. y Rodríguez Rodríguez, E., “Is the employer entitled to survey employee’s communications in the workplace? Case of *Barbulescu v. Romania*”, VV.AA., Campos Freire, F., Rúas Araújo, X., Martínez Fernández, M.A. y López García, X., *Media and metamedia management*, Springer, 2017, pp. 87 ss.

Se trataba de un ingeniero de ventas¹⁵ que, a instancia de la empresa, creó una cuenta de mensajería instantánea para responder a cuestiones de los clientes, distinta de otra que tenía de tipo personal. El reglamento interior de la empresa prohibía expresamente la utilización personal de, entre otros instrumentos de trabajo, los ordenadores puestos a disposición de los trabajadores, pero no hacía referencia a la posibilidad de que el empresario comprobase sus comunicaciones. El trabajador fue informado del reglamento y firmó una copia del mismo después de verificar su contenido. Poco después, en julio 2007, la oficina de Bucarest recibió un mensaje de la dirección de la empresa, que circuló entre todos los trabajadores, en el que comunicaba el despido de una trabajadora por, entre otros motivos, haber utilizado para fines privados internet, el teléfono y la fotocopidora. Además, enfatizaba que el empresario tenía el deber de supervisar y controlar el trabajo de sus empleados y tomar medidas disciplinarias en caso de incumplimientos. Dos días después, la empresa comenzó una revisión en tiempo real de los mensajes que mandaba y recibía el reclamante, que se prolongó durante ocho días, al término de los cuales, le pidió una explicación. Informó al trabajador de que su cuenta de mensajería había sido revisada y que había pruebas del uso personal de la misma, en incumplimiento del reglamento de empresa. Al margen de otras circunstancias, le remitió carta de despido a los pocos días.

Ante estas circunstancias, la Gran Sala recuerda su doctrina acerca de las obligaciones positivas de los Estados, pues los hechos afectaban a una empresa del sector privado. Insiste de nuevo en que el término “vida privada” del art. 8 incluye también las actividades profesionales y las actividades que se desarrollan en un contexto público. E incide, recordando el asunto *Copland*, en que el envío de correos electrónicos desde el lugar de trabajo también se incluye en el campo de la “vida privada” Y de la “correspondencia”. Apela al asunto *Köpke* para traer a colación su criterio acerca de la razonable expectativa de privacidad de los correos personales, que constituye un elemento de juicio significativo, aunque no del todo determinante, con independencia de que se hayan enviado desde el ordenador de titularidad empresarial. Y, a partir de estos elementos, constata que la empresa examinó tanto el flujo de mensajes del trabajador como su contenido. Con el añadido de que se había acreditado que al trabajador se le informó acerca de la prohibición de uso privado de la cuenta de mensajería, pero no estaba claro si había sido informado previamente de que se le iban a revisar sus comunicaciones. Claramente, no lo había sido acerca del ámbito objetivo de la revisión, ni sobre que la empresa accedería al contenido de los mensajes.

A partir de estas premisas, el Tribunal expresa que las instrucciones del empresario no pueden reducir a cero la vida privada del trabajador en el desarrollo de

¹⁵ Una muy detallada exposición de los hechos en Casas Baamonde, M^a E., *Informar antes de vigilar. ¿Tiene el Estado la obligación positiva de garantizar un mínimo de vida privada de los trabajadores en la empresa en la era digital? La necesaria intervención del legislador laboral*, Derecho de las Relaciones Laborales, n^o 2, 2018, pp. 103 ss.

su trabajo. Se trata de una idea fundamental, pues sale al paso de normas, legales o convencionales, totalmente prohibitivas. Tales normas –o reglas de empresa– deben entenderse ineficaces, o no del todo eficaces. Es decir, deberán interpretarse en el sentido de que la utilización privada de las tecnologías de la información deberá restringirse, pero no erradicarse totalmente¹⁶.

Pero enuncia una serie de principios de interés. En primer lugar, que la decisión acerca de cómo proteger la vida privada de las personas es un asunto que incumbe a la libre elección de los Estados Miembros, pero que al Tribunal le compete clarificar la naturaleza y el campo de aplicación de las obligaciones positivas de los mismos. En segundo lugar, que tales obligaciones no se cumplirán adecuadamente a menos que se asegure el respeto a la vida privada en las relaciones entre particulares y que se tengan en cuenta los intereses variados que deben ser objeto de protección. En tercero, que también ha de reconocérseles a los Estados un amplio margen de decisión para evaluar la necesidad de establecer un marco legal específico que regule las condiciones en las cuales un empresario puede decidir sobre las comunicaciones, electrónicas o no, de contenido personal de sus trabajadores en el centro de trabajo, pero la discrecionalidad del empresario no puede ser absoluta. Antes bien, debe haber garantías adecuadas y suficientes contra los abusos.

En desarrollo de estos principios, expresa los seis criterios básicos acerca de las comunicaciones electrónicas en el centro de trabajo, en lo que ha sido denominado como el “test Barbulescu”¹⁷. Tales criterios se fundan en la idea de proporcionalidad y en la existencia de garantías procedimentales contra los abusos y las decisiones arbitrarias. Tales criterios consisten en que las autoridades internas valoren los siguientes elementos:

1.- Si el trabajador ha sido informado de la posibilidad de que el empresario puede tomar medidas para revisar su correspondencia electrónica y otras comunicaciones, así como de la puesta en marcha efectiva de las mismas. Tal notificación debe ser clara, referirse a la naturaleza de la revisión y producirse con anterioridad a la ejecución de tales medidas.

2.- Debe valorarse el ámbito de la revisión efectuada por el empresario y el grado de incidencia en la intimidad del trabajador. Debe diferenciarse si se investiga el mero flujo de mensajes o se entra en su contenido. También, si se investigan todas las comunicaciones o solo una parte de ellas, si la revisión está limitada en el tiempo y si ha tenido acceso a los resultados un mayor o menor número de personas.

3.- Es importante discernir si el empresario ha aportado razones legítimas para justificar la revisión y acceder al contenido de los mensajes. Como el acceso a los mismos constituye un método considerablemente más intrusivo, exige siempre una justificación más intensa.

¹⁶ Insistiendo en esta idea, Casas Baamonde, M^a E., *op. cit.*, p. 111.

¹⁷ Terradillos Ormatetxea, E., *op. cit.*, pp. 144 ss.

4.- Hay que ponderar si hubiera sido posible poner en marcha un sistema de revisión basado en mecanismos menos intrusivos de la vida privada distintos de comprobar el contenido de las comunicaciones. Las circunstancias de cada caso y el propósito buscado por el empresario pueden dar las pautas a este respecto.

5.- Resulta necesario tener en consideración las consecuencias que le acarrea al trabajador la revisión, así como el uso que el empresario hace de sus resultados. En particular, importa discernir si éstos se usan para el propósito que ha justificado la medida adoptada.

6.- Finalmente, ha de calibrarse si se le han proporcionado al trabajador garantías adecuadas, sobre todo si la comprobación ha sido especialmente invasiva. Tales garantías, en particular, deben garantizar que el empresario no pueda acceder al contenido real de las comunicaciones a menos que el trabajador haya sido advertido previamente de tal posibilidad.

Pues, concluye la Gran Sala, las relaciones laborales se basan en la confianza mutua. Finalmente, las autoridades internas deben asegurar que el trabajador cuyas comunicaciones han sido revisadas puede acceder a una compensación adecuada ante un órgano judicial, que ha de comprobar cómo tales criterios se han observado y si las medidas adoptadas han sido lícitas.

Expresado todo lo cual, el Tribunal concluye que, en efecto, se había violado el art. 8 del Convenio. El trabajador no había sido advertido previamente sobre el contenido y ámbito de la revisión. No se habían concretado las razones legítimas que la justificaban, pues los argumentos que a tal efecto había aportado el órgano judicial interno eran puramente hipotéticos. No se había planteado la posibilidad de conseguir los mismos resultados con medios menos lesivos de la vida privada. No se había tenido en cuenta la gravedad de las consecuencias para el trabajador, en este caso la sanción más grave de despido. Incluso había faltado transparencia acerca de si la empresa había accedido a los contenidos de los mensajes.

Interesa añadir que la sentencia tiene dos votos discrepantes. Uno de ellos se refiere solamente a la entidad de la reparación que debería corresponder por violación del art. 8 del Convenio. El otro contiene una contestación más de fondo al voto mayoritario, basado en el margen de discrecionalidad que le debe quedar a los Estados y en una distinta interpretación del contenido del art. 8, menos tuitiva de los derechos de los trabajadores. Con todo, y siquiera sea porque se trata de una sentencia dictada en Gran Sala, la doctrina del asunto *Barbulescu* adquiere una dimensión especial.

Ha habido ulteriores pronunciamientos, también de notable interés. El primero de ellos es la sentencia de 28 noviembre 2017, asunto *Antovi and Mirkovi*¹⁸. En la Universidad de Montenegro, el decano de la Facultad de Matemáticas informó a los profesores, en sesión de la Junta de Facultad, que se había instalado un dispositivo de video-vigilancia en siete aulas en las que se impartían clases. En la decisión decanal, se especificó que el propósito consistía en garantizar la seguri-

¹⁸ Reclamación nº 70838/13.

dad de las personas y de sus bienes, incluidos los estudiantes, y en la vigilancia de la docencia. Se añadió que los datos recogidos se protegerían por unas claves solo conocidas por el decano y que se almacenarían durante un año.

Prescindiendo del *iter* procedimental seguido por los reclamantes hasta llegar al TEDH, éste estima que ha habido una violación del art. 8 del Convenio. El Tribunal puntualiza que uno de los propósitos de la instalación de cámaras, la supervisión de la docencia, no estaba incluido en la ley de Montenegro como uno de los motivos que justificaban la video-vigilancia. Por consiguiente, no cumpliéndose la exigencia de que la restricción se encontrase contemplada por la ley, no eran necesarias mayores argumentaciones para estimar la reclamación. Se trata, sin duda, de un caso menos interesante, pero que abunda en el proceso lógico que sigue el Tribunal de Estrasburgo y que debería concernir a los órganos jurisdiccionales internos.

El segundo sí que requiere algo más de comentario, aunque solo sea porque se refiere al sistema español. Se trata del asunto *López Ribalda*, sentencia de 9 enero 2018¹⁹. Tampoco éste es de Gran Sala, pero su doctrina tiene un interés notable. Otra vez más, los hechos aludían a robos, en una cadena de supermercados, detectados por unas incoherencias entre los niveles de *stocks* y los volúmenes de ventas diarias. Para solucionar estos hechos y poner punto y final a las pérdidas económicas, el empresario instaló cámaras de vigilancia, tanto visibles como ocultas. El propósito de las cámaras visibles consistía en grabar posibles distracciones cometidas por clientes. Los lugares de instalación eran las entradas y salidas del supermercado. El de las cámaras ocultas, grabar y controlar posibles robos de los trabajadores, de tal modo que enfocaban los contadores de salida, cubriendo así un área situada detrás de las cajas. La empresa notificó previamente a los trabajadores la instalación de las cámaras visibles, pero no de las ocultas. Tampoco los representantes de los trabajadores recibieron información acerca de éstas. Con base en las grabaciones, los trabajadores sospechosos de los hurtos fueron convocados a reuniones individuales, en presencia de representantes de la empresa y de delegados sindicales. Dos de ellos fueron despedidos y plantearon las correspondientes acciones judiciales. Los otros tres, tras sus despidos, firmaron un acuerdo transaccional por el que se comprometían a no entablar acciones judiciales frente al despido y la empresa a no interponer actuaciones penales contra ellos.

Omitiendo doctrinas ya comentadas en el análisis de casos anteriores, el Tribunal subraya la existencia de cámaras visibles y ocultas y que los trabajadores solo conocían la existencia de las primeras. A la vista de lo cual, la sentencia valora si el Reino de España cumplió con sus obligaciones positivas, a la vista de

¹⁹ Reclamaciones 1874/13 y 9567/13. Sobre ella, extensamente, Rojo Torrecilla, E., *Derecho del trabajador a la privacidad en la empresa y límites a su control por cámaras de vigilancia. Estudio del caso López Ribalda y otras contra España (a propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de enero de 2018)*, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 2, 2018, pp. 135 ss.

que los recursos planteados por los reclamantes frente a sentencias desestimatorias fueron inadmitidos, primero por el Tribunal Supremo y posteriormente por el Tribunal Constitucional.

Las cámaras fueron instaladas después de advertirse pérdidas, que suscitaban la sospecha fundada de que se habían producido robos. Las grabaciones fueron examinadas por varios trabajadores de la empresa, entre otros el delegado sindical y el representante de la misma, antes de que los trabajadores fueran informados de la existencia de aquéllas. Lo cual debía interpretarse a partir del art. 5 de la LO 15/1999 y del art. 3 de la Instrucción 1/2006 de la Agencia de Protección de Datos, antes aludida. Claramente, en relación con las cámaras ocultas no se habían cumplido con los requisitos expresados en ambos preceptos.

El TEDH diferencia este caso de su anterior sentencia *Köpke*, pues en ésta el Derecho alemán todavía no se había desarrollado legalmente, aunque existía una consolidada doctrina judicial. En *López Ribalda*, la legislación que obligaba a informar al interesado era inequívoca en el Reino de España. Información, por lo demás, relativa a la existencia, ámbito y modo de desarrollar la video-vigilancia. Además, y asimismo a diferencia del asunto *Köpke*, no existía una previa sospecha contra los reclamantes, de tal modo que la grabación no se centró en ellos, sino en todo el personal de caja, durante semanas, sin límites y a lo largo de todas las horas de trabajo. Pues no existía sino una sospecha general. Por lo tanto, la sentencia no comparte la adecuación de las grabaciones al principio de proporcionalidad. El Tribunal remarca que la medida se prolongó durante un largo período de tiempo y no cumplió con las exigencias de la LO 15/1999, en particular por lo que se refiere a la obligación de informar previa y explícitamente, sin ambigüedades y con precisión sobre la existencia y características particulares del sistema de recabar datos personales. Asimismo, que los intereses de la empresa podían defenderse mediante otros sistemas, en particular informando previamente a los trabajadores, aunque fuera de forma general, de la instalación de un sistema de grabación de imagen, con observancia de las exigencias de la referida ley orgánica.

En consecuencia, el Tribunal, por seis votos frente a uno, declara la violación del art. 8 del Convenio. El juez discrepante emite un voto particular en el que entiende que no se había producido la misma.

En realidad, y al margen de los comentarios conclusivos que van a formularse, el asunto *López Ribalda* constituye una especie de enmienda a la totalidad de la STC 39/2006, por la aplicación directa, incondicionada y literal que hace de la normativa interna ubicada dentro del bloque de constitucionalidad. Como pequeña concesión, acaso puede señalarse que tampoco en la sentencia del TEDH se distinguen bien los campos de la infracción del derecho a la protección de datos –incumplimiento del art. 5 de la LO 15/1999– y del juego del principio de proporcionalidad. El parágrafo 69 de la sentencia no diferencia nítidamente ambos planos. Es, sin duda alguna, el flanco menos consistente de la sentencia europea.

Todavía hay que hacer referencia a una última sentencia, de 22 febrero 2018, asunto *Libert*²⁰. El reclamante, trabajador de la sociedad pública francesa de ferrocarriles, detectó que durante un período en el que había sido suspendido de sus funciones, la empresa había revisado su ordenador y había hallado, entre otros, numerosos archivos con material pornográfico, imágenes y películas. Aparentemente, la persona que lo había sustituido en dicha suspensión, encontró algún fichero que llamó su atención y puso esta circunstancia en conocimiento de la empresa.

En este caso, la injerencia en los datos privados del trabajador había sido cometida por una autoridad pública, de modo que entraban en juego tanto las obligaciones positivas como las negativas de la República de Francia. Dicho lo cual, se trataba de analizar la legislación francesa, a la que el Tribunal requiere que emplee términos lo suficientemente claros como para expresar suficientemente las circunstancias y las condiciones en las que las autoridades públicas pueden adoptar medidas de comprobación. Su Código del Trabajo –arts. 1121.1 y 1321.3- impide restricciones a los derechos y libertades particulares que no estén justificadas por las funciones que se realizan y sean proporcionadas al objeto perseguido. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte de Casación ha declarado que, salvo casos excepcionales de riesgo grave, el empresario no puede abrir los archivos identificados por el trabajador como datos personales en el disco duro del ordenador que ha puesto a su disposición, salvo en su presencia o habiéndolo llamado para personarse. Y ha matizado que se presume que los archivos son de tipo profesional, a menos que el trabajador los hubiera identificado como de índole personal.

En los hechos probados, resultaba que el contenido pornográfico controvertido se contenía en un fichero denominado “risas”. Por consiguiente, su carácter personal no era presumible. El Tribunal entiende que la empresa tiene un interés legítimo en comprobar el adecuado desempeño de sus tareas profesionales con la diligencia exigible y, por lo tanto, en revisar que su ordenador se utiliza para los fines para los que fue puesto a disposición del trabajador. En estas circunstancias, desestima, por seis votos contra uno, que haya habido violación del art. 8 del Convenio de Roma.

Realmente, el interés de esta sentencia, como elemento de contraste, reside en las pistas que aporta de cómo un sistema puede desarrollar principios y prácticas de control empresarial coherentes con los derechos a la intimidad, a la protección de datos personales y a la vida privada. Con todo lo escueta que sea su argumentación en torno al correcto juego de los principios de justificación, necesidad y proporcionalidad. Está por ver si esta sentencia da lugar a un posterior pronunciamiento de Gran Sala, que complete la poderosa doctrina que ha sentado el asunto *Barbulescu*.

²⁰ Reclamación nº 588/13.

6. CONCLUSIÓN

El diálogo entre el TC y el TEDH puede calificarse de muy dinámico. Como se ha descrito, hay una dialéctica constructiva entre ambos órganos, en la que aquél se acomoda y va adaptando a la de éste. Sin duda, los controles que hace el empresario sobre la personalidad del trabajador, en sus diferentes dimensiones y a través de las tecnologías electrónicas, y en lo que afecta a la ejecución de su prestación laboral, constituye una materia destinada a perpetuarse en el tiempo y a progresar a la par que aquéllas van evolucionando y produciendo nuevas técnicas de seguimiento y control.

En la estación de paso en la que ahora nos encontramos, hay una brecha importante entre la jurisprudencia de ambos órganos, aunque es legítimo añadir que, a fin de cuentas, la distancia se ha ensanchado y expresado con más nitidez después de que, en Gran Sala, el TEDH emitiera la sentencia *Barbulescu*. Si bien, en rigor, tampoco había una sintonía de fondo entre, vg., la STC 39/2006 y pronunciamientos previos, como el dictado en el asunto *Copland*. Puede vislumbrarse, en los votos mayoritarios del TC, una tendencia algo más flexible para con los sistemas de control establecidos por la empresa. Pero esta tendencia ya no es sostenible en clave de futuro. Claramente, la doctrina de la STC 39/2016 debe corregirse de inmediato. Es más, no es precisa una corrección previa para que los órganos españoles de la Jurisdicción Ordinaria desconozcan su doctrina, vinculados como están por la jurisprudencia del TEDH, en virtud de los arts. 10.2 y 96 de la Constitución.

Por supuesto, el contraste no se refiere solo a la sentencia del 2006. También, a las SSTC 241/2012 y 170/213. Las corrientes más favorables a las tesis de las empresas quedan, así pues, superadas, y sustituidas como jurisprudencia inequívoca por otras más garantistas de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 18 de la Constitución. Por otra parte, no debe olvidarse la aplicabilidad, como norma del propio ordenamiento español, del art. 88 del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, que también ofrece pautas interpretativas defensoras de la vigencia de dichos derechos. Es decir, de nuevo, como ha pasado con otros asuntos –entre ellos, y a modo de ejemplo, la libertad de expresión– la jurisprudencia del TEDH exige correcciones de su doctrina al TC y, por extensión, a todos los órganos de la Jurisdicción ordinaria española. Con toda seguridad, y como se ha puesto de manifiesto²¹, ha llegado el tiempo en el que el legislador debe tomar las riendas de estos asuntos y garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales en el desarrollo del trabajo en términos suficientemente protectores y homologables a las exigencias de la doctrina del Consejo de Europa.

²¹ Valdés Dal-RE, F., Doctrina constitucional en materia de videovigilancia y utilización del ordenador por el personal de la empresa, *Revista de Derecho Social*, nº 79, 2017, pp. 15 ss., en particular en p. 34. También, Casas Baamonde, M^a.E., *op. cit.*, p. 119.