

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

De nuevo el caso López Ribalda (“Caso Mercadona”) y la videovigilancia en el ámbito de las relaciones laborales: La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 17 de octubre de 2019

Antonio Luis Faya Barrios

Letrado de la Junta de Andalucía

Profesor asociado de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. VIDEOVIGILANCIA Y RELACIONES LABORALES EN LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR A LA PRIMERA SENTENCIA LÓPEZ RIBALDA. 1. Las sentencias del Tribunal Constitucional 98/00 de 10 de abril Casino La Toja y 186/00 de 10 de julio Ensidesa. 2. Videovigilancia y deber de información previa en las sentencias del Tribunal Constitucional 29/2013 de 11 de febrero Universidad de Sevilla y 39/2016 de 3 de marzo Berhska. III. LA PRIMERA SENTENCIA: SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 9 DE ENERO DE 2018 ASUNTO LÓPEZ RIBALDA Y OTROS CONTRA ESPAÑA I. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos anterior a López Ribalda I. A. Las sentencias Barbulescu I y II B. La Decisión de admisibilidad de 5 de octubre de 2010, Karin Köpke contra Alemania. 2. Los hechos del caso López Ribalda. 3. Los argumentos de la Sentencia López Ribalda I. IV. LA SEGUNDA SENTENCIA: SENTENCIA DE LA GRAN SALA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 17 DE OCTUBRE DE 2019, CASO LÓPEZ RIBALDA Y OTROS CONTRA ESPAÑA. V.I.A MODO DE CONCLUSIÓN: LAS CONSECUENCIAS DE LA DOCTRINA LOPEZ RIBALDA II EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL RELATIVA A VIDEOVIGILANCIA ENCUBIERTA. V. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN: El presente estudio pretende analizar la doctrina que sobre videovigilancia encubierta resulta de la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2019 recaída en el caso López Ribalda y otros contra España . La misma deja sin efecto sentencia anterior del Tribunal recaída sobre el mismo caso el 9 de enero de 2018. Frente a la argumentación de esta, la sentencia de la Gran Sala concluye que si bien como regla general ha de existir información previa

al trabajador sobre la existencia y finalidad de la videovigilancia, en determinados supuestos ante sospecha fundada de irregularidad grave la videovigilancia encubierta no constituye vulneración del artículo 8 del Convenio. Se analiza la sentencia en el contexto de la jurisprudencia nacional, singularmente constitucional, existente en la materia así como de jurisprudencia anterior del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE: derechos humanos, derecho a la protección de datos, videovigilancia, relaciones laborales, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ABSTRACT: The present work intends to study the European Court of Human Rights, Grand Chamber, 17th October 2019 Judgement in the case of López Ribalda and Others v. Spain, in particular what the judgement states about covert video-surveillance. It must be said that this judgement changes the Court criteria which had been previously stated in another European Court Judgement (9th January 2018) concerning the same case. The Grand Chamber concludes that as a rule workers have a right to being previously informed about his being monitored by video-surveillance. However, there are circumstances that can justify the lack of previous information such as the existence of reasonable suspicion that serious misconduct has been committed. The Grand Chamber judgement is considered in connection with national cases concerning this matter.

KEYWORDS. Human rights. Data protection rights. Video-surveillance. European Court of Human Rights.

I. INTRODUCCIÓN

De una manera simultánea y progresiva en el ámbito nacional y europeo en los últimos cuarenta años ha pasado a ocupar un lugar de privilegio entre los derechos humanos el derecho fundamental a la protección de datos, que en sí mismo supone una evolución del tradicional derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen para pasar a tutelar, a través de sus derechos instrumentales (inicialmente los llamados derechos ARCO de acceso, rectificación o cancelación para pasar después a incorporar otros tan populares como el llamado derecho al olvido) el bien jurídico

¹ En nuestro Derecho resulta sin duda destacable tanto la previsión expresa del artículo 18.4 de la Constitución, comprensiblemente hija de su tiempo como la interpretación progresiva que el Tribunal Constitucional efectúa del derecho, reafirmando su carácter de derecho fundamental autónomo al tiempo que instrumento para la efectividad de los derechos fundamentales. En el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos el silencio de la Carta se ve compensado por Convenio número 108 de 28 de enero de 1981 para la protección de los individuos respecto al tratamiento automatizado de datos personales y por la interpretación evolutiva de las que las sentencias López Ribalda constituyen un buen ejemplo. En la Unión Europea con anterioridad al Reglamento General son hitos significativos la Directiva de 1995 y sobre todo su incorporación a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

más amplio de la privacidad del individuo, en riesgo indudable en una sociedad tecnológica como la nuestra.

Como cualquier derecho, el ejercicio de este derecho fundamental se sujeta a límites, exige una ponderación con otros derechos o intereses legítimos en presencia. Tal ponderación resulta especialmente difícil en el entorno de las relaciones laborales. Sin duda el trabajador no puede quedar desapoderado de su derecho a la privacidad pero necesariamente tal derecho habrá de modularse a la vista de los deberes que para él se derivan del contrato de trabajo y en general del Derecho laboral, singularmente la sujeción de su actividad laboral al poder de dirección y control del empleador o empresario.

En tal sentido, una de las cuestiones más controvertidas es la de la videovigilancia como instrumento de control por el empresario de la conducta de los trabajadores y la licitud de la utilización ulterior por aquel de las imágenes obtenidas para sancionar conductas ilícitas o incluso para proceder al despido disciplinario del trabajador. No ha existido una regulación específica de esta cuestión hasta que la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales le dedica su artículo 89² y en parte por eso y en parte por el extremo casuismo inherente al problema la jurisprudencia se ha mostrado vacilante.

En ese contexto nos tocará analizar las dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaídas en el caso López Ribalda y otros contra España, tanto la STEDH de 9 de enero de 2018 como muy especialmente la de la Gran Sala de 17 de octubre de 2019 que revocando la anterior considera que no ha existido violación por parte de España del Convenio.

II. VIDEOVIGILANCIA Y RELACIONES LABORALES EN LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR A LA PRIMERA SENTENCIA LÓPEZ RIBALDA

1. Las sentencias del Tribunal Constitucional 98/00 de 10 de abril Casino La Toja y 186/00 de 10 de julio Ensidesa

Los primeros pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materia de utilización de videovigilancia como medio de control empresarial parecen distinguir

² El referido precepto tampoco a nuestro juicio deja resuelta más allá de cualquier duda la cuestión, aparte de que seguirá siendo parámetro interpretativo de primer orden la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y más aún el modo en que a su vez la interpreten nuestros tribunales. Muy crítico se muestra Carlos González en GONZALEZ GONZALEZ, C, “Control empresarial de la actividad laboral mediante la videovigilancia y colisión con los derechos fundamentales del trabajador. Novedades de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales” en *Aranzadi Digital* núm. 1/2018, p. 17

con nitidez los supuestos de sistemas de control instalados de manera permanente y entendemos que preventiva de aquellos en los que ante la existencia de sospechas previas de conducta ilícita de un trabajador, la empresa instala videovigilancia encubierta.

Al primer supuesto pertenece la STC 98/2000 de 10 de abril que se pronuncia sobre la instalación por parte del Casino de la Toja de un sistema de grabación del sonido (no por tanto videovigilancia) en la ruleta francesa y en la caja. Dicho sistema, se aducía por la empresa, completaría el circuito cerrado de televisión preexistente desde la apertura del casino. Tras un primer pronunciamiento del Juzgado de lo Social favorable a apreciar la vulneración del derecho fundamental, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia consideró conforme a Derecho la instalación del sistema de sonido considerando que no tratándose de espacios como aseos, vestuarios o similares debía entenderse que el derecho a la intimidad del trabajador no se vulneraba.

El Tribunal Constitucional recuerda con cita de jurisprudencia anterior que el trabajador en ningún caso queda desposeído de sus derechos fundamentales durante su jornada de trabajo y que el respeto a los mismos opera como límite a los poderes del empleador, de manera que siendo posible establecer limitaciones y modulaciones

Estas limitaciones o modulaciones tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes. Se trata, en definitiva, de la aplicación del principio de proporcionalidad. (FJ 7)

El supuesto controvertido no supera, a juicio del Tribunal Constitucional, dicho test de proporcionalidad. Y para llegar a tal conclusión, en línea con lo que señalábamos anteriormente sobre diferente régimen de la vigilancia general o prospectiva, resulta determinante que no existieran sospechas previas de conducta ilícita. En tal sentido, indica la sentencia lo siguiente:

Como acertadamente advierte el Ministerio Fiscal, 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.

Precisamente a la previa sospecha de la comisión de un ilícito responde la STC 186/00 de 10 de julio. A raíz de la existencia de un descuadre llamativo en los rendimientos de la sección de textil y calzado del economato y de alguna advertencia sobre posible proceder irregular de algunos cajeros, la empresa Ensidesa instala un circuito cerrado de televisión que se limita a enfocar las tres cajas registradoras y el mostrador de paso de las mercancías sin informar previamente al Comité de Empresa ni a los trabajadores. De las grabaciones resulta que junto a otras irregularidades de menor entidad se detecta que uno de los cajeros sustrae diferentes cantidades de la caja por lo que se procede a su despido.

Tras agotar la vía jurisdiccional ordinaria, el trabajador recurre en amparo ante el Tribunal Constitucional. Como en la sentencia anterior, el derecho fundamental cuya posible vulneración se analiza es el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del artículo 18.1 de la Constitución.

En sus razonamientos, el Tribunal Constitucional recuerda que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales exige que la misma se atenga a las exigencias del principio de proporcionalidad. Señala en tal sentido lo siguiente:

A los efectos que aquí importan, basta con recordar que—como sintetizan las SSTC 66/1995, de 8 de mayo [RTC 1995, 66] , F. 5; 55/1996, de 28 de marzo [RTC 1996, 55] , F. 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre, F. 4 e), y 37/1998, de 17 de febrero [RTC 1998, 37] , F. 8— para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Entiende el Tribunal Constitucional que en el caso que nos ocupa la medida supera el referido triple juicio de proporcionalidad, resaltando las diferencias respecto al supuesto analizado por la STC 98/00³. Resulta de especial interés a nuestro juicio el modo en que la sentencia resuelve el

³ *Pero es más, como ya quedó advertido, en el caso presente la medida no obedeció al propósito de vigilar y controlar genéricamente el cumplimiento por los trabajadores de las obligaciones que les incumben, a diferencia del caso resuelto en nuestra reciente STC 98/2000, en el que la empresa, existiendo un sistema de grabación de imágenes no discutido, amén de otros sistemas de control, pretendía añadir un sistema de grabación de sonido para mayor seguridad, sin quedar acreditado que este nuevo sistema se instalase como consecuencia de la detección de una quiebra en los sistemas de seguridad ya existentes y sin que*

tres sanciones de suspensión de empleo y sueldo por la comisión de tres faltas muy graves.

Aparte de recurrirlas ante la jurisdicción social, el trabajador denuncia a la Universidad ante la Agencia Española de Protección de Datos la cual declara en virtud de Resolución 987/2008 de 1 de septiembre que la Universidad de Sevilla ha infringido lo establecido en el artículo 5 de la entonces vigente Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre al procederse a la recogida de datos sin haber informado previamente a los trabajadores de que las imágenes obtenidas por el sistema de videovigilancia podían ser utilizadas como medio de control horario.

En este supuesto el Tribunal Constitucional indica con claridad que va a tomar como canon de constitucionalidad el derecho fundamental a la protección de datos (o a la autotutela informativa, como lo denomina el recurrente en amparo) enraizado en el artículo 18.4 de la Constitución. Y expresamente indica que ello determina la no aplicación al caso de la doctrina contenida en las sentencias antes analizadas 98/00 y 186/00, que se pronunciaron sobre la vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar del 18.1.

Se detiene en tomar distancia frente al supuesto resuelto en la 186/00, indicando que esta se refiere a grabación secreta de actividad laboral (recordaremos este matiz más adelante) en tanto que el caso de autos se trata de la utilización de grabaciones para fines distintos de los expresamente declarados; que en el caso del economato se estaba grabando el puesto de trabajo y no como aquí un vestíbulo o lugar público de paso y finalmente lo evidente: que la 186/00 lo que analizó fue la hipotética vulneración del derecho fundamental recogido en el artículo 18.1.

La sentencia resulta ser después bastante rotunda⁵ afirmando con cita de la STC 292/00 de 30 de noviembre que el derecho a la información previa forma parte del núcleo esencial del derecho

⁵ *En el caso enjuiciado, las cámaras de video-vigilancia 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 (RCL 1978, 2836).*

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. FJ 8

fundamental a la protección de datos en la medida en que el mismo incluye la facultad de saber en todo momento quien posee los datos personales y para qué fin.

A conclusiones radicalmente diferentes llega la STC 39/2016 de 3 de marzo, sentencia Bershka. En este caso la empresa a raíz de la implantación de un nuevo sistema de control informático de las cajas concibe sospechas sobre la existencia de posibles irregularidades en una tienda y caja concretas. Instala un sistema de videovigilancia de la caja que no comunica a los trabajadores, si bien en el escaparate coloca un distintivo informativo indicando que el lugar está sometido a videovigilancia.

Frente al razonamiento de la STC 29/2013, que exige que la información previa al trabajador incluya la finalidad específica para la que se utilizarán las imágenes grabadas, la STC 39/2016 considera cumplida la obligación de información con la instalación del distintivo informativo en la medida en que el mismo se ajustaba a las exigencias de la Instrucción 1/2006 de 8 de noviembre de la Agencia Española de Protección de Datos. En palabras del Tribunal Constitucional:

Como hemos señalado, en cumplimiento de esta obligación, la empresa colocó el correspondiente distintivo en el escaparate de la tienda donde prestaba sus servicios la recurrente en amparo, por lo que ésta podía conocer la existencia de las cámaras y la finalidad para la que habían sido instaladas. Se ha cumplido en este caso con la obligación de información previa pues basta a estos efectos con el cumplimiento de los requisitos específicos de información a través del distintivo, de acuerdo con la Instrucción 1/2006 (RCL 2006, 2206). El trabajador conocía que en la empresa se había instalado un sistema de control por videovigilancia, sin que haya que especificar, más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control. Lo importante será determinar si el dato obtenido se ha utilizado para la finalidad de control de la relación laboral o para una finalidad ajena al cumplimiento del contrato, porque sólo si la finalidad del tratamiento de datos no guarda relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual el empresario estaría obligado a solicitar el consentimiento de los trabajadores afectados. FJ 4

Debemos en este punto recordar que también la STC 29/2013 se dictó a la vista de la Instrucción 1/2006 y del criterio de la Agencia Española de Protección de Datos expresado en la sanción impuesta a la Universidad y que esta tenía instalados distintivos anunciando la instalación de cámaras y la captación de imágenes en el recinto universitario. En palabras de la propia sentencia, la doctrina de la AEPD no vincula al Tribunal Constitucional pero ha de considerarse “indicativa”.

Discrepando del parecer mayoritario del Tribunal, el magistrado Valdés Dal-Re efectúa una crítica muy lúcida de la sentencia, lamentando el modo en que se separa sin mayores esfuerzos de argumentación de la 29/2013. Además, la misma a su juicio efectúa una ponderación indebida entre un derecho fundamental y los poderes de dirección del empleador, atribuyendo a estos una naturaleza de la que carecen. Deplora también que el Tribunal Constitucional considere que no existe vulneración

del derecho fundamental incluso si el empresario en ejercicio de su poder de dirección hubiera incumplido sus obligaciones legales o que haya pasado a tomar como canon o parámetro de constitucionalidad una Instrucción de la Agencia Española de Protección de Datos⁶.

También identifica el magistrado discrepante una sutil mutación en el modo en el que el Tribunal pasa a considerar constitucionalmente legítimo el previo juicio de proporcionalidad: el juicio de necesidad que en abstracto señala la sentencia que supone que la medida es necesaria *en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia* se entiende cumplido en el supuesto que nos ocupa simplemente porque *la grabación serviría de prueba de tales irregularidades*. Resulta a nuestro juicio acertada la crítica porque supone admitir que la simple comodidad o mayor facilidad probatoria de una de las partes justifica adoptar una medida restrictiva de un derecho fundamental, sin necesidad de análisis previo de la posible existencia de otras medidas alternativas cuya afección al derecho fundamental resulte menos invasiva.

Con todo, pese a no resultar según lo dicho pacífica, la doctrina contenida en la STC 39/2016 pasa a ser acogida por la jurisdicción ordinaria, singularmente tras hacerla suya el Tribunal Supremo en diversas sentencias como la de 31 de enero de 2017, recaída en el recurso 3331/2015 o 2 de febrero de 2017, recurso de casación para unificación de doctrina 544/2016.

III. LA PRIMERA SENTENCIA: SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 9 DE ENERO DE 2018 ASUNTO LÓPEZ RIBALDA Y OTROS CONTRA ESPAÑA

1. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos anterior a López Ribalda I

La sentencia López Ribalda cita diversos pronunciamientos anteriores del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativos al alcance del derecho a la privacidad en el ámbito de las relaciones laborales. Nos referiremos brevemente por su importancia a las sentencias Barbulescu I y II y a la decisión sobre admisibilidad

⁶ *Acaso, el tránsito por camino tan espinoso puede haber sido debido a la desatención hacia la STC 29/2013, de 11 de febrero (RTC 2013, 29), que expresamente recordaba que la Constitución ha querido que la ley, y sólo la ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental. Pero sea como fuere y más allá de la razón determinante, me resulta imposible admitir que el derecho de los trabajadores a ser informados sobre la suerte de los datos obtenidos por su empleador, derecho este que forma parte del núcleo fuerte del habeas data, pueda concretarse en una mera pegatina con el correspondiente distintivo visible en un cristal, una vez cumplido, eso sí, en contenido y diseño – como recuerda la Ponencia aprobada – el sin duda trascendente Anexo de la Instrucción citada.*

Köpke contra Alemania. Atañen aquellas y esta a dos dimensiones diferentes del derecho a la privacidad del trabajador mientras se encuentra realizando su actividad laboral en el ámbito de la empresa. Las sentencias Barbulescu se centran en la legitimidad de los controles empresariales sobre aquellas comunicaciones privadas que se efectúan en horario laboral usando medios de la empresa en tanto que la decisión Köpke se acerca más al supuesto que nos ocupa al pronunciarse precisamente sobre un caso de videovigilancia encubierta con fines disciplinarios.

A) Las sentencias Barbulescu I y II

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de enero de 2016, caso Barbulescu contra Rumanía, correspondiente a la demanda 61496/2008 (Barbulescu I) trae causa de la demanda de un trabajador que como parte de su trabajo como ingeniero de ventas crea una cuenta de Yahoo Messenger para recibir y responder a preguntas de los clientes. Tras algún tiempo de funcionamiento, se le informa por parte de la empresa que con ocasión de la vigilancia de sus comunicaciones entre los días 5 y 13 de julio de 2007 se ha descubierto que ha utilizado con fines personales dicha cuenta, con diversos mensajes sobre cuestiones personales a su novia y a su hermano.

Se le despidió por vulnerar normas internas de la empresa. Quedó acreditado en el proceso que existían unas normas genéricas de la empresa que prohibían el uso personal de ordenadores, teléfonos, fotocopiadoras y otros medios de la empresa. Sin embargo, no se consideró acreditado que además la empresa hubiera dirigido una notificación a los empleados, entre ellos al demandante, indicándoles que serían sometidos a vigilancia y recordando que otro empleado había sido despedido por usar internet, teléfono y fotocopiadora con fines personales.

El Tribunal considera que lo decisivo era apreciar si el demandante podía razonablemente esperar que sus comunicaciones a través de Yahoo Messenger fueran privadas, considerando la existencia de una prohibición general, acreditada como dijimos, del uso de ordenadores y otros recursos de la empresa con fines personales y finalmente concluye que la vigilancia del empleador fue proporcionada y de alcance limitado.

A petición del demandante, el asunto se remite a la Gran Sala, que finalmente resuelve mediante sentencia de 5 de septiembre de 2017 considerando frente a la sentencia anterior que había existido violación del artículo 8 del Convenio⁷.

⁷ Es interesante la interpretación amplia que efectúa del concepto de vida personal y familiar del artículo 8. Con cita de sentencias como Fernández Martínez c. España, Oleksandr Volkov c. Ucrania o Niemietz c. Alemania de 16 de diciembre de 1992 razona cómo *las restricciones establecidas en la vida laboral pueden incluirse en el artículo 8 cuando repercuten en la forma en que el individuo forja su identidad social a través del desarrollo de relaciones con otros.*

En su análisis de los hechos concluye que no parece que el demandante hubiera sido informado con antelación del alcance y la naturaleza de la supervisión efectuada por su empleador o de la posibilidad de acceder al contenido de sus comunicaciones. Recuerda en cualquier caso que *las instrucciones de una empresa no pueden anular el ejercicio de la privacidad social en el puesto de trabajo. El respeto a la privacidad y confidencialidad de las comunicaciones sigue siendo necesario, aunque pueden limitarse dentro de las medidas de necesidad* (apartado 80).

Analizando el supuesto concreto y la valoración de que de sus circunstancias realizaron los tribunales nacionales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluye que aquellos no comprobaron si efectivamente el empleador había notificado previamente al demandante la posibilidad de que sus comunicaciones en Yahoo Messenger fueran controladas ni desde luego tuvieron en cuenta que no se le había informado del alcance y naturaleza que podía tener la vigilancia. Tampoco valoraron qué motivos concretos justificaban la aplicación de medidas de control ni la posibilidad de utilizar medidas menos intrusivas (apartado 139). Por tanto, se produjo la aducida vulneración del artículo 8 del Convenio.

En consecuencia y según lo dicho, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Barbulescu II* establece que al menos en lo relativo a la posibilidad de vigilar las comunicaciones privadas del trabajador durante su jornada de trabajo se integra en la expectativa razonable de éste el ser informado con carácter previo sobre la existencia de la vigilancia y sobre el alcance de esta. Parece enlazar directamente con la rotundidad de nuestro Tribunal Constitucional en su STC 29/2013 cuando señala que además de cumplir con la instalación del dispositivo informativo y la notificación previa de la creación del fichero a la Agencia Española de Protección de Datos (lo mismo en definitiva que la sentencia *Bershka* poco después pasó a considerar suficiente) 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.

Restaba por tanto comprobar si tal doctrina garantista iba a acabar trasladándose en bloque al ámbito que nos ocupa, el de la videovigilancia y en particular la videovigilancia encubierta. Es en este sentido que se revela crucial el análisis del precedente específico más parecido que tuvieron a la vista las sentencias *López Ribalda*, la decisión *Köpke*.

B. La Decisión de admisibilidad de 5 de octubre de 2010, *Karin Köpke* contra Alemania.

En este caso resulta de extremo interés examinar con cierto detenimiento los hechos, porque la sentencia *López Ribalda I* hace un considerable esfuerzo argu-

mental para justificar que las circunstancias en ella analizadas son diferentes del caso Köpke, lo que explicaría el diferente sentido del fallo.

La señora Köpke trabaja como cajera en un supermercado en Feldberg, Alemania. La empresa en septiembre de 2002 sospecha la existencia de irregularidades en el departamento de bebidas del supermercado al detectar que las cantidades supuestamente reembolsadas a los clientes que entregan envases retornables no se corresponden con los envases efectivamente retornados. Las sospechas se centran en la señora Köpke y otro empleado.

La empresa contrata a una agencia de detectives que instala un sistema de videovigilancia encubierta limitada al mostrador y área de caja en el periodo comprendido entre el 7 y el 19 de octubre de 2002 (nada se nos dice sobre que se limite a días laborables, por lo que debemos entender que son trece días ininterrumpidos). Como consecuencia de esta vigilancia, la empresa despidió a la señora Köpke por robo al haberse apropiado de unos cien euros del dinero supuestamente destinado a los referidos reembolsos.

La señora Köpke recurre a los tribunales alemanes del orden social hasta agotar instancias, primero y después al Tribunal Constitucional Federal. Se considera que no existe vulneración de su derecho fundamental a la privacidad tras llevar a cabo una valoración de las circunstancias del caso y consiguiente juicio de proporcionalidad no diferente de la que ya a estas alturas nos resulta familiar.

Sí me parece del mayor interés el hecho de que los tribunales alemanes en su ponderación confrontan el derecho a la privacidad, no con los poderes de dirección del empleador como con acierto a nuestro juicio criticó el Magistrado Valdés Dal-Re en su voto particular, sino con el derecho a la propiedad de la empresa, que obviamente se ve vulnerado ante la apropiación indebida de cantidades que son suyas.

Nos parece mucho menos forzada esta ponderación entre derechos y nos preguntamos la razón de que no se efectúe en idénticos términos por nuestro Tribunal Constitucional. Pudiera ser que considere que mal puede confrontar un derecho fundamental de un lado y de otro un derecho que no sólo no responde a esa naturaleza sino que tiene incorporado como elemento consustancial en su ejercicio y desenvolvimiento su función social⁸. Pero más desequilibrado resulta a nuestro juicio sacrificar el derecho fundamental en nombre de unos poderes de dirección del empresario que nacen de un instrumento negocial como la relación laboral.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos constata que en el momento de los hechos no existía una regulación ad hoc en Derecho alemán sobre el tema de la

⁸ Preferimos descartar que la razón auténtica subyacente sea el cierto carácter vergonzante que parece rodear al derecho de propiedad, que determina que tomarlo como elemento de ponderación

videovigilancia en el ámbito laboral, pero que podía entenderse compensada esta circunstancia con la jurisprudencia consolidada en la materia de los tribunales alemanes. Pasa después a examinar el modo en que los tribunales enjuiciaron el caso y sopesaron los intereses en conflicto.

En tal sentido, valora positivamente que existieran sospechas previas de robo, que la vigilancia se centrara exclusivamente en dos empleados, que fuera limitada en el tiempo (dos semanas, dice el Tribunal), que el área fuera limitada y además fuera accesible al público.

Especial énfasis pone el Tribunal en hacer suya la argumentación del tribunal nacional en el sentido de que la protección del derecho de propiedad del empleador sólo podía quedar garantizada si podía hacer copia de pruebas que le permitieran probar la conducta ilícita del empleado, pudiendo conservar los datos durante la pendency de los procesos judiciales.

Más aún, respalda el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la apreciación del tribunal alemán de que no existían otros medios igualmente efectivos de proteger tales derechos de propiedad menos lesivos del derecho a la privacidad del empleado. Se muestra de acuerdo con que el arqueo de cuentas no podía vincular las pérdidas con ningún empleado en particular. Pero sin duda lo más llamativo es que también hace suyo el argumento del juez nacional de que la supervisión por superiores o compañeros o la videovigilancia abierta no tendría las mismas posibilidades de éxito en descubrir un robo encubierto. Parecen aparecer aquí conceptos como eficacia probatoria o facilidad probatoria, cuya emergencia en la STC Bershka también se criticaba en el voto particular.

Con base en estas consideraciones entiende el Tribunal que la queja debe ser rechazada como manifiestamente mal fundada y declara su inadmisibilidad⁹.

2. Los hechos del caso López Ribalda

A estas alturas de trabajo si algo podemos tener ya claro es que los hechos, la causalística de cada supuesto son determinantes. Pasemos a examinar los del caso López Ribalda, teniendo en mente los de la decisión Köpke, para poder apreciar similitudes y en su caso diferencias.

⁹ Hay con todo un párrafo al final que si bien resulta algo críptico parece abrir la perspectiva de una reconsideración futura por parte del Tribunal. Señala en tal sentido lo siguiente (no hemos localizado copia en nuestro idioma de esta Decisión): *The Court would observe, however, that the balance struck between the interests at issue by the domestic authorities does not appear to be the only possible way for them to comply with their obligations under the Convention. The competing interests concerned might well be given a different weight in the future, having regard to the extent to which intrusions into private life are made possible by new, more and more sophisticated technologies.*

Los hechos de los que parte López Ribalda I podrían resumirse como sigue: a principios de febrero de 2009 la empresa Mercadona comprueba en uno de sus supermercados que existen irregularidades entre las existencias del inventario y las ventas diarias del mismo. Se identifican pérdidas superiores a ochenta y dos mil euros en un periodo de cinco meses.

Ante dicha situación, la empresa instala videocámaras tanto visibles como ocultas. Las cámaras visibles se sitúan en las entradas y salidas del supermercado en tanto que las cámaras ocultas se enfocan sobre la zona posterior de las cajas registradoras. La empresa informó a los trabajadores sobre las cámaras visibles¹⁰ pero ni ellos ni el Comité de Empresa fueron informados sobre las cámaras ocultas.

Nada dice López Ribalda I sobre la duración de la videovigilancia encubierta. En la sentencia López Ribalda II (apartado 92) se indica expresamente que la misma fue de diez días. Este importantísimo dato, como luego se verá, fue por las razones que fueran inexplicablemente soslayado o no tenido en consideración en López Ribalda I.

Citan a los trabajadores sospechosos de robo a una reunión individual donde admiten su participación en los robos en presencia de la representante sindical y de la representante legal de la empresa. De las cinco demandantes, tres eran cajeras que fueron grabadas permitiendo que clientes y compañeros robaran productos o robándolos ellas mismas en tanto que las otras dos habían sido grabadas sustrayendo mercancías con la ayuda de una de las cajeras anteriormente citadas.

Las cinco demandantes son despedidas. De la lectura de Ribalda I se sale con la impresión de que fueron las únicas despedidas, pero en Ribalda II (apartado 15) se pone de manifiesto otra circunstancia fáctica a nuestro juicio relevante: que fueron despedidos por estos hechos un total de catorce empleados aunque obviamente sólo las cinco demandantes acabaron llevando su caso ante el Tribunal de Estrasburgo. Pensar en catorce empleados implicados y unas pérdidas detectadas superiores a ochenta mil euros en cinco meses da idea de la gravedad de los hechos.

Tres de las demandantes firmaron acuerdos transaccionales con la empresa en los que se comprometían a no demandar a su empleador por despido improcedentes a la vez que el empleador se comprometía a no denunciarles por robo.

Las demandantes acuden a la jurisdicción social por despido improcedente, siendo obviamente uno de sus argumentos fundamentales la vulneración de su derecho a la privacidad derivado de la vigilancia encubierta así como su oposición a que

¹⁰ En esa información nos indica la sentencia López Ribalda II (apartado 13) que se trasladó a los trabajadores que la instalación de dichas cámaras visibles traía causa de la sospecha de robos por parte de la dirección.

la misma pudiera ser utilizada como prueba en el proceso. A estos argumentos, las demandantes que firmaron acuerdos transaccionales añadieron la aducida nulidad de los mismos.

En el proceso, junto a las grabaciones constituyeron prueba las declaraciones testificales de compañeras de trabajo despedidas también por su implicación en los robos, del gerente de la tienda, de la representante sindical y de la representante legal de la empresa.

El Juzgado de lo Social primero y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía después consideran procedentes los despidos aplicando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que conocemos. Con posterioridad los demandantes recurrieron en amparo ante el Tribunal Constitucional, que inadmitió los recursos por “falta de vulneración de un derecho fundamental”.

Para intentar completar este resumen de antecedentes añadamos un par de circunstancias que no indicándose en esta sentencia sí se incluyen en López Ribalda II: en primer lugar, que se siguió un proceso penal contra las demandantes y el resto de empleados, recalificándose en instrucción los hechos como falta y finalmente constatando que se había producido la prescripción de las mismas.

En segundo lugar¹¹, que las demandantes no acudieron a la Agencia Española de Protección de Datos ni ejercitaron la acción civil para reclamar una indemnización por la supuesta vulneración de sus derechos en los términos del artículo 19 de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal.

3. Los argumentos de la Sentencia López Ribalda I¹²

El Gobierno en su oposición a la demanda puso de manifiesto la falta de legitimación pasiva del Reino de España en la medida en que la instalación de video-vigilancia encubierta se había efectuado por una empresa privada. A esto aduce el Tribunal que del artículo 8 del Convenio resulta no sólo el deber del Estado de abstenerse de intromisiones ilegítimas en la esfera de privacidad del individuo sino que recaen sobre él obligaciones positivas que *pueden implicar la adopción de medidas destinadas a garantizar el respeto a la vida privada incluso en el ámbito de las relaciones personales*.

¹¹ El Gobierno español no opuso esta excepción de falta de agotamiento de los recursos internos en López Ribalda I, alegándolo por primera vez en sus observaciones escritas ante la Gran Sala (apartado 83 López Ribalda II)

¹² Nos centraremos en la aducida vulneración del artículo 8, obviando los pronunciamientos de la sentencia sobre las supuestas vulneraciones del artículo 6.

Sería lógico pensar que tales obligaciones positivas pasan por establecer un marco normativo adecuadamente garantista del derecho fundamental, pero la actuación posterior del Tribunal revela, como en los casos Köpke y Barbulescu, que lo que acaba enjuiciando es la aplicación por los tribunales nacionales de las referidas normas¹³.

Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos incardina con toda naturalidad la protección del derecho fundamental a la protección de datos en un concepto amplio de lo que ha de entenderse por “vida privada” en el artículo 8 del Convenio, en una interpretación evolutiva del mismo que le ha permitido utilizar el mismo precepto para incluir en el ámbito del sistema europeo de derechos humanos el derecho a la protección del medio ambiente como en la famosa sentencia López Ostra c. España de 19 de diciembre de 1994. En lo que hace al derecho a la privacidad que nos ocupa, considera que el concepto de vida privada ha a extenderse a actividades de carácter empresarial o profesional.

Pasando al análisis de los hechos, el Tribunal comienza diciendo que el empresario incumplió la obligación que sobre él pendía de aplicar la legislación nacional¹⁴ y como consecuencia, de informar a las interesadas de la existencia de un medio de recogida y tratamiento de sus datos personales. Tal omisión de su deber de información los tribunales la habían entendido justificada y proporcionada considerando que no existía otro medio igual de eficaz de proteger los derechos del empleador.

A continuación (apartado 67) empieza a marcar distancias con el caso Köpke: cuando sucedieron los hechos del caso Köpke (recordemos, 2002) las condiciones en que un empleador podía recurrir a la videovigilancia para investigar un delito penal no habían sido establecidas legalmente aunque el Tribunal federal alemán había establecido importantes directrices. Pero en este caso, continúa su razonamiento, sí existía legislación que establecía que los interesados debían ser informados por lo que los demandantes tenían una expectativa razonable de privacidad.

Resulta llamativo el argumento. No olvidemos que se está analizando el supuesto incumplimiento por un Estado de sus obligaciones positivas que, sin duda, incluyen establecer un marco normativo garantista y previsible. En 2002 ya llevaba más de quince años en vigor el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de 1 de octubre de 1985, promovido por el propio Consejo de Europa. La Directiva europea era de

¹³ En el caso Köpke, a falta de normas, la aplicación de la jurisprudencia consolidada en la materia de los tribunales nacionales.

¹⁴ Artículo 5 de la LO 15/99 e Instrucción 1/2006 de la Agencia Española de Protección de Datos relativa a videovigilancia, de cuyo carácter normativo parte el Tribunal sin mayor cuestionamiento.

1995. Luego Alemania podía perfectamente tener regulada en su legislación la videovigilancia encubierta y no lo hizo.

La paradoja es que de tal inactividad no se siguió sentencia condenatoria: se atribuyó a la jurisprudencia del Tribunal federal alemán un valor normativo a estos efectos y se aceptó sin ambages. En cambio en el caso de España el tenerlo regulado es lo que determina su condena porque al parecer una Instrucción de la Agencia Española de Protección de Datos de dudoso carácter normativo es lo que determina una expectativa razonable del trabajador de ser informado pese al claro tenor de la jurisprudencia entonces más reciente del Tribunal Constitucional en el caso Berhška que cuando menos, si no la consideración privilegiada que sí le otorgo a la jurisprudencia del tribunal alemán, le podía haber suscitado dudas al Tribunal de Estrasburgo. Se hace por tanto de mejor condición al Estado que no establece una regulación adecuadamente garantista de un derecho fundamental.

Sigue el Tribunal en el apartado 68 afirmando lo siguiente:

*Además, en el presente asunto y a diferencia de Köpke, la videovigilancia encubierta no estaba motivada por una sospecha previa contra las demandantes y, por consiguiente, no se dirigía específicamente contra ellas sino contra todo el personal encargado de las cajas registradoras, **durante semanas, sin límite de tiempo** (la negrita es nuestra) y durante todo el horario laboral. En Köpke la medida de vigilancia fue limitada en el tiempo – **se llevó a cabo durante dos semanas**– y la medida se aplicó únicamente a dos empleados. Sin embargo, en el presente asunto la decisión de adoptar medidas de vigilancia de basó en una sospecha general contra todo el personal, habida cuenta de las irregularidades reveladas con anterioridad por el gerente de la tienda.*

Efectivamente, las circunstancias de este caso difieren respecto a las de Köpke, aunque tal vez no en el sentido que el Tribunal interpreta. En el caso Köpke efectivamente las sospechas pudieron estar más localizadas porque la irregularidad afectaba al reembolso de los envases retornados y afectar sólo a dos empleados. Pero también es cierto que el quebranto por el que se despide a Karin Köpke está en torno a los cien euros. Recordemos que en el caso López Ribalda las pérdidas detectadas en un periodo de cinco meses fueron de más de ochenta mil euros.

Lo que ya parece una confusión inexplicable es decir que en este supuesto la videovigilancia encubierta duró semanas, sin límite de tiempo, en tanto que la ejemplar videovigilancia de Köpke sólo duró dos semanas. Como vimos anteriormente, la videovigilancia en López Ribalda duró menos, exactamente diez días.

En cuanto al inciso final, efectivamente en el caso López Ribalda no existían sospechosos previamente identificados. Lo que sí existían eran unas pérdidas en cinco meses ochocientas veces superiores a las que motivaron el despido de la señora Köpke . Y pese a eso, la videovigilancia abierta y encubierta se limitó a los accesos

de entrada y salida y a la línea de cajas. Desconocemos si existía una sospecha general contra todo o parte del personal pero de existir el hecho de que finalmente se siguieran diligencias penales contra catorce empleados puede llevarnos a pensar que podía estar justificada.

De la argumentación del Tribunal la a nuestro juicio paradójica conclusión es que es posible la videovigilancia encubierta frente a pequeños quebrantos con sospechoso identificable pero que si existen robos a gran escala sin un sospechoso identificable la misma debe entenderse que vulnera el derecho a la privacidad.

Concluye el Tribunal (apartado 69) que no puede compartir la opinión de los tribunales nacionales y que el empresario incumplió la obligación de información previa a los trabajadores de la existencia y las características de la videovigilancia. Entiende el Tribunal que los derechos del empresario podrían haberse salvaguardado al menos hasta cierto punto por otros medios, *en especial informando previamente a las demandantes, incluso de manera general, de la instalación de un sistema de videovigilancia y proporcionándoles la información establecida en la Ley de protección de datos personales.*

Por tanto, en el presente caso los tribunales nacionales no alcanzaron un equilibrio equitativo entre el derecho a la privacidad de las demandantes y el interés del empleador en la protección de sus derechos patrimoniales.

La sentencia cuenta con un voto particular disidente del Juez Dmitry Dedov que entiende que el fallo resulta incoherente con la jurisprudencia del Tribunal, indicando que las circunstancias de Köpke eran similares a las del presente asunto. Incluso afirma que la injerencia en el caso Köpke fue más grave porque sólo había cámaras ocultas y el empleado no fue informado en ningún momento de la videovigilancia.

Analiza posteriormente los argumentos de la sentencia resaltando que las cámaras se instalaron en espacios públicos, que la existencia de cámaras visibles revelaba la existencia de videovigilancia y entendiendo que la elevada cuantía de las pérdidas permitía deducir razonablemente que las mismas no podían haber sido causadas por una sola persona.

Concluye señalando que el Convenio no puede entenderse ni interpretarse de manera que permita la comisión de irregularidades.

IV. LA SEGUNDA SENTENCIA: SENTENCIA DE LA GRAN SALA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 17 DE OCTUBRE DE 2019, CASO LÓPEZ RIBALDA Y OTROS CONTRA ESPAÑA

Recaída la sentencia López Ribalda I, el Gobierno español solicita el 27 de marzo de 2018 la remisión del asunto a la Gran Sala al amparo del artículo 43¹⁵ del Convenio sin duda por considerar que se está en uno de los casos excepcionales a que se refiere el citado precepto. La Gran Sala admite dicha solicitud el 2 de mayo de 2018.

Tras referirse a los antecedentes del caso, la legislación y jurisprudencia nacional y europea aplicable, la sentencia López Ribalda I y los argumentos de las partes, la Gran Sala comienza su valoración a partir del apartado 109, refiriéndose a una cuestión que mencionamos: la aducida falta de legitimación pasiva del Reino de España al tratarse de una conducta imputable a una empresa privada y por tanto, el alcance de las obligaciones positivas que corresponden al Estado demandado.

De manera no diferente a la sentencia López Ribalda I, la Gran Sala comienza indicando cómo si bien el artículo 8 del Convenio conlleva sobre todo el compromiso negativo de no injerencia por parte de los poderes públicos, al tiempo supone la obligación de adoptar medidas que garanticen el respecto de la vida privada incluso en el ámbito de las relaciones de los individuos entre ellos.

Para discernir si tales obligaciones positivas se han cumplido (apartado 111) *es necesario considerar el justo equilibrio a adoptar entre los diferentes intereses públicos y privados en juego, gozando el Estado en cualquier caso de un margen de apreciación*. De hecho, la concreta elección de las medidas que garanticen la observancia del artículo 8 depende en principio de ese margen de apreciación.

El control del Tribunal, continúa la Gran Sala, se proyecta tanto sobre las leyes como sobre las decisiones que las aplican, incluso si tienen su origen en una jurisdicción independiente. Con todo, la Gran Sala, recordando doctrina previa (casos Peck y Von Hannover) delimita cuales son sus posibilidades respecto al control de los órganos jurisdiccionales nacionales: *no corresponde al Tribunal sustituir a los órganos jurisdiccionales internos, sino que le corresponde verificar, visto el asunto en su conjunto, si las decisiones se concilian con las disposiciones invocadas del convenio*.

En López Ribalda I vimos cómo el Tribunal de Estrasburgo lo que hacía precisamente era enjuiciar de nuevo los hechos y alcanzar su propia conclusión, que para

¹⁵ Como acertadamente señala GARCÍA JIMÉNEZ, MARIA ENCARNA, *El convenio europeo de derechos humanos en los umbrales del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Universidad de Valencia, Valencia, 1998, p. 212 el mecanismo del artículo 43 no constituye una apelación sino un reexamen.

colmo como dijimos parte de una apreciación errónea de hechos tan fundamentales como la duración de la videovigilancia encubierta. La Gran Sala anuncia que va a situarse en una posición diferente respecto a la jurisdicción nacional de manera que su intervención se cifra en valorar la razonabilidad y proporcionalidad de los pronunciamientos de aquella a la vista de las disposiciones del Convenio.

De alguna manera, entendemos, el tribunal velará por conformar un estándar común europeo de protección del derecho a la privacidad en materia de vigilancia de los empleados en el lugar de trabajo que pueda considerarse ajustada al Convenio. Y dicho estándar, con independencia del margen de apreciación de los Estados, en todo caso supone que los tribunales internos garanticen que la aplicación por parte del empleador de este tipo de medidas *sea proporcionada y vaya acompañada de las garantías adecuadas y suficientes contra el abuso* (apartado 114). Por su parte, el apartado 115 con base en la sentencia Barbulescu enuncia los factores que debieran tener en cuenta los tribunales nacionales para garantizar la proporcionalidad en las medidas de videovigilancia en el trabajo.

Nos resulta mas convincente y más ajustado al espíritu del Convenio actuar de esta manera que concluir, como hacía López Ribalda I, que la expectativa razonable y por tanto la protección del derecho sería mayor en Estados donde exista regulación expresa y menor donde la misma falte¹⁶.

A partir del apartado 118, la Gran Sala entra en la aplicación de todos estos principios al asunto que nos ocupa. En el apartado 121 anuncia que va a examinar el tratamiento de la queja de las demandantes de violación de su privacidad por parte de la jurisdicción nacional y en segundo lugar, que analizará si como sostenía el Gobierno español, el Derecho interno ofrecía otras vías de recurso susceptibles de garantizarles una protección adecuada.

Continúa la Gran Sala valorando el análisis del alcance de la medida de vigilancia, considerando razonable que los órganos jurisdiccionales nacionales concluyeran que la medida había sido limitada en cuanto a espacios y personal vigilado (sólo las cajas registradoras que podían ser la causa de las pérdidas) y en cuanto a duración.

Valora también (apartado 125) que las funciones de las demandantes se cumplieran en lugar abierto al público y en contacto permanente con los clientes indicando que la expectativa razonable de privacidad de un empleado varía según el lugar: es muy elevada en lugares por definición más privados como aseos o vestuarios,

¹⁶ Sería relativamente fácil defender lo contrario: que allá donde falte legislación nacional, la expectativa razonable del trabajador de obtener a nivel europeo la garantía de su derecho a la privacidad que no resulta de su ordenamiento interno es mayor.

elevada en espacios de trabajo cerrados como oficinas y *se reduce claramente en lugares visibles o accesibles para los compañeros o, como en el caso, al gran público.*

El apartado 126 entra en la duración de la medida, enmendando la valoración que había efectuado López Ribalda I: la duración del seguimiento de diez días *no parece excesiva en sí misma (comparar con la decisión Köpke, precitada, donde una duración de catorce días no se había considerado desproporcionada).* Continúa el apartado indicando que sólo el gerente, el representante legal y la representante sindical visionaron las grabaciones antes de informar a las demandantes y finaliza el apartado indicando que *A la luz de estos elementos, el Tribunal considera que la intrusión en la intimidad de las demandantes no era de una gravedad muy alta.*

Sigue la sentencia valorando positivamente que las grabaciones no se difundieran públicamente y finalmente en el apartado 128 entra en la valoración por los tribunales internos de que en este caso no existía otro medio que permitiera alcanzar el fin legítimo perseguido y que por tanto la medida era “necesaria”. La Gran Sala parece apartarse a continuación de López Ribalda I, la cual consideraba que los derechos del empresario podían haberse protegido mediante otros medios, en particular mediante un sistema de videovigilancia del que se hubiera informado previamente a los trabajadores, y en tal sentido dice:

*Aunque hubiera sido deseable que las jurisdicciones examinaran más en profundidad la posibilidad del empleador de recurrir a otras medidas menos intrusivas para la vida privada de las trabajadoras, el Tribunal no puede sino constatar que el alcance de las pérdidas constatadas por el empleador podía hacer pensar que los robos habían sido cometidos por varias personas y que informar a cualquiera de los miembros del personal podía poner en riesgo la finalidad de la videovigilancia que era, como señalaron dichas jurisdicciones, descubrir a los posibles responsables de los robos, **pero también obtener las pruebas que pudieran permitirle tomar las medidas disciplinarias correspondientes.***

Frente a López Ribalda I que parece poner el acento en la salvaguarda de los derechos futuros del empleador (posiblemente en el caso que nos ocupa, si se hubiera informado previamente a los trabajadores de que se iban a grabar las cajas registradoras los robos hubieran dejado de producirse o tal vez los implicados hubieran buscado otro modus operandi), López Ribalda II considera legítima la finalidad de hacer acopio de material probatorio para la adopción de medidas ulteriores frente a los responsables de las irregularidades. En ese punto, la Gran Sala no está lejos de los razonamientos de la sentencia Bershka de nuestro Tribunal Constitucional que parece incardinar en el requisito de necesidad no tanto la inexistencia de medios menos invasivos de la privacidad como la expectativa empresarial de allegar pruebas eficaces de cargo.

En cuanto al deber de información previa conforme a la legislación nacional, que en definitiva constituye la ratio decidendi de López Ribalda I, coincide la Gran Sala en el apartado 131 en que la necesidad de dicha información previa resulta de las normas internacionales y europeas y resulta fundamental, en especial en un contexto como el de las relaciones laborales en que el empleador ostenta importantes poderes sobre los trabajadores. No obstante, la sentencia recuerda *que la información proporcionada a la persona objeto de vigilancia y su alcance son sólo uno de los criterios a considerar a la hora de valorar la proporcionalidad de tal medida en un caso determinado. Sin embargo, si falta esa información, las garantías derivadas de los demás criterios serán aún más importantes.*

En el supuesto de autos, es cierto que los tribunales nacionales no tuvieron en cuenta la falta de información previa. El Tribunal señala en este punto que ***sólo un imperativo importante relativo a la protección de los intereses públicos o privados importantes podría justificar la ausencia de información previa.***

Por tanto, sin perjuicio de considerar que en el supuesto que nos ocupa, la aplicación del Derecho por los tribunales nacionales fue en conjunto razonable¹⁷, la Gran Sala establece con claridad que en materia de videovigilancia la regla general ha de ser la información previa y que la videovigilancia encubierta sin dicha información previa sólo resulta admisible excepcionalmente.

En tal sentido, el apartado 134 indica que no basta la mínima sospecha de robos u otras irregularidades para que resulte justificable la instalación de videovigilancia encubierta. Sí puede resultar una justificación seria *la existencia de sospechas razonables de que se habían cometido graves irregularidades y el alcance de los robos.* Frente a López Ribalda I, que considera que al no estar las sospechas centradas en empleados específicos sino ser en sus palabras una sospecha general contra todo el personal la videovigilancia encubierta no estaba justificada, la Gran Sala entiende que es un argumento que puede por el contrario justificar la falta de información previa sobre la videovigilancia el hecho de que *el buen funcionamiento de la empresa estuviera en entredicho no sólo por las irregularidades cometidas por un solo empleado, sino por la acción conjunta de varios empleados, en la medida en que esta situación podía crear en la empresa un clima general de desconfianza.*

Finalmente la sentencia añade que en efecto las demandantes tenían a su disposición otros recursos previstos en la normativa de protección de datos específicamente dirigidos a sancionar los incumplimientos legales o a sustanciar la reclamación de una indemnización por la presunta vulneración de sus derechos, a los que optaron por no recurrir. Unido a las anteriores consideraciones sobre la razonable aplicación

¹⁷ En tal sentido, el apartado 134 señala que *puieron sin traspasar el margen de apreciación de que disponen las autoridades nacionales considerar que la injerencia en la vida privada de las demandantes era proporcionada (véase para una situación similar, Köpke, decisión precitada).*

de las normas que a su juicio efectúan los tribunales nacionales, le lleva a considerar que las autoridades nacionales no incumplieron sus obligaciones positivas en virtud del artículo 8 del Convenio traspasando su margen de apreciación y que por tanto no se ha producido una vulneración del referido precepto.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: LAS CONSECUENCIAS DE LA DOCTRINA LOPEZ RIBALDA II EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL RELATIVA A VIDEOVIGILANCIA ENCUBIERTA

Tras releer detalladamente con ocasión del presente trabajo la sentencia López Ribalda I continúan las dudas que la misma me suscita sobre su alcance y en particular sobre si debe entenderse que constituye una prohibición absoluta de la videovigilancia encubierta en el trabajo¹⁸.

A favor de esta tesis estaría una cierta rotundidad en sus términos. En el apartado 67 señala que el derecho de todo interesado a ser informado de la existencia, el objetivo y la forma de la videovigilancia encubierta no sólo estaba claramente protegida y regulada por la ley sino que precisamente propiciaba la expectativa razonable de privacidad de las demandantes. En el 69 indica que la videovigilancia del empresario, *que tuvo lugar durante un periodo prolongado* (sic), no cumplió los requisitos del artículo 5 de la LO 15/1999, *en particular la obligación de información previa, de manera explícita, precisa e inequívoca a los interesados sobre la existencia y las características particulares de un sistema de recogida de datos personales*.

Pero por otra parte, la sentencia en ningún momento dice que se aparta de la doctrina de la decisión Köpke y que ha de entenderse que en todo caso la videovigilancia encubierta sin información previa es en todo caso contraria al artículo 8 del Convenio. Todo lo contrario: efectúa su propio juicio de proporcionalidad, sustituyendo el juicio efectuado por los tribunales nacionales y dedica un considerable esfuerzo a argumentar por qué el caso López Ribalda difiere del caso Köpke. Tal esfuerzo no tendría sentido ni sería necesario si lo que pretendía decir es que en ningún caso resulta admisible la videovigilancia encubierta. Por el contrario, implícitamente es tanto como admitir que de haber sido otras las circunstancias (sospechas centradas

¹⁸ A favor de atribuirle esta trascendencia se muestra Carlos González en GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C. (2018:2). Contrarias a la misma y por tanto entendiendo que tras López Ribalda I seguía siendo posible la videovigilancia encubierta, sujeta eso sí a un test de proporcionalidad más exigente, GARCÍA SALAS, A.I., “ El deber empresarial de informar acerca de la videovigilancia ejercida sobre los trabajadores. Comentario a la STEDH de 9 de enero de 2018 “, en *Editorial Aranzadi, Revista de Información Laboral*, núm. 2 (2018), p.6 (entiende posible un uso excepcional y muy limitado) así como PEREZ CANET, A., “ De nuevo sobre la videovigilancia como medida de control de la actividad laboral “, en *Editorial Aranzadi, Revista de Información Laboral*, num.1 (2018), p. 6.

en uno o dos infractores, duración no superior a dos semanas) podría haberse entendido que no vulneraba el Convenio.

Es de agradecer que la sentencia López Ribalda II resulte en este punto más clara. En el apartado 131, tras resaltar que *en principio* es necesario informar a las personas con claridad y con carácter previo de la recogida de datos y por tanto de la existencia de videovigilancia, sobre todo en el ámbito de las relaciones laborales, continúa señalando que dicha información previa es sólo uno de los criterios a considerar a la hora de valorar la proporcionalidad de la medida en un caso determinado. *Sin embargo, si falta esa información, las garantías derivadas de los demás criterios serán aún más importantes.* Por tanto, es claro que López Ribalda II admite la posibilidad de que exista videovigilancia encubierta.

Pero siendo esto cierto, también lo es que la sujeta a muy exigentes límites. Continúa la sentencia (apartado 134) aseverando que no puede aceptar que la videovigilancia encubierta traiga causa de una mínima sospecha de robos u otras irregularidades cometidas por los empleados. Sí considera una justificación seria la existencia de sospechas razonables de graves irregularidades y el alcance de los robos constatados en el asunto López Ribalda, que habían llegado a poner en entredicho el buen funcionamiento de la empresa.

Por tanto, puede parecer sin duda conforme con la doctrina de López Ribalda II una videovigilancia encubierta que responda a sospechas razonables, que pretenda detectar no cualquier irregularidad sino irregularidades graves y que además tales irregularidades comporten una afección significativa a los intereses de la empresa. Correlativamente constituiría vulneración del derecho fundamental la videovigilancia encubierta que responde a una sospecha mínima.

Más allá de esto persisten dudas. Podríamos entender que una sospecha razonable de una irregularidad menor no justificaría la vigilancia encubierta. Pero surge la duda de qué ha de entenderse por irregularidad menor. ¿Lo sería haber detectado que faltan unos cien euros en la caja, como lo que motivó el despido de la señora Köpke?. ¿O diez euros?. ¿Y si la irregularidad consiste en incumplimientos de la jornada de trabajo, como el caso Universidad de Sevilla?. ¿O si consiste en hablar de fútbol con los compañeros en el horario laboral?. ¿Queda completamente excluido el llamado “hallazgo casual”? Seguimos sin tener criterios inequívocos y deberá la jurisprudencia continuar con su labor interpretativa y aplicativa en este punto.

Por nuestra parte, entendemos que buena parte de esta incertidumbre no es achacable a la doctrina anterior y presente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A mi juicio el problema en buena medida deriva de la inexplicable ponderación que nuestro Tribunal Constitucional efectúa primando en determinados

supuestos los poderes de dirección del empleador sobre el ejercicio por el trabajador de su derecho fundamental a la privacidad¹⁹.

La ponderación debiera efectuarse, como antes apunté, entre derechos y concretamente en este caso con el derecho de propiedad, de manera que sólo vulneraciones significativas del mismo por robo, daños deliberados a propiedad de la empresa o conductas similares podrían excepcionalmente habilitar el sacrificio al derecho a la privacidad que supone la videovigilancia encubierta.

Ello haría incluso más coherente la jurisprudencia constitucional, permitiendo explicar mucho mejor de lo que a día de hoy puede hacerse que es constitucionalmente ilegítimo utilizar videovigilancia para comprobar si un empleado incumple su jornada laboral (caso Universidad de Sevilla) o pretender grabar las conversaciones en las cajas cuando ya se tiene videovigilancia (Casino La Toja) en tanto que sí puede resultar admisible ante sospecha fundada de robo a la empresa por un cajero (caso Berhska).

¹⁹ No es el objeto del presente trabajo, pero mucho nos tememos que tampoco va a solucionar nada, sino en todo caso a plantear mayores dudas el artículo 89 de la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

V. BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA JIMÉNEZ, MARIA ENCARNA, *El convenio europeo de derechos humanos en los umbrales del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Universidad de Valencia, Valencia, 1998.

GARCÍA SALAS, ANA ISABEL “ El deber empresarial de informar acerca de la videovigilancia ejercida sobre los trabajadores. Comentario a la STEDH de 9 de enero de 2018 “, en *Editorial Aranzadi, Revista de Información Laboral*, núm. 2 (2018).

GONZALEZ GONZALEZ, CARLOS, “Control empresarial de la actividad laboral mediante la videovigilancia y colisión con los derechos fundamentales del trabajador. Novedades de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales”, en *Aranzadi Digital* núm. 1/2018.

PEREZ CANET, ALBA., “ De nuevo sobre la videovigilancia como medida de control de la actividad laboral”, en *Editorial Aranzadi, Revista de Información Laboral*, núm. 1 (2018).