



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

La protección de datos entre el contenido constitucional y su contenido legal

M^a CARMEN AGUILAR DEL CASTILLO
Università di Siviglia

vol. 2, no. 1, 2016

ISSN: 2421-2695





La protección de datos entre el contenido constitucional y su contenido legal

M^a CARMEN AGUILAR DEL CASTILLO

Universidad de Sevilla.

carmenag@us.es

ABSTRACT

The aim of the article is, on the one hand, to analyze the content and scope of fundamental right to the protection of personal data, provided by art. 18.4 of the Spanish Constitution; on the other, to decline this right in the context of the employment relationship starting from the interpretation given by the Spanish Constitutional Court in judgment no. 39/2016.

The contrast between this right and the freedom of enterprise, which is realized in the power of organization, control and supervision of work performance, is resolved by the Constitutional Court in the light of the principles of proportionality, suitability and necessity. The outcome of the balancing leads the Constitutional Court to establish the prevalence of the entrepreneurial freedom on the right to privacy of the employee.

Keywords: employer's monitoring powers; privacy; employee's dignity

La protección de datos entre el contenido constitucional y su contenido legal*

SOMMARIO: 1. Contenido esencial *ex lege* del derecho a la protección de datos del artículo 18.4 CE. – 2. El deber de información entre garantía constitucional o contenido del consentimiento en la STC 39/2016 de 3 de marzo. – 2.1. La identidad del consentimiento y el deber de información en la relación laboral. – 2.2. El principio de proporcionalidad como ejercicio “in extremis” de adecuación de derechos fundamentales. – 3. La formalidad del deber de información. – 4. Conclusiones.

1. Contenido *ex lege* del derecho a la protección de datos del artículo 18.4 CE

La utilización de las tecnologías de la información y de las comunicaciones en todos los ámbitos de la vida es una realidad incuestionable siendo difícil imaginar una situación en la que no estén presentes. La empresa como realidad social y económica no es una excepción, como tampoco lo es el beneficio que su utilización reporta a sus titulares. El desconocimiento por un lado de su potencialidad y por otro nuestra, cada vez mayor, dependencia de las mismas puede llegar a provocar una inconsciencia sobre sus consecuencias (1).

La integración de la tecnología en la organización de la empresa incide directamente en la relación laboral por cuanto la dependencia, como nota característica del contrato de trabajo, implica la subordinación del trabajador al poder de organización y dirección del empresario y a sus facultades de vigilancia y control sobre la prestación del mismo (2).

En el comentario de la STC 39/2016, de 3 de marzo, no va a ser objeto de nuestro análisis la utilización de videocámaras, como medida de vigilancia y control, por entender que responde plenamente a las exigencias del art. 20.3

*En el marco de los Proyectos de Investigación: Instrumentos normativos sociales ante el nuevo contexto tecnológico 3.0. DER 2015-63701-C3-3-R e Instrumentos normativos para un envejecimiento activo y la prolongación de las trayectorias laborales de las personas de edad avanzada. DER 2015-63701-C3-2-R.

(1) Entre otras, SSTC 110/1984 (RTC 1984/110) y 292/2000 (RTC 2000/292)

(2) En este sentido TASCÓN LÓPEZ, R.: “El lento (pero firme) proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial en la era tecnológica.” Revista Doctrinal Aranzadi Social num.17/2007, (BIB 2007\3032); reseña de GARCÍA GONZÁLEZ, al libro de DESDENTADO BONETE, A., MUÑOZ RUIZ, AB.: Control informática, videovigilancia y protección de datos en el trabajo, ed. Lex Nova, Valladolid, 2012, en Rvta. Latinoamericana de Derecho Social, nº 19, 2014

texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (3) (TRET), sino la adecuación o no del proceder de la empresa a la legalidad vigente.

El derecho que se entiende vulnerado y ha sido objeto de recurso de amparo, es el de la protección de datos del artículo 18.4 de la Constitución Española (CE), por lo que sólo desde su conceptualización como derecho fundamental puede explicarse el fallo producido.

La diversa terminología con la que nuestros tribunales y sobre todo el Tribunal Constitucional (4) aluden al derecho del artículo 18.4 CE no afecta en nada a su contenido. Se trata de un derecho que tiene por “objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar” (5).

Este derecho está formado por “un primer elemento, de contenido negativo por cuanto está limitado en el respeto al honor y la intimidad de las personas y otro positivo que se traduce en el derecho de control a controlar el uso de los datos (6), incluidos en un programa informático (habeas data) (7). Es este objeto el que le convierte en un derecho fundamental autónomo (8) por cuanto no es solo una especificidad del derecho de intimidad personal y

(3) Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 24/10/15). Así se ha admitido de forma reiterada por la doctrina constitucional, por todas STC 186/2000 (RTC 2000/186). LÓPEZ ANIORTE, MC.: “Límites constitucionales al ejercicio del poder directivo empresarial mediante el uso de las TIC y otros medios de vigilancia y seguridad privada en el Ordenamiento Jurídico español” Rvta. Policía y Seguridad Pública, año IV, vol. 1, 2014, pág. 38

(4) SSTC 254/1993 (RTC 1993/254), 11/1998 FJ5, (RTC 1998/11), 94/1988 FJ 4, (1988/94), 292/2000 (RTC 2000/292)

(5) Artículo 1 LOPD. HERRAN ORTIZ, AI.: El derecho a la intimidad en la nueva Ley orgánica de protección de datos personales, ed. Dykinson, Madrid 2002, pág. 196.

(6) “La garantía de la vida privada de la persona y de su reputación poseen hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) en SSTC 11/1998, FJ 5 (RTC 1998/11), 94/1988 FJ 4 (RTC 1988/94) 292/2000 FJ 5. DEL REY GUANTES, S. (dir.) LUQUE PARRA, M.: Relaciones laborales y nuevas tecnologías, ed. La Ley, Las Rozas, Madrid, 2005, pág. 499

(7) Entre otras, SSTC 94/1998, FJ 6, (RTC 1998/94), 202/1999, FJ 2) (RTC 1999/202), 292/2000 (RTC 2000/292). En este sentido MURILLO DE LA CUEVA, PL.: “La protección de los datos de carácter personal en el horizonte de 2010”, Anuario Facultad de Derecho Universidad de Alcalá, II 2009, pág. 140

(8) Hasta la STC 254/1993 no se esgrimió como derecho vulnerado el contenido del artículo 18.4, tanto en el relato de los hechos como, de forma expresa, en su fundamento jurídico, 6. STC 292/2000 FJ.4 nos encontramos “ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama «la informática»”

familiar y a la propia imagen (9), sino que es «un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona» (10).

Otra característica que lo define es “la reserva de configuración legal” (11) que hace la propia Constitución, «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». Es la Ley Orgánica de Protección de Datos (12) (LOPD), la que en transposición de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995 (13), desarrolla el ejercicio de este derecho.

El contenido esencial del derecho y los límites legales a su ejercicio, previstos en la LOPD, no han dotado de la necesaria claridad al derecho (14) lo que ha generado una importante y, no siempre, homogénea casuística en su aplicación e interpretación por nuestros tribunales de justicia y por el Tribunal Constitucional (15).

Centrándonos, exclusivamente en la doctrina constitucional, por cuanto más adelante analizaremos la STC 39/2016 y su adecuación o no a una interpretación del derecho aparentemente consolidada, hemos de partir de la contextualización del derecho más allá de su exclusiva positivación.

Hoy no se discute la categoría de derecho fundamental del derecho de autodeterminación informativa, por lo que la necesidad legal de su contextualización no puede afectar a su contenido esencial (16). Los derechos fundamentales, aun cuando precisen ser desarrollados, tienen un contenido

(9) Artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2000/C 364/01, Niza, 7 de diciembre de 2000 (DOCE 18/12/2000)

(10) STC 292/2000 (RTC 2000/292)

(11) Art. 53.1 CE “*Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)*”. Por todas STC 254/1993, FJ 6 (RTC 1993/254).

(12) Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE 14/12/99). HERRAN ORTIZ, AI.: El derecho a la intimidad en la nueva Ley orgánica de protección de datos personales, ed. Dykinson, Madrid 2002, págs. 196 ss.

(13) Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. DOCE nº L 281, de 23 de noviembre de 1995. BRU CUADRADA. E.: “La protección de datos en España y en la Unión Europea. Especial referencia a los mecanismos jurídicos de reacción frente al derecho a la intimidad” Rvta. de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC, nº 5, 2007 pag. 82

(14) RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Posibilidades y límites en el uso de cámaras de videovigilancia...”, op. cit. pág. 1

(15) RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Posibilidades y límites en el uso de cámaras de videovigilancia. ...” op. cit. pág. 2.

(16) STC 11/1981, FJ 10 (RTC 1981/11) el «*contenido esencial*» de un derecho es “*aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga*”.

mínimo con eficacia directa que debe ser respetado en cualquier caso (17). Esto significa que el legislador, en su desarrollo, no puede desvirtuarlo disminuyendo o anulando la garantía que la Constitución le otorga (18).

El derecho ha de garantizar a su titular el poder de disposición de sus datos personales, que incluye el control de su uso y destino¹⁹. Todo ello genera un haz de deberes para el tomador de los datos (20), ya tenga un carácter público o privado, que se traducen en el cumplimiento de unas garantías necesarias para el respeto del derecho. Estas garantías consisten en la necesidad de recabar el consentimiento del titular del derecho, entendiéndose por tal “*toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen*” (21), de forma expresa. El legislador, no obstante, ha excepcionado de la prestación del consentimiento entendiéndola implícita “*...cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento;...*” (22), lo que al menos en lo referente al contrato de trabajo es entendible...

La segunda de las garantías es el derecho a estar informado de forma expresa, precisa e inequívoca (23) sobre la recogida de los datos, así como de su destino y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos (24). No existe una limitación expresa similar a la del consentimiento para el derecho de información (25), aunque si se entenderá excepcionado su cumplimiento cuando de “*la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en*

(17) STC 254/1993 FJ. 8 (RTC 1993/254) “cuando se opera con una «*reserva de configuración legal*» es posible que el mandato constitucional no tenga, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido, que ha de verse desarrollado y completado por el legislador” pero éste “*tiene eficacia directa, y debe ser protegido por todos los poderes públicos y, en último término, por este Tribunal a través del recurso de amparo (art. 53 C.E.)*”.

(18) Por todas STC 143/1994, FJ 7 (RTC 1994/143) “*Los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, y son origen inmediato de derechos y obligaciones, y no meros principios programáticos*”

(19) El artículo 2.1 LOPD extiende su ámbito de aplicación a “*los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado*”

(20) STC 292/2000, FJ 6 (RTC 2000/292), este derecho “*confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido*”.

(21) Art. 6.1 LOPD

(22) Artículo 6.2 LOPD

(23) Art. 5.1 LOPD

(24) STC 292/2000 FJ. 6 (RTC 2000/292) con este derecho se “*persigue ... impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado*”.

(25) STC 292/2000 (RTC 2000/292) si se priva a la persona “*de la información y advertencia, que sería siempre una excepción a los derechos de los titulares de los datos lesionan el contenido esencial de derecho fundamental a la intimidad frente al uso de la informática, al imponerle restricciones injustificadas y desproporcionadas que lo hacen impracticable y lo despojan de su necesario protección*”.

que se recaban, se deduzcan claramente” (26). Esta excepción solo podría entenderse cuando no haya lugar a dudas sobre la conciencia del sujeto respecto a la obtención, utilización y finalidad de sus datos personales (27).

Ambas garantías precisan de un acto de comprensión por parte del titular del derecho que, salvo en los supuestos previstos legalmente, no será posible entenderlos perfeccionados con generalidades o imprecisiones.

2. El deber de información entre garantía constitucional o contenido del consentimiento en la STC 39/2016 de 3 de marzo.

Como se ha visto es teoría constitucional la posibilidad de que el legislador limite los derechos fundamentales en su conexión con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos siempre que no introduzca limitaciones o condiciones de ejercicio del derecho que rebasen su contenido esencial (28). La delimitación de su contenido (29), se convierte en exigencia cuando se desarrolla dentro de la relación laboral.

La peculiaridad de la relación laboral hace que, dentro del respeto a la existencia de los derechos fundamentales de los trabajadores (30), su ejercicio se modalice cuando se ejercen dentro de ella. La subordinación como característica fundamental del contrato de trabajo otorga al empresario una posición de prevalencia indiscutible frente al trabajador lo que se traduce en la limitación de sus propios derechos cuando colisionan con el derecho de libertad de empresa y el de propiedad privada, aunque en ningún caso supondrá su desaparición (31). La manifestación más inmediata del derecho de libertad de empresa es el reconocimiento del poder de dirección del empresario que incluye a su vez el poder disciplinario. Es el contenido y

(26) Artículo 5.3 LOPD

(27) STC 292/2000 FJ 13 (RTC 2000/292), “...es evidente que el interesado debe ser informado tanto de la posibilidad de cesión de sus datos personales y sus circunstancias como del destino de éstos, pues solo así será eficaz su derecho a consentir, en cuanto facultad esencial de su derecho a controlar y disponer de sus datos personales”

(28) STC 11/1981 FJ. 9 (RTC 1981/11)

(29) STC 11/1981 F7 (RTC 1981/11) “el movimiento pendular entre la amplitud y la generosidad o la restricción vuelve a ser una decisión política que tiene que adoptar el legislador ordinario sin más límite que los que el derecho fundamental tenga, pues ningún derecho, ni aún los de naturaleza o carácter constitucional, pueden considerarse como ilimitados”.

(30) Hasta el año 2000 se ha venido manteniendo por la doctrina constitucional la inexistencia de los derechos fundamentales inespecíficos cuando se desarrollaban dentro de la relación laboral, por considerar que son derechos individuales y la relación laboral les convierte en individuos sociales. AAVV.: Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ed. Cinca, Madrid, 2014

(31) RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Posibilidades y límites en el uso de cámaras de videovigilancia...”, op. cit.; GUDE FERNÁNDEZ, A.: “La videovigilancia en el ámbito laboral y el derecho a la intimidad”, Rvta. Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías n.º. 35/2014 parte Estudios jurídicos. Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor. 2014. (BIB 2014\2035)

ejercicio de este poder el que entra en colisión con los derechos de los trabajadores. Con la dicción actual del artículo 20.3 (32) del TRET resulta difícil hacer una interpretación hermenéutica de su contenido haciéndolo depender, en ocasiones, del logro de la finalidad a la que sirve (33).

La STC 39/2016 (RTC 2016/39) hace una interpretación del mismo que se aleja de su propia doctrina, recogida en la STC 292/2000 (RTC 2000/292), reconduciendo el deber de información, garantía de su contenido mínimo, a una mera exigencia de su otra garantía, la prestación del consentimiento (34).

Los hechos que dan lugar a la sentencia son sucintamente los siguientes: Una trabajadora, en una tienda de ropa, es despedida por sustraer dinero de la caja mediante un procedimiento ficticio de devolución de prendas.

El quebranto patrimonial queda constatado tras la instalación de un nuevo programa informático en las cajas del establecimiento.

Con el único propósito de identificar al trabajador o trabajadores responsables del quebranto, colocan cámaras de seguridad dirigidas a la caja, sin ponerlo en conocimiento de los trabajadores ni de sus representantes (35), siendo una pegatina en el escaparate del establecimiento el único distintivo que, de forma genérica, avisa sobre su existencia.

Sobre la utilización de estas cámaras, los datos recogidos y su uso, no se ha informado a la Agencia Estatal de Protección de Datos.

Del relato fáctico de la Sentencia se extrae que el departamento de recursos humanos de la empresa, tras el nuevo programa informático instalado, disponía de datos suficientes para identificar a la trabajadora infractora al poder relacionar los hechos con el momento en el que ella estaba en la caja.

Al notificarle el despido la trabajadora admitió todos los hechos imputados.

Aunque el Tribunal no lo hace suyo, el Ministerio Fiscal entiende que el supuesto de hecho que se dirime en esta sentencia no pueden subsumirse “en el ámbito que proteger el art. 18.4 CE, en cuanto no se trata de la instalación de sistemas aptos para la recopilación sistemática y general de datos de carácter

(32) “El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad”

(33) “El criterio de *ultima ratio* viene avalado por el cumplimiento de los parámetros de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto” RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Posibilidades y límites en el uso de cámaras de videovigilancia...”, op. cit., pág. 7

(34) STC 11/1985 (RTC 1985/11) “Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga”.

(35) Sobre la información que se le ha de facilitar, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Posibilidades y límites en el uso de cámaras de videovigilancia...” op. cit. pág. 2.

personal “ por lo que “mal puede entenderse que de ello se diera conocimiento al trabajador vigilado y que se comunicara un pretendido fichero inexistente a la Agencia Estatal de Protección de Datos”.

Por su parte el Tribunal Constitucional fundamenta los hechos en el art. 18.4, derecho a la protección de datos (36), por entender que la imagen se considera un dato de carácter personal, en virtud de lo establecido en el art. 3 de la LOPD (37), haciendo suya su propia doctrina recogida en la STC 292/2000, de 30 de noviembre (RTC 2000/292). Afirma que son “*elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales “los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin.”*

La cuestión crítica que genera esta Sentencia es la interpretación argumentativa que hace del contenido y aplicación de este derecho cuando se dirige frente al poder de dirección del empresario. Aunque intenta establecer dos discursos diferentes, delimitar el contenido esencial del derecho y su modalización dentro de la relación laboral, lo cierto es que de la interpretación de ambos solo parece (justificar) deducirse la preeminencia del poder de vigilancia y control del empresario, como una manifestación clara del derecho de libertad de empresa y propiedad privada frente al derecho del trabajador al constatar su incumplimiento contractual. Nosotros vamos a tratar ambos por separado aunque los argumentos pueden llegar a ser reiterativos.

2.1. La identidad del consentimiento y el deber de información en la relación laboral

La prestación del consentimiento como elemento constitutivo del derecho a la protección de datos se entiende otorgado cuando se materializa dentro de la relación laboral, siendo una de las excepciones legales previstas en el art. 6.2 de la LOPD y en su Reglamento de desarrollo (38). Este derecho

(36) STC 39/2016 FJ 3.

(37) La primera sentencia que admite “los principios de protección de datos como canon de enjuiciamiento constitucional de cualquier medida restrictiva que comporte tratamiento de datos personales del trabajador” es la STC 29/2013, (RTC 2013/29) en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Posibilidades y límites en el uso de cámaras de video vigilancia...” op. cit. pág. 4. Citado en el anterior, GOÑI SEIN, JL.: “Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?”, en AAVV.: Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ed. Cinca, Madrid, 2014, pág. 44; TALENS VISCONTI, EE.: “Videovigilancia mediante cámaras fijas y protección de datos en el ámbito laboral. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 29/2013, de 11 de febrero de 2013” Rvta. Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, nº 33/2013 (BIB 2013/2498).

(38) “No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal ... se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para

persiste si la obtención de datos excede del contenido propio de la relación, es decir, del control y vigilancia (39), lo que el supuesto de autos no procede por entender que la finalidad perseguida por el empresario no es otra que la de “controlar el cumplimiento de la relación laboral y es conforme con el art. 20.3 TRLET”. La dispensa del consentimiento “abarca sin duda el tratamiento de datos personales obtenidos por el empresario para velar por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. El consentimiento se entiende implícito en la propia aceptación del contrato que implica reconocimiento del poder de dirección del empresario” (40).

Mayores interrogantes plantean la omisión del deber de información al trabajador sobre su existencia y finalidad. El propio Tribunal Constitucional considera que “el deber de información previa forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos” (41), sin embargo hace una interpretación de la Ley que, entiendo es contraria a su propia finalidad. Dada la necesaria vinculación entre la prestación del consentimiento (excepcionado) y el deber de información sobre los datos que ha de facilitar al trabajador, el Tribunal Constitucional hace extensiva la excepción legal a este deber por entender justificado su incumplimiento en determinados supuestos (42).

Con esta interpretación se están ignorando dos cuestiones fundamentales, por un lado que ambas garantías del derecho, consentimiento y deber de información, forman el núcleo inescindible del derecho sobre la protección de datos (43) no siendo posible subsumir una en la otra por la necesaria relación en la que ambas se encuentran. Cada una de ellas tiene

su mantenimiento o cumplimiento;” artículo 10.3.b) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre

(39) STC 39/2016, FJ. 3 “En el ámbito laboral el consentimiento del trabajador pasa, por tanto, como regla general a un segundo plano pues el consentimiento se entiende implícito en la relación negocial, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y cumplimiento del contrato firmado por las partes (...) lo que abarca, sin duda, las obligaciones derivadas del contrato de trabajo...”

(40) STC 39/2016, FJ 4.

(41) STC 39/2016, FJ. 3 Forma parte del contenido esencial del derecho “los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin...” en el párrafo 8º de este fundamento continúa diciendo que, “aunque no sea necesario el consentimiento en los casos señalados, el deber de información sigue existiendo...”

(42) STC 39/2016 FJ. 3 “La dispensa del consentimiento al tratamiento de datos en determinados supuestos debe ser un elemento a tener en cuenta dada la estrecha vinculación entre el deber de información el principio general de consentimiento”

(43) En su F.J. 4 vuelve a establecer una diferencia clara entre ambos derechos cuando reconoce que “aunque no se requiere el consentimiento expreso de los trabajadores para adoptar esta media de vigilancia que implica el tratamiento de datos, persiste el deber de información del art.5 LOPD”. Reconociendo explícitamente el incumplimiento del empresario al añadir que “Sin perjuicio de las eventuales sanciones legales que pudieran derivar para que el incumplimiento de este deber por parte del empresario implique una vulneración del art. 18.4 CE exige valorar la observancia o no del principio de proporcionalidad”

entidad propia y cada una de ellas obedece a un contenido diferente. El consentimiento se presta para facilitar la obtención de los datos, mientras que con la información se ha de advertir de “*la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información* (44)”.

Por otro lado, el deber de información como contenido esencial del derecho solo puede limitarse por ley (45), no siendo posible entenderlo “implícito” en la prestación del consentimiento ni condicionar su cumplimiento a la finalidad que se persiga con la obtención de los datos (46). La Ley solo prevé la excepción para el consentimiento en la relación laboral por los argumentos ya aducidos, pero en ningún momento regula un tratamiento similar para el deber de información (47). Aceptar que el contenido del poder de dirección del empresario responde a esta exigencia significa tanto como otorgarle un carácter universal o sin apenas excepción en el marco del contrato de trabajo frente al derecho del trabajador (48) vaciándolo de contenido y haciéndolo impracticable (49).

El incumplimiento del deber de información derivado del artículo 18.4 CE que se impone al empresario debería haber conllevado, coincidiendo con la interpretación manifestada en el voto particular del Magistrado don Fernando Valdes Dal-Ré, la calificación de nulidad del despido por vulneración de un derecho fundamental (50).

2.2. El principio de proporcionalidad como ejercicio “in extremis” de adecuación de derechos fundamentales.

(44) Artículo 5.1 LOPD

(45) Art. 53.1 CE

(46) El TC en la STC 39/2016 afirma que “*a la hora de valorar si se ha vulnerado el derecho a la protección de datos por incumplimiento del deber de información, la dispensa del consentimiento al tratamiento de datos en determinados supuestos debe ser un elemento a tener en cuenta...*”

(47) STC 29/2013 (RTC 2013/29) FJ. 7

(48) Esto revela una concepción de la empresa totalmente ajena al carácter social de nuestra Constitución en la que los poderes del empresario “*adquieren automáticamente y con el apoyo de los art. 33 y 38 CE un rango de constitucionalidad y preeminencia, sin matices, contenciones o medidas*”, Voto particular formulado por el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré y al que se adhiere la Magistrada doña Adela Asua Batarrita. APARICIO TOVAR, J.: “*Los derechos fundamentales y el juicio de proporcionalidad degradados a mera retórica. A propósito de la STC 170/2013, de 17 de octubre de 2013*” Rvta. de Derecho Social, nº 64, 2014, pág. 136; CARDONA RUBERT, M.B.: “*Intimidad del trabajador y comunicaciones electrónicas*” Rvta. Lex Social, volumen 5, nº2 (2015) pág. 39.

(49) STC 292/2000, FJ 13, “*De suerte que la garantía que supone el derecho a una información apropiada mediante el cumplimiento de determinados requisitos legales quedaría sin duda frustrado el derecho del interesado a controlar y disponer de sus datos personales, pues es claro que le impedirían ejercer otras facultades que se integran en el contenido del derecho fundamental al que estamos haciendo referencia*”.

(50) Entre otras, STC 254/1993 FJ. 7

Aunque la vulneración, a nuestro juicio, del contenido esencial del derecho haría innecesaria cualquier otro tipo de argumentación, consideramos interesante continuar con nuestra reflexión sobre la utilización que el Tribunal hace sobre el juicio de proporcionalidad una vez que ha considerado adecuado a derecho el cumplimiento de las garantías constitucionales del derecho a la protección de datos.

Esta nueva situación presenta un escenario totalmente diferente por cuanto la prevalencia de un derecho constitucional o bien constitucionalmente protegido (“respetado”) respecto de otro solo puede entenderse desde el “*necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo y el ámbito –modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente– de su libertad constitucional*” (51), modulación del derecho que solo podrá hacerse desde la aplicación del principio de proporcionalidad. Como reiteradamente ha puesto de manifiesto el TC ningún derecho fundamental puede considerarse absoluto (52) lo que permite, siempre dentro del respeto a sus garantías constitucionales, verse limitado en su ejercicio en beneficio de otro. La prevalencia o no del derecho en toda su intensidad dependerá del coste de oportunidad que se deduzca de la aplicación del principio de proporcionalidad a través del análisis detallado de cada uno de sus juicios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad (53) y siempre referido al caso concreto, no siendo posible establecer ni prever generalidades. Solo desde la justificación plena de los tres juicios puede entenderse conforme a derecho la prevalencia del derecho de libertad de empresa frente al derecho de protección de datos del trabajador.

El juicio de idoneidad queda fácilmente superado por cuanto solo es necesario determinar si el medio utilizado, la videocámara en este caso, responde a la consecución del objetivo propuesto para el empresario. Resulta evidente que la utilización de la tecnología y de sus avances tienen encaje en el contenido del art. 20.3 TRET, siempre que respondan a la finalidad de vigilar y controlar la prestación de trabajo, permitiéndole en este caso comprobar las irregularidades detectadas e identificar al trabajador que las ha realizado.

(51) SSTC 6/1998 (RTC 1998/6), 39/2016 FJ 5. RODRIGURZ ESCANCIANO, S.: “Posibilidades y límites en el uso de cámaras de videovigilancia...”, op. cit.

(52) SSTC 110/1984, (RTC 1984/110), 143/1994 (RTC 1994/143). “No deja de ser cierto que siempre que se positiviza un derecho o una institución se produce su incorporación a un conjunto en el que les rodean otros derechos e instituciones que los delimitan y con los que pueden entrar en conflicto. Dejan, pues, de ser absolutos y se transforman, como todos los derechos e instituciones, en categorías circunscritas dentro de unos confines cuya determinación puede, en ocasiones, ser difícil, pero que no dejan de existir por esa razón”, MURILLO DE LA CUEVA, PL.: “La protección de los datos de carácter personal...”, op. cit. pág. 136.

53 La aplicación del principio de proporcionalidad, Sentencia del Tribunal Federal Alemán de 15 de diciembre de 1983 y haciéndola suya, entre otras muchas, las SSTC 110/1984 (RTC 1984/110) y 292/2000 (RTC 2000/292)

La suficiencia del juicio de necesidad es más controvertida, por cuanto por el relato de los hechos la propia empresa se deduce que el quebranto patrimonial se conoció cuando se introdujo un nuevo programa informático en las cajas, lo que justificó la medida adoptada de vigilancia, pero también ha quedado constatado que de la información obtenida por el mismo se sabía, el día y la hora en la que se producían los hechos lo que, a través de la propia organización de la empresa, era posible identificar al trabajador que en esos momentos estaba a pie de caja. Hecho que también evidencia el procurador que actúa en nombre de empresa cuando afirma que “la conducta de la recurrente ha quedado acreditada de forma independiente de las imágenes que se aportaron al caso del juicio, por tanto, dichas imágenes no resultan determinantes para el fallo, habiendo quedado totalmente acreditada la comisión por parte de la actora de una apropiación dineraria en su tiempo de trabajo”. Por todo ello entendemos que no puede afirmarse que el juicio de necesidad queda superado en la medida en la que existían otras pruebas igualmente válidas.

El justo equilibrio al que alude la Sentencia es difícilmente compartible en este caso, por cuanto, la necesaria ponderación exigida por el principio de proporcionalidad no se respeta por existir, como señala en su voto particular el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, “otros elementos de prueba independientes de la videovigilancia suficientes para entender probados los hechos que dieron al despido”, que de haberse tenido en cuenta, al igual que se hizo tanto en primera instancia como en suplicación, hubieran sido suficientes para entender probados los hechos que dieron lugar al despido”. Es por esta razón por la que no hemos entrado a valorar la idoneidad o no del fallo por cuanto en otras circunstancias hubiera sido el mismo, sino en la argumentación utilizada por el Tribunal para llegar a él y que a nuestro juicio, paradójicamente lo invalida.

3. La formalidad del deber de información

Aunque no condiciona nuestras conclusiones finales, no queremos dejar de referirnos, aunque sea brevemente, a otro argumento fáctico que dentro de una importante contradicción interpretativa ha sido utilizado por el Tribunal para descartar toda lesión al derecho del trabajador.

Como hecho probado la empresa considera ajustado a derecho el cumplimiento de su obligación legal de informar a los trabajadores, situando en un lugar visible del escaparate de la tienda una pegatina indicativa de la existencia de videocámaras en el recinto. La argumentación jurídica sobre la adecuación del medio utilizado para cumplir con el deber exigible de información es que la pegatina cumple formalmente con los requisitos exigidos en la Instrucción 1/2006 dada por la Agencia Española de Protección de

Datos (54). Este hecho incuestionable sirve al Tribunal para afirmar con rotundidad que la recurrente “*podía conocer la existencia de las cámaras y la finalidad para la que habían sido instaladas*”, añadiendo que no es necesario “*especificar más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control*” (55). *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*”

Con esta interpretación no solo se ignora el contenido del derecho fundamental, como ya se ha insistido, sino también su desarrollo normativo. Si bien es cierto que en la Instrucción 1/2006 se incluye en su anexo I el modelo de pegatina informativa (56), no lo es menos que en todo momento se remite a la ley sobre el contenido del deber de información que, de ningún modo puede entenderse cumplido con un genérico aviso dirigido al público en general (por su ubicación) (57).

El interés de este apartado se encuentra en la propia contradicción de la Sentencia por cuanto afirma la suficiencia de la información hacia el trabajador y a la par reconoce el incumplimiento del empresario al afirmar que “*sin perjuicio de las eventuales sanciones legales que pudieran derivar, para que el incumplimiento de este deber por parte del empresario implique una vulneración del art. 18.4 CE exige valorar o no la observancia del principio de proporcionalidad*” (58). La evidente contradicción queda subsanada por la superación del juicio de proporcionalidad, descartándose en su FJ. 5 “*que se haya producido lesión alguna del derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 CE*” (59).

Como ya se ha dicho anteriormente la proporcionalidad entre el derecho y su necesaria ponderación solo es constitucionalmente admisible si la colisión se produce tras el pleno respeto al derecho. Como señala el Magistrado don Fernando Valdes Dal-Re “*la lógica por la que ha optado la sentencia de la mayoría, fundada en la más primaria utilidad o conveniencia*

(54) Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras. (BOE 12/12/06)

(55) STC 29/2000 FJ 13 (RTC 2000/292), no es suficiente la genérica información de que los datos pueden ser cedidos es necesario conocer la finalidad de los mismos.

(56) El art. 3 de la Instrucción establece que “*Los responsables que cuenten con sistemas de videovigilancia deberán cumplir con el deber de información previsto en el artículo 5 de La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre. A tal fin deberán: a) Colocar, en las zonas videovigiladas, al menos un distintivo informativo ubicado en lugar suficientemente visible, tanto en espacios abiertos como cerrados y b) Tener a disposición de los/las interesados/as impresos en los que se detalle la información prevista en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 15/1999.*

(57) STC 254/1993 FJ. 7 (RTC 254/1993), “*es necesaria una información sobre el contenido y alcance de la misma...*”

(58) STC 39/2016 FJ.4

(59) Aunque referido a la Administración, considero que esta afirmación tiene perfecto encaje en este supuesto SSTC 254/1993, 180/1991 FJ 1. 6/1986 FJ 3 c), *es evidente que la Administración no puede verse beneficiada por el incumplimiento de su obligación.*

empresarial, quebranta la efectividad del derecho fundamental del art. 18.4 CE, en su núcleo esencial; confunde la legitimidad de fin (en este caso, la verificación del cumplimiento de las obligaciones laborales a través del tratamiento de datos, art. 20.3 en relación con el art. 6.2 LOPD con la constitucionalidad del acto (que exige ofrecer previamente la información necesaria, art. 5 LOPD”

El fallo de esta sentencia ha consistido en la desestimación del recurso de amparo de la recurrente.

5. Conclusiones.

Se impone una acción positiva para el legislador para concretar los límites del derecho y la de la utilización de las nuevas tecnologías toda vez que resulta difícil acomodar los derechos a la velocidad de los avances. Nuestro interés por la STC 39/2016 no responde directamente a su contenido fáctico y al fallo de la misma cuanto a la fundamentación jurídica que a lo largo de su contenido se ha ido desarrollando por el Tribunal Constitucional.

La falta de concreción legal ha hecho que sean los tribunales y más concretamente el Tribunal Constitucional el que, a partir de sus sentencias, haya delimitado el contenido de este derecho. El problema fundamental con el que nos encontramos no es solo, la falta de continuidad en los pronunciamientos de nuestro más alto tribunal, sino principalmente en la inseguridad jurídica que genera a sus destinatarios por tratarse de derechos que cuentan con una importante carga interpretativa en su aplicación. El problema fundamental es que su configuración se hace a través de la individualidad de los asuntos que requieren su pronunciamiento, lo que cualquier teoría general definitoria de los mismos, se ve amenazada cuando se circunscribe a la resolución de un caso particular, salvo que exista plena identidad entre los asuntos.

La rapidez con que evoluciona las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y la capacidad para controlar todos y cada uno de nuestros movimientos necesita de una interpretación clara y sólida del derecho contenido en el artículo 18.4 en todos los ámbitos y muy especialmente en el laboral. Al Tribunal Constitucional no le es extraño el riesgo que, estas tecnologías entrañan para el respeto de los derechos fundamentales del trabajador, como tampoco lo es ni puede serlo su apuesta por mantener el necesario equilibrio entre ellos.

Bibliografía

- APARICIO TOVAR J., *Los derechos fundamentales y el juicio de proporcionalidad degradados a mera retórica. A propósito de la STC 170/2013, de 17 de octubre de 2013*, *Revista. De Derecho Social*, 2014, 64.
- BRU CUADRADA. E., *La protección de datos en España y en la Unión Europea. Especial referencia a los mecanismos jurídicos de resacción frente al derecho a la intimidad*, *Revista. de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, 2007, 5.
- CARDONA RUBERT, M.B., *Intimidación del trabajador y comunicaciones electrónicas*, *Revista Lex Social*, 2015, 5, 2.
- DEL REY GUANTES S. - LUQUE PARRA M., *Relaciones laborales y nuevas tecnologías*, ed. La Ley, Las Rozas, Madrid, 2005.
- GARCÍA GONZÁLEZ, al libro de DESDENTADO BONETE A., MUÑOZ RUIZ A.B., *Control informática, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2012, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 2014, 19.
- GOÑI SEIN J.L., *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?*, en AA.VV., *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, ed. Cinca, Madrid, 2014.
- GUDE FERNÁNDEZ A., *La videovigilancia en el ámbito laboral y el derecho a la intimidad*, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2014, 35, parte Estudios jurídicos. Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor. 2014. (BIB 2014\2035)
- HERRAN ORTIZ A.I., *El derecho a la intimidad en la nueva Ley orgánica de protección de datos personales*, ed. Dykinson, Madrid 2002, pág. 196.
- LÓPEZ ANIORTE M.C., *Límites constitucionales al ejercicio del poder directivo empresarial mediante el uso de las TIC y otros medios de vigilancia y seguridad privada en el Ordenamiento Jurídico español*, *Revista Policía y Seguridad Pública*, 2014, vol. 1, año IV.
- MURILLO DE LA CUEVA P.L., *La protección de los datos de carácter personal en el horizonte de 2010*, *Anuario Facultad de Derecho Universidad de Alcalá*, II, 2009.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., *Posibilidades y límites en el uso de cámaras de videovigilancia dentro de la empresa. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de marzo de 2016*, *Diario La Ley*, nº 8747, Sección Tribuna, 22 de abril de 2016, Ref. D-171, Editorial La Ley.
- TALENS VISCONTI E.E., *Videovigilancia mediante cámaras fijas y protección de datos en el ámbito laboral. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 29/2013, de 11 de febrero de 2013*, *Revista. Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2013, 33 (BIB 2013/2498).
- TASCÓN LÓPEZ R., *El lento (pero firme) proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial en la era tecnológica.*, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2007, 17 (BIB 2007\3032).