

CONTROL TECNOLÓGICO DEL EMPLEADOR Y DERECHO PROBATORIO: EFECTOS DE LA PRUEBA DIGITAL LESIVA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

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

*El arte de probar en juicio tiene sus límites y encuentra en el Derecho
probatorio uno de sus mayores enemigos*

Lluís MUÑOZ SABATÉ

“Reflexiones sobre la probática o ciencia de la prueba judicial” (Diario La Ley, N. 7128, 2009)

*La obtención formalizada de la verdad que implica la prueba procesal no
puede ser obtenida a cualquier precio*

F. CARNELUTTI

La prueba civil (1982)

EXTRACTO **Palabras Clave:** poder tecnológico, prueba digital, protección de datos, despido

Los empleadores utilizan cada vez más los medios tecnológicos para asegurar la eficacia, en los procesos judiciales, de la prueba de los incumplimientos imputados a las personas trabajadoras. Estas pruebas digitales deben respetar, entre otros, el derecho a la protección de datos. La violación de tal derecho conlleva la nulidad de la prueba ex art. 90 LRJS. Sin embargo, no existe una posición judicial común a la hora de establecer las consecuencias que, en la calificación del despido realizado, tiene la nulidad de la prueba tecnológica. Para unas sentencias, la nulidad de la prueba digital conlleva la nulidad del despido. Para otras decisiones judiciales, la nulidad de la prueba digital es compatible con la posibilidad de calificar el despido como improcedente e incluso procedente, si concurren otros medios de prueba válidos. Este estudio hace un análisis crítico de estas polémicas y confusiones judiciales.

ABSTRACT **Key Words:** technological power, digital proof, data protection, dismissal

The employers increasingly use technological means to ensure the effectiveness, in judicial proceedings, of proof of contractual violations attributed to workers. These digital tests must respect, among others, the right to data protection. The violation of such fundamental human right implies the nullity of the technology proof. However, there is no single judicial interpretation of the effects that the declaration of invalidity of the technological evidence has on the dismissal qualification. For judicial cases, the nullity of the digital evidence also implies the nullity of the dismissal. For other judicial decisions, the nullity of the digital proof is compatible with the possibility of qualifying the dismissal as lawful, if other valid means of proof concur, or not appropriate, if the accusations are not proven. This study makes a critical analysis of these controversies and judicial confusion.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: ¿GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO O LA EFICACIA DE LA PRUEBA DEL INCUMPLIMIENTO?
2. LA INFORMACIÓN DE CALIDAD COMO “CONDICIÓN DE VALIDEZ” DE LA PRUEBA DIGITAL: PERSISTENTES INCERTIDUMBRES JUDICIALES
 - 2.1. El estado del arte jurisprudencial sobre “el control oculto” bajo la vigencia de López Ribalda I
 - 2.2. ¿Aclara o ensombrece más el panorama jurídico el fallo rectificador de López Ribalda II?
3. EFECTOS DE LA PRUEBA TECNOLÓGICA POR LESIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL: ¿QUÉ IMPLICA SU EXCLUSIÓN DEL PROCESO?
4. LA (OLVIDADA) GARANTÍA REPARADORA: LA ILICITUD DE LA PRUEBA DIGITAL GENERA UN DERECHO INDEMNIZATORIO AUTOMÁTICO
5. CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN: ¿GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO O LA EFICACIA DE LA PRUEBA DEL INCUMPLIMIENTO?

Ya antes (art. 20.3 ET), pero mucho más después, del art. 20 bis ET, en relación a los arts. 87, 89 y 90 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre (LOPDGDD), el empleador cuenta con una extensa gama de facultades de vigilancia y control tecnológico para procurarse la efectividad del cumplimiento, por las personas trabajadoras bajo su dirección (art. 1 ET), de las obligaciones contractuales de estas. Monitorización de ordenadores, geo-localización, video-vigilancia, registros mediante controles biométricos, dispositivos incorporados a la persona (“vestibles” o “wearables”), etc. forman parte ya, y lo serán más en el inmediato futuro, de la cotidianidad de las relaciones de trabajo de nuestro tiempo. Como es conocido, la garantía más elemental de legitimación del uso de estos dispositivos de control tecnológico propiedad empresarial (poder de vigilancia digital), una vez se ha constatado las limitaciones del consentimiento, más incluso, su vaciamiento de utilidad práctica (STC 39/2016, de 3 de marzo), es la transparencia. De este modo, los deberes de información útil (previa y específica) que integra su contenido actuarían de garantía sucedánea de aquél (la STSJVP 1431/2019, 16 de julio, excluye, de forma polémica, a juicio mío, entrar a valorar si concurre o no el test de información suficiente, una vez que constata un consentimiento formal por la trabajadora).

Ciertamente, bien sabido es igualmente que el juicio de transparencia informativa sobre modo y fin de este poder de control tecnológico (digital) no es el único que determina tal legitimación empresarial para su uso, debiendo sumar los relativos al test de justificación y al de proporcionalidad. Pero no menos cierto es

que, por lo común, este tipo de medidas de control hallan una gran conflictividad en la práctica del mundo del trabajo de nuestros días, con su plasmación en un creciente número de controversias judiciales, por la pretensión de la parte patronal de la relación de trabajo de camuflar o diluir lo más posible el uso de este tipo de dispositivos y sus fines disciplinarios laborales, sea de forma total o lo sea de manera parcial (ej. STSJ Cataluña 2842/ 2019, 4 de junio: pese a estar toda la empresa plagada de cámaras más que visibles e informadas, cierta zona estrictamente laboral será monitorizada por cámara oculta). ¿Por qué sigue sucediendo esto hoy, cuando todas las empresas, grandes o pequeñas, saben que informando adecuadamente de la instalación de estos dispositivos, y de la facultad de revisión y control a fines laborales, pueden hacer un extenso e intenso uso de las mismas, a tenor de la habilitación general de los arts. 87,89 y 90 LOPGDD y siempre sin perjuicio de un principio de proporcionalidad?¹

La razón es simple. Con la significativa continuidad de este tipo de prácticas de control digital no (total o suficientemente) transparente, los empleadores evidenciarían que este tipo de innovaciones tecnológicas sirven más que a evitar incumplimientos a futuro (dimensión preventivo-disuasoria), en virtud de la mayor capacidad de verificación de la realidad laboral que permiten tales dispositivos, incentivando el respeto de las obligaciones, a proveerse de un conjunto de pruebas (“pruebas tecnológicas”) más contundentes que las tradicionales para desarmar, en el más que probable juicio social frente a la sanción –más si es un despido–, la posición defensiva del trabajador. Es evidente que a menor información (sobre su instalación, sobre el momento de su evaluación tecnológica, sobre sus fines concretos, etc.) mayor eficacia tendrá para la probática de las faltas. Tal preeminente utilidad procesal, por encima de la estrictamente contractual, es reseñada por la propia doctrina judicial, que tiende a fundamentar el juicio –más generoso– de proporcionalidad de los medios tecnológicos precisamente por su superioridad frente a pruebas tradicionales, como la testifical (ej. STSJ Cataluña 3754/2019, 12 de julio; STSJ Navarra 29/2018, 5 de febrero)

Este imperativo de eficacia probatoria del poder de control (“poder policía laboral”) choca con la garantía de efectividad de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras (privacidad, intimidad, protección de datos). Un conflicto que tiende a mostrarse de análogo modo a como sucede en el ámbito de los poderes públicos (policía ciudadana²), o en actividades de investigación periodística,

¹ Para una visión actualizada y de conjunto vid., tempranamente, Miñarro Yanini, M. “*La Carta de Derechos digitales de los trabajadores ya es ley: menos claros que oscuros en la nueva regulación*”, Trabajo y Seguridad Social (RTSS-CEF), n. 430, enero de 2019; Preciado Domènech, C.H. *Los derechos digitales de las personas trabajadoras*, Aranzadi, 2018, pp. 112 y ss. También Baz Rodríguez, J. *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*, La Ley, Wolters Kluwer, 2019

² Vid. STEDH 4 de diciembre de 2015, asunto Roman Zakharov c. Rusia, que contiene una ilustrativa síntesis de “*las condiciones necesarias para evitar el riesgo de abuso inherente a la vigilancia secreta*” y, en consecuencia, legítimarla, como restricción excepcional de los derechos a la privacidad y al secreto de comunicaciones ex art. 8 CEDH. Vid. ampliamente Consejo de Europa. Estudio sobre

ávidos de eficacia. Precisamente, consciente de estas extendidas prácticas en todos las esferas de la vida, el Tribunal Constitucional (TC) habría venido subrayado la necesidad de reforzar la vigilancia en la protección de la vida privada para luchar contra los peligros derivados de un uso invasivo de las nuevas tecnologías (imágenes, voces), sin que la persona afectada pueda percatarse, así como su difusión ampliada (STC 12/2012, FJ 6; para el ámbito estrictamente laboral SSTC 241/2012, de 17 de diciembre, FJ 5 y 170/2013, 7 de octubre, FJ 4)–. Un reforzamiento garantista que vendría, respecto de la técnica periodística de la cámara oculta, por su prohibición general, “salvo que no existan medios menos intrusivos para obtener la información” (STC 25/2019, 25 de febrero, que corrige la posición, más liberal y generosa con la eficacia periodística, mostrada por la sala civil del TS). La prohibición es la regla, la permisión, excepción.

No es ajeno el reciente legislador de protección de datos personales en el ámbito de las relaciones de trabajo ajeno a este (intenso) conflicto entre derechos fundamentales y otro tipo de bienes constitucionales, a cuya solución transaccional o para el “justo equilibrio” ofrece una regla ciertamente polémica, no menos conflictiva en sí misma. Nos referimos a la facultad de video-vigilancia empresarial no específicamente informada que el art. 89.1, párrafo 2º, LOPDGDD otorga “en el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito” por las personas trabajadoras. En estos casos no se exime del deber de informar previamente de uso del dispositivo de control, sino que se rebaja la intensidad de la garantía de transparencia, bastando una información genérica (dispositivo ex art. 22.4 LOPDGDD).

También parecería mostrarse comprensivo el TEDH con esta necesidad de eficacia probatoria del empleador en el asunto *T. Libert c. Francia* (STEDH 22 febrero 2018), en el que el control o monitorización del ordenador de la persona trabajadora de la que se sospechaba incumplimientos laborales graves se hizo sin presencia de, ni siquiera notificación a, a la persona trabajadora afectada. Se recordará que en este caso el conocimiento de la infracción “posible” llegó a la persona empleadora por la advertencia de un compañero de trabajo. Este, a su vez, accedió al contenido de dicho ordenador mientras el afectado se hallaba suspendido en sus funciones como consecuencia de la apertura de expediente informativo por denuncia falsa contra un subordinado suyo. Considerará el TEDH que tal injerencia en la vida privada gozó de la garantía de suficiente previsibilidad (prevista en la ley y en la jurisprudencia social), así como de las de adecuada “calidad”, justificación legítima (la tutela del interés de control empresarial al cumplimiento) y proporcionalidad

En relación a España, el TEDH se mostró inicialmente mucho menos benévolo con este imperativo de eficacia empresarial. La célebre STEDH 9 de enero de 2018

El derecho al respeto de la vida privada: los retos digitales, una perspectiva de Derecho comparado [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/628261/EPRS_STU\(2018\)628261_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/628261/EPRS_STU(2018)628261_ES.pdf)

(López Ribalda I) deslegitimó el uso realizado por la empresa de la vigilancia oculta. Pero la Gran Sala –por 14 votos contra 3– acaba de rectificar su fallo. Ahora acepta que el Estado español no incurre en responsabilidad porque sus autoridades judiciales no vulneraron el art. 8 CEDH. La ponderación de derechos en juego por el uso de videocámaras ocultas (sin informar a las personas trabajadoras) fue ajustada (STEDH, Gran Sala, 17 de octubre de 2019, Lopez Ribalda c. España II). “*Donde digo: digo, ahora digo: Diego*”. Naturalmente, por unanimidad, ha reafirmado que el empleador puede acudir, en el *ejercicio de su derecho fundamental a la prueba*, inherente al derecho a un proceso justo ex art. 6 CEDH (y art. 24 CE, así como art. 47 CDFUE), a otros medios probatorios (arts. 90 LRJS y 11 LOPJ) distintos y no vinculados a la prueba tecnológica contraria al derecho fundamental (SSTC 114/1984 91/1998)³.

De este modo, observamos cómo emergen numerosas cuestiones conflictivas. Unas ya bien conocidas, pero todavía no zanjadas (quizás en espera de una decisión más definitiva del TEDH, en relación al recurso planteado por el gobierno español en el asunto López Ribalda), e incluso reactivadas con la nueva LOPD-GDD. Otras más novedosas y también más complejas, en la medida en que tiene lugar la aparición en escena de otro derecho fundamental, ahora no de la persona trabajadora, sino de la persona empleadora, como es el derecho a la prueba ex art. 24 CE, que colisiona con los derechos fundamentales de aquélla. Las repuestas divergen.

Sin ánimo de exhaustividad, ni en el listado de los problemas suscitados ni en el detalle de su análisis, al menos tres son los que aquí queremos enunciar y afrontar:

1. *Extensión y límites de la garantía de transparencia como condición de validez y eficacia* de las pruebas tecnológicas en general, y de la de video-vigilancia en particular, a la luz de la última doctrina judicial. El objeto del estudio no es, pues, una revisión completa de este conflicto entre el poder tecnológico del empleador y el conjunto de derechos fundamentales de las personas trabajadoras, objeto de diversos análisis en este mismo número, y en otros precedentes, como no lo es tampoco el estudio en detalle de los problemas generados por la nueva legislación en la materia, cuyas dudas de validez ya han sido expresadas por cierto sector de la doctrina judicial

³ Ampliamente, antes de la LOPDGD, Saéz Lara, C. “*Derechos fundamentales de los trabajadores y poderes de control del empleador a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones*”, *Temas Laborales*, n. 138, pp. 184 y ss., Barrios Baudor, G. “*La integridad y/o autenticidad de los medios de prueba digital en el proceso laboral: una aproximación al tema a propósito de los correos electrónicos*”, *Trabajo y Seguridad Social (RTSS-CEF)*, n. 415, octubre 2017, 23 y ss. y Tascón López, R. “*Tecnovigilancia empresarial y derechos de los trabajadores (intento de construcción de una regla conceptual en el Derecho del Trabajo español)*”, *Trabajo y Seguridad Social (RTSS-CEF)*, n. 415, octubre 2017, 53 y ss. Después de la LOPDGD, Preciado Domènech, C.H. *Los derechos digitales de las personas trabajadoras*, Ob. cit. 155 y ss. pp. 112 y ss.; Baz Rodríguez, J. *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*, Ob. cit., pp. 141 y ss.

- (ej. Sentencia del Juzgado de lo Social –SJS– n. 1 Pamplona, 52/2019, 18 de febrero).
2. *Los concretos efectos derivados del deber de exclusión del proceso de las pruebas (digitales) contrarias a derechos fundamentales de las personas trabajadoras* (art. 90.2 LRJS en relación al art. 11.1 LRJS), sea en los supuestos en que no media otras pruebas del incumplimiento sancionado (con despido, o con otra sanción disciplinaria) sean en los que sí concurren otras. Aunque pudiera parecer evidente a la luz de la citada regla general de exclusión de tal prueba, la cuestión dista de tener una respuesta unívoca en la actual doctrina de suplicación social, como vamos a evidenciar de inmediato.
 3. *Cómo, cuándo y dónde se resarce*, a través del derecho indemnizatorio, la lesión un derecho fundamental por la prueba tecnológica, *en especial en los supuestos en los que se declara improcedente –incluso procedente– el despido*

2. LA INFORMACIÓN DE CALIDAD COMO “CONDICIÓN DE VALIDEZ” DE LA PRUEBA DIGITAL: PERSISTENTES INCERTIDUMBRES JUDICIALES

2.1. El estado del arte jurisprudencial sobre “el control oculto” bajo la vigencia de López Ribalda I

En una etapa de la economía capitalista en la que las empresas propenden a modos de organización del trabajo basados en la “vigilancia permanente”, a través de las tecnologías de la información y la comunicación (NTIC), de modo análogo a como tienden a organizarse todos los “mundos de vida” externos a la relación laboral⁴, la garantía más elemental de las personas trabajadoras es el derecho a conocer cómo, por qué y para qué se le controla con tanto afán. Pese a lo elemental de la misma, su alcance viene dando lugar a una extrema conflictividad. Aunque la contundente jurisprudencia del TEDH, primero, y la LOPDGDD después, parecían destinadas a zanjarlos, o cuando menos clarificarlos, la incertidumbre sigue siendo la tónica.

Ni la sala social del TS (últimamente STS 21/2019, 15 de enero, aunque no entra en el fondo; pero la más relevante es la STS 118/2018, 8 de febrero), ni su sala penal (STS 489/2018, 23 de octubre), han resuelto aún, con la suficiente segu-

⁴ Vid. Snowden, E. *Vigilancia permanente*, Planeta, Buenos Aires, 2019; Zuboff, S. *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for the Human Future at the New Frontier of Power (Le era del capitalismo de vigilancia)*, 2019. En política, recientemente vid. “Macron pide construir una “sociedad de la vigilancia” frente a la “hidra islamista”. En <https://www.elmundo.es/internacional/2019/10/08/5d9c705721efa047768b45eb.html>

ridad, el fuerte contraste existente entre la doctrina constitucional (STC 39/2016) y la jurisprudencia comunitaria, que exigiría más que matizaciones auténticas rectificaciones del Derecho de precedentes⁵. En este penumbroso escenario, la divergencia de posiciones, más o menos enfatizada o, al contrario, difuminada, campa por sus fueros en las doctrinas de suplicación social, que mantienen posiciones muy diversas, también a propósito de la nueva legislación. En unos casos, se muestran restrictivos con el alcance del derecho, anclada en una posición que mira más bien al pasado (función conservadora de la doctrina judicial, mientras que en otros parece abrirse camino una opción más expansiva, como corresponde a una cuestión de derechos fundamentales en todos y cada uno de los niveles del sistema múltiple de protección existente (constitucional, comunitario y europeo).

En consecuencia, a la diferencia de tratamientos según el territorio jurisdiccional en el que se impetra justicia social (quiebra de la igualdad en la interpretación de la ley), cabe añadir el riesgo de imprevisibilidad de las decisiones (devaluación de la coherencia y seguridad del sistema jurídico-laboral de ordenación del conflicto entre las facultades empresariales de control tecnológico y los derechos fundamentales de las personas trabajadoras ex art. 18.4 CE). Para no razonar solo en abstracto, dada la concreción de (crítica de la) práctica judicial que persigue este estudio, traeremos a colación algunos ejemplos de tan contradictorio estado del arte de hermenéutica judicial en esta materia.

Así, la STSPV 2469/2018, 11 de diciembre, dará por válida una prueba de video-vigilancia pese a no existir una información precisa previa sobre la finalidad de la cámara, por constatarse la presencia en el centro de los distintivos genéricos. Una doctrina judicial que parece consolidada, al menos de momento, en tanto no medie una línea correctora de doctrina jurisprudencial, a tenor de la citada STSJPV 1431/2019, de 16 de julio. Esta sentencia –que merece una fuerte crítica por la pobreza argumental de la misma, en contraste con la rica fundamentación de la sentencia de instancia, que confirma–, de un lado, se aferra a la pervivencia inalterada, como si no hubiesen pasado el TEDH y la LOPD-GDD por ella, de la doctrina constitucional que flexibilizó la exigencia de información adecuada, liberalizando el control (STC 39/2016). De otro, prima el elemento formal del consentimiento sobre el material de la debilidad del mismo:

“Empero, en nuestro caso, el debate no gira acerca de la información recibida por la trabajadora, porque ella misma consintió expresamente en su contrato la captación de su imagen a través de las cámaras colocadas en la farmacia. No resulta de aplicación la doctrina del TEDH..., pues en

⁵ En esta dirección, por todos, Miñarro Yanini, M. “*Impacto del Reglamento Comunitario de protección de datos en las relaciones laborales: un –pretendido– “cambio cultural”*”, Trabajo y Seguridad Social (RTSS-CEF), n. 423, junio 2018, pp. 8-9; Preciado Domenech, C. *Los derechos digitales...* Ob. cit. pp. 141 y ss.

ese caso no existió ni consentimiento de los trabajadores, ni información alguna por parte del empresario acerca de la existencia de cámaras ocultas” (FJ Sexto, letra D).

Esta doctrina no tendría en cuenta la jurisprudencia europea que relativiza el valor del consentimiento en las relaciones laborales respecto del régimen de la protección de datos, por ser la parte débil, como también asume la jurisprudencia social nacional (no sin algunas contradicciones recientes –ej. STS 304/2019, 10 de abril: legitimidad de las cláusulas contractuales que autorizan usar las video-llamadas en empresas de telemarketing–). Pero tampoco atiende al imperativo de calidad de la información de la nueva regulación comunitaria: Reglamento 2016/679, Parlamento Europeo y del Consejo, del 27 de abril, sobre protección de datos personales –RGPD–. Los arts. 12-14 RGPD impone una exigencia de transparencia mayor que la doctrina constitucional –y ahora (a lo que parece) incluso más que López Ribalda II–

En esta dirección interpretativa más garantista, la también citada SJS Pamplona 52/2019, de 18 de febrero destaca que el RGPD

“...hace más exigente el deber informativo... Además de la información por capas, se establece una lista exhaustiva de la información que debe proporcionarse a los interesados...y que comprende:...la finalidad del tratamiento; la legitimación o título que legitima el tratamiento...Es importante resaltar...que no se prevé excepción...a las relaciones laborales. Por tanto, si no es por aplicación directa de la doctrina del TEDH,...los tribunales españoles deberán aplicar las mismas exigencias informativas como...consecuencia...de lo que impone el RGPD...” (FJ 2º)

Lamentablemente, no será esta la posición hermenéutica mayoritaria. Bien sea porque no la consideren aplicable por razones de tiempo, bien sea porque hagan una lectura restrictiva del régimen comunitario, la opción menos garantista para el derecho fundamental (protección de datos), más flexible para la facultad (de vigilancia), domina en los TTSSJ. Así lo confirma, entre otras, la STSJ Cataluña 3879/2019, 18 de julio.

Al respecto, partiendo de que ni el art. 55.1 ET obliga a incluir, entre los datos de la carta de despido, “la mención de la fuente u origen del conocimiento por la empresa de los hechos que se le imputan al trabajador”, ni el art. 105.2 LRJS exigiría la comunicación de los medios probatorios de oposición a la demanda de despido, tan solo “los motivos de oposición”, la sentencia referida traslada a la persona trabajadora la carga de reclamación previa frente a los eventuales defectos de información en lo concerniente a la instalación de cámaras (FJ Quinto, párrafo 5º, in fine). Reclamación o denuncia que debería de realizarse, en línea con alguna

indicación al respecto por el TC y, a su estela, por el TS, ante el propio empleador o incluso ante la AEPD, a fin de que sancionaran a la empresa, en su caso. Para esta sección de la sala catalana de duplicación social bastará con el distintivo genérico de la existencia de cámaras, con la cita expresa de la célebre –y polémica– STC 39/2016, la que, precisamente, flexibilizará las exigencias de información de calidad (información previa, útil y precisa, incluyendo la finalidad, salvo que concurra la excepción prevista por el TEDH para legitimar los sistemas de control tecnológico oculto⁶), que el TEDH corregiría en sustancia, si bien el fallo adoptado en el asunto López Ribalda II introduce nuevas incertidumbres.

Para la sala de duplicación catalana, al no ser nula la prueba y entender que concurre suficiente entidad del incumplimiento, concluye la procedencia del despido. También la STSJ Cataluña 59/2019, 10 de enero llegará a la convicción de que no hay vulneración del derecho a la protección de datos. No obstante, valora que no ha sido suficientemente grave el incumplimiento, declarando improcedente el despido

Sin embargo, más garantista (en línea análoga con la orientación mostrada por la sentencia de navarra citada) parece mostrarse la STSJ Cataluña 2842/2019, de 4 de junio, aunque sobre una base jurisprudencial hoy parcialmente rectificada, como ya se ha anunciado. En efecto, en ella se parte de que, tanto el TEDH (López Ribalda I) como el citado RGPD habrían corregido parcialmente la doctrina de la STC 39/2016, cuya mayor flexibilidad respecto de aquellas fuentes superiores –internacionales, incluso comunitaria– no cabe llevarse ya a cabo “de manera automática” (FJ Segundo). Al contrario exigiría su modulación en virtud del deber de información previa

No obstante, en el caso concreto, la anulación de la prueba tecnológica vendrá no tanto de la ausencia de suficiente calidad informativa sobre el método de control (las cámaras) cuanto también, y sobre todo, del hecho de que ni tan siquiera la cámara afectada en el asunto dispondría del dispositivo informativo genérico:

⁶ Justamente, la STSJ Cataluña 4224/2018, 12 de julio, no considerará concurrentes los criterios exigidos por el TEDH (caso Köpke⁶) para legitimar la videovigilancia oculta: sospecha previa, grabación limitada a las personas de quien se sospecha y limitación temporal, siempre que hubiera una mínima señalización, aun no específica. En el asunto –un detective privado elaboró un reportaje fotográfico para la empresa, incluyendo imágenes y sonidos grabados por cámaras instaladas sin informar–, si bien asume que en la carta de despido se hacía referencia a la existencia de sospechas por parte del actor de conducta desleal (aunque lo que se grabó fueron conductas de posible acoso sexual), siendo temporal el uso de tales cámaras igualmente, la sala concluye que “no existían más precisiones respecto a la naturaleza de los indicios, ni la fuente informativa de éstos, ni su destinatario. Tampoco podemos considerar que la previsión de su instalación fuera limitada en el tiempo... A ello se une el hecho de que existían medios menos lesivos para que la empresa pudiera tener conocimiento de los hechos que se investigaban, como lo es interrogar a las personas que le habían dado a la empresa la información de que el actor estaba cometiendo irregularidades.” Aunque la doctrina nos parece correcta en el caso, no deja de plantear algunos problemas en relación a la posición de la sala respecto de estos aspectos en otras sentencias, en las que devalúa tanto el deber de la empresa de informar de las fuentes en virtud de las cuales ha tenido conocimiento de los hechos (STSJ Cataluña 3879/2019, 18 de julio, citada) cuanto el valor de la prueba testifical en relación al –mayor– de la prueba documental que refleja la grabación (STSJ Cataluña 3754/2019, 12 de julio, citada)

“... de forma que aunque en el centro comercial existieran cámaras de video-vigilancia en numerosas zonas, parece evidente que dichas cámaras responden a razones de seguridad del establecimiento o finalidad protectora del patrimonio empresarial, de manera que dicha cámara efectuaba grabaciones de manera indiscriminada, afectando a cualquier persona que accediese a la zona del obrador de la planta 1, durante un periodo ilimitado en el tiempo...” (FJ Segundo, párrafo 15º).

En suma, pese a que cabe concluir que esta sentencia se mueve en dirección más protectora, a diferencia de otras claramente adherentes a la flexibilización llevada a cabo por la doctrina constitucional –y jurisprudencial social nacional–, que ahora parece encontrar mayor comprensión en el TEDH (*López Ribalda II*) no nos resuelve las dudas. En el caso concreto ni siquiera se daba el nivel mínimo de cumplimiento previsto en la propia LOPD-GDD. Insiste la sentencia en ello, algo temerosa, quizás, de chocar de raíz con la doctrina constitucional, pese al inicial correctivo del TEDH, y del RGPD, así como incluso con el tenor literal del art. 89 LOPDGD –cuya validez no cuestiona, como sí hacía la sentencia pamplonesa, con buenas razones que siguen teniendo vigor, a muy juicio, pese al giro copernicano del fallo *López Ribalda II*–. Así:

“...la obtención de dichas imágenes se ha producido con infracción del derecho fundamental a la protección de datos del trabajador, máxime, porque, a diferencia del supuesto resuelto en la STSJ Cataluña de 8 de enero de 2019 (rec. 6190/2018), *ni siquiera se ha acreditado que existieran datos indicativos de la comisión de irregularidades laborales* por parte de la trabajadora, *no constando probado que la empresa alberga sospechas de tipo alguno*, por lo que, como bien dice el Juez “a quo”, no se supera el test de justificación de la medida y, por otro lado, aunque a efectos puramente dialécticos se considera acreditado que las imágenes han captado la comisión flagrante de un acto ilícito, ello no excluye el cumplimiento del deber de información a través del distintivo informativo, inexistente en este caso...”⁷

⁷ A fin de confortar su doctrina con otras de diversos TTSSJ refiere a su convergencia hermenéutica con decisiones como la STSJ Madrid 597/2018, 13 de septiembre, o las SSTSSJ PV 470/2018, 27 de febrero y Andalucía/Sevilla 905/2019, 28 de marzo. Esta última, que constata una falta absoluta de información sobre el control del equipo informático (monitorización del ordenador), mantiene también la plena convergencia de criterios entre el TC, el TS y el TEDH: “Los trabajadores deben ser debidamente informados de la prohibición y, se entiende cumplida esta obligación, si la prohibición se contempla en el convenio colectivo, en el contrato de trabajo o, en la normativa sobre las técnicas de información y comunicación de la empresa”. Pero el TEDH es –o era– algo más exigente

2.2. ¿Aclara o ensombrece más el panorama jurídico el fallo rectificador de López Ribalda II?

Aunque no es el foco fundamental de análisis de este estudio, pese a actuar como su presupuesto básico, una sentencia de tal relevancia, como “López Ribalda II” si amerita alguna atención mayor. Precisamente, el texto apenas reseñado de la citada sentencia de suplicación social catalana refiere a dos argumentos que, de concurrir en el caso, sí hubiera dado lugar a la legitimación del control oculto y que serán decisivos para el giro decisional dado por el TEDH. Al respecto, el “Test López Ribalda II”, que, como se verá, viene a coincidir sustancialmente con el “Test Barculescu II”, aunque en este caso el control no transparente u oculto refiera a la monitorización de dispositivos electrónicos titularidad de la empresa –ordenadores, concretamente–, se situaría más cerca de la –garantista– STC 186/2000 que de la –liberal– STC 39/2006. Desde esta perspectiva, sólo cabría excluir el deber de transparencia previa del mecanismo de control tecnológico de forma excepcional, exigiendo, pues, interpretación restrictiva. Y esta excepcionalidad se asocia básicamente a dos condiciones:

- Justificación específica suficiente: sospechas razonables de estar cometiéndose infracciones laborales graves (el TEDH no precisa –como algún comentarista dice– que se trate de “delitos graves”, sino que debe tratarse de infracciones laborales graves, con notorios perjuicios a la empresa)
- Proporcionalidad: que no haya otros medios alternativos para el control eficaz

Por lo tanto, queda claro que no vale cualquier sospecha de irregularidad en las empresas para usar lícitamente de los controles ocultos (videocámaras no informadas a las personas trabajadoras, monitorización de ordenadores no informada, etc.). Pero, a mi entender, esa es poca certeza, porque es evidente que en la doctrina precedente, incluso la más liberal del TC, ya cabía sostener tan básico nivel de exigencia, hoy más elevado a partir de la STC 25/2019, de 25 de febrero. Aunque esta doctrina, prohibitiva con carácter general, de las “cámaras ocultas”, se concreta en el ámbito de las tareas periodistas, es manifiesta su vocación general y, por lo tanto, aplicable también, muy en especial, en las relaciones de trabajo. Paradójicamente, cuando el TC nacional nos parecía anunciar una senda más protectora de los derechos –protección de datos de la persona, intimidad–, el TEDH vuelve sobre sus pasos y se muestra más complaciente con las razones de defensa de la propiedad (art. 1 CEDH, art. 33 CE) y de buen orden o funcionamiento de la empresa (art. 38 CE, art. 16 CDFUE).

Pese a las autorizadas voces que ya han evidenciado algunos aspectos válidos de esta doctrina del TEDH⁸, a mi juicio representa una clara vuelta atrás a mecanis-

⁸ Vid. Preciado Domenech, C.H. Comentarios de urgencia a la STEDH de 17 de octubre de 2019, caso López Ribaldad c. España, 2019. <https://baylos.blogspot.com/2019/10/los-margenes-de-la-vi-deovigilancia.html?pref=fb&fbclid=IwAR1KRCVVR1dVboj1BF7FZHk8gZLAhzlRo9cAG2OVIIdL-YijpXw51q4IeeQctY>

mos de ponderación de los derechos fundamentales menos exigentes, precisamente en aras de una tutela más efectiva del principio de actuación eficaz del empleador respecto de quienes tiene la sospecha fundada de que son “tramposos”. Se valora la confluencia de criterios con el Test Barbulescu, lo que consolidaría la doctrina y, en consecuencia, tendría efectos tanto de mejora de las garantías como de certeza en la aplicación del mismo a futuros casos (mayor protección con un incremento de la seguridad jurídica, antes ausente). Pero, a mi entender, no es así. Porque lo que hace, en realidad, es confundir los tres parámetros básicos –no hacemos alusión al cuarto, por mantenerse equivalente, relativo a la garantía de protección jurisdiccional- que se habían venido acotando para identificar las condiciones de legitimidad de los controles tecnológicos: justificación razonable, transparencia y proporcionalidad –añadida también la garantía de tutela judicial–.

Las tres tenían su autonomía, de modo que superado el control de justificación debía producirse el de transparencia y, superado este, el propio de proporcionalidad. La STC 39/2016 había enturbiado esta distinción, de modo que convalidó la ausencia de información específica previa –más allá de la genérica de la “pegatina” consabida–, por la consideración de proporcionalidad de la medida. El Test Barculescu II realizaría un análisis mucho más cuidado y exquisito de los tres criterios, evidenciando que si no se respeta el deber de transparencia útil, de calidad, no habría legitimación del control.

Ahora, el TEST RIBALDA II, pese a converger formalmente con el TEST BARCULESCU II, presenta más confusa la cuestión de la información. Así, justificada la razonabilidad de la sospecha, la información previa se puede diluir, devaluar, incluso desaparecer, pero, claro está, habrá que ser más rigurosos con la proporcionalidad. En el caso, donde su sala no vio rigor sí lo verá la Gran Sala. Tengo mis dudas, pues, de que esta sentencia mejore la rigurosidad del control tecnológico, pues más confunde que aclara, y, desde luego, no creo que sea nada garantista del derecho a la protección de datos de las personas trabajadoras, primando el interés de la eficacia. Es claro al respecto: «Por lo tanto, aunque no cabe aceptar, con carácter general, que las meras sospechas... justifique la instalación de cámaras encubiertas por parte del empleador, la existencia de sospechas razonables de que se ha cometido una infracción grave, que ha comprometido la propiedad con pérdidas de alcance, en el presente caso, puede entenderse que concurre una justificación suficiente».

En definitiva, defensa de la propiedad privada y de la libertad de empresa –en su manifestación de poder de control tecnológico para mejorar la eficacia de su interés empresarial–, emergen al primer plano de la ponderación. O mejor dicho: retorna a ese primer plano, en el que los colocó la deriva devaluación de garantías del TC, corregida en buena medida por la evolución garantista del TEDH y que, de nuevo, vuelve a sufrir grietas, ahora en el TEDH. Justo cuando el TC –prohibición general del control oculto– se decantaba en dirección contraria.

3. EFECTOS DE LA PRUEBA TECNOLÓGICA POR LESIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL: ¿QUÉ IMPLICA SU EXCLUSIÓN DEL PROCESO?

La violación de un derecho fundamental de la persona trabajadora (en este caso la protección de datos personales ex art. 18.4 CE, o incluso el de privacidad, o el relativo al secreto de comunicaciones, etc.) por la prueba, en nuestro caso tecnológica, conlleva, pacíficamente, su nulidad y, por tanto, la exclusión del proceso, al carecer de la más mínima trascendencia probatoria. La razón de eficacia de la probática cedería frente a la razón de efectividad del derecho fundamental que actúa como límite a la misma, en el marco del Derecho Probatorio. Pero ¿qué consecuencias tiene tal regla de exclusión sobre la legitimidad de la sanción adoptada en general, y en particular de la propia de despido, si media otros elementos probatorios de los incumplimientos que se le imputan o, incluso sin mediar, si queda constancia de que el empleador no tiene ánimo alguno de vulnerar derechos fundamentales del trabajador, sino que busca solo acreditar incumplimientos que cree existentes y de la suficiente entidad como para ser merecedores de sanción, incluida la máxima, la de despido?

Pues bien, como la citada STSJ Cataluña 2842/2019, 4 de junio, reconoce de una forma expresa, esta cuestión (suscitada especialmente en relación a la sanción de despido) “no es, en absoluto, pacífica”, y en la doctrina de suplicación social hallamos “pronunciamientos opuestos...” (FJ Tercero). Dos son, básicamente, los aspectos más conflictivos al respecto. Nos referimos, de un lado, al relativo a la calificación jurídica que ameritaría la sanción misma, en especial la de despido –situación más frecuente en la práctica forense–, en tales casos: ¿la nulidad de la prueba tecnológica alcanzaría, en todo supuesto, a la propia sanción, en particular al despido (“doctrina de los frutos del árbol envenenado”), o, producido el efecto anulatorio ex arts. 11.1 LOPJ, 90.1 LRJS y 287 LEC, cabría todavía valorar si cabe la calificación de improcedente –si no se acreditan los hechos imputados para el despido por no concurrir otra prueba válida alguna– o, incluso, la de despido procedente –por concurrir otras pruebas válidas del incumplimiento no contaminadas por la prueba tecnológica que se ha anulado? De otro, una vez constada la violación del derecho fundamental de la persona trabajadora y aceptada jurisprudencialmente la automaticidad del derecho a una indemnización de reparación íntegra y disuasoria del derecho ex art. 183 LRJS, ¿procedería reclamar tal indemnización, al margen de cuál fuese la calificación del despido, esto es, incluso si se aceptara la posibilidad de declarar el despido improcedente, o procedente, por tanto no sólo cuando el despido sea declarado nulo? Si así fuese ¿en qué procedimiento hay que reclamarla, dentro de la acción de despido o en un proceso autónomo dirigido a la reclamación de la garantía indemnizatoria propia de todo derecho fundamental que ha sido vulnerado ex art. 183 LRJS?

Veremos el primer aspecto de esta cuestión en este apartado. La segunda será

objeto de un epígrafe específico, el próximo. En cuanto, a la primera dimensión de tan relevante, aún complejo y discutido, problema, especial mención merece la posición de la doctrina de suplicación social castellano-manchega, la primera que analizó de forma muy exhaustiva, por tanto específica, esta cuestión. En ella se concluye que la nulidad de la prueba tecnológica no conlleva automáticamente la de la decisión disciplinaria, en concreto del despido ex art. 55 ET. A su entender, la nulidad de la sanción propia del despido traer causa de la vulneración directa del derecho fundamental, no cuando “la finalidad que mueve al empresario es comprobar un comportamiento del trabajador para obtener la prueba de la existencia de la causa alegada para justificar el despido (cabría decir lo mismo de otra sanción “menor”)”. Por lo tanto, el móvil empresarial de la sanción parecería ajeno a cualquier intención lesiva del derecho fundamental, dada la convicción del empleador de estar ante un auténtico incumplimiento, avalado por la prueba digital.

La nulidad de esta, pues, sólo revelaría la imposibilidad de acudir a la misma para dar crédito a los hechos imputados, pero no puede excluir el derecho del empleador –insito en su derecho fundamental a la prueba, en garantía de sus facultades de organización y de gestión–, a probarlos por otros medios. Por eso declara procedente el despido en tal caso, o, si no cuenta con otras pruebas, la improcedencia del despido (SSTSJ Castilla-La Mancha 25/2018, 12 de enero y 597/2018, 13 de septiembre).

No está solo el TSJ Castilla-La Mancha en esta posición hermenéutica flexible, comprensiva de las razones del derecho a la prueba del empleador, y por lo tanto del imperativo de eficacia de sus facultades de control. Por ceñirnos a las decisiones más recientes –anteriores en tal sentido la STSJ Canarias, 11 de mayo de 2017, Rec. 1249/2016, o la STSJ Madrid 591/2018, 13 de septiembre–, destacamos la *STSJ Asturias, 103/2019, 22 de enero*. Constatada la nulidad de la prueba [video-vigilancia] contraria a derechos fundamentales [falta la información necesaria previa y específica, sin que sirva sólo por distintivos genéricos, además de resultar desproporcionada], con especial reivindicación de la doctrina López Ribalda (pendiente de confirmación, o no, por la Gran Sala), conllevará la nulidad de la misma (arts. 11.1 LOPJ y 90.2 LRJS), *pero no la del despido, sino tan sólo su improcedencia*. Para la sala de suplicación, a falta de validez de tal prueba de visualización de imágenes –asume la contradicción entre el TEDH y el TC–, la imputación en la carta de despido resultará insuficiente para legitimar el poder disciplinario (FJ Sexto), pero no lo anula. El efecto es improcedencia: readmisión o indemnización de cese⁹.

La sentencia contiene múltiples aspectos de interés que aquí no pueden ser objeto de mayor análisis, por razones de espacio. En este sentido, no es baladí llamar la atención sobre el peso que otorga tanto a la garantía de justificación como a la más

⁹ Distinto es el caso donde la prueba se tiene por válida, por responder tanto al principio de transparencia como al de proporcionalidad. Vid. SJSO n. 1 Soria 198/2018, 3 de octubre (residencia geriátrica en la que una de las gero-cultoras maltrata a una residente, siendo grabada por cámaras).

típica de proporcionalidad, una vez evidencia, como se ha dicho, la equivocidad de las posiciones en torno a la garantía de transparencia. En tal sentido, recuerda que la

“instalación de una sistema de grabación...no queda a la conveniencia de la empresa ni puede justificarse sólo por la circunstancia de tener atribuida la facultad de dirección y control del cumplimiento del contrato de trabajo, pues en la medida que supone una injerencia en el ámbito de derechos fundamentales de la trabajador debe cumplir rigurosamente los requisitos que habilitan para afectar esa esfera protegida de la trabajadora” (FJ Sexto).

Curiosamente, tan contundente defensa de la posición jurídica de la persona trabajadora luego se difumina notablemente en la fijación de efectos, de modo que el modelo de tutela fuerte o real se torna meramente obligacional, pues tal nulidad solo conllevaría la improcedencia –la vulneración no impide, pues, la pérdida del empleo, que se intercambia por una indemnización de improcedencia, dejando el derecho sin reparar realmente–, porque

“Ningún otro medio probatorio identifica...como prueba de cargo..., pues la finalidad de los demás medios de prueba...es la aportación de datos complementarios para poner en contexto y facilitar el significado de las grabaciones (por ejemplo, las reglas en el uso de la caja), o sobre aspectos accesorios (presentación de denuncia penal, etc.) que, por sí solos, no sustentan la imputación descrita en la carta de despido. El efecto es la improcedencia del despido (arts. 55.4 ET y 108.1 LJS), con las consecuencias establecidas en los arts. 56.1, 2 y 3 ET y 110.1 y 3 LRJS”.

Es especialmente reseñable esta sentencia porque mantiene una posición muy diferente, tanto que resulta opuesta lisa y llanamente, a la sostenida por la misma sala tres años antes. *La STSJ Asturias 83/2016, de 22 de enero* extiende la nulidad propia de la prueba tecnológica por falta de la debida información (garantía de transparencia) al despido mismo. En el caso se constató un doble sistema de video-vigilancia. Uno, consistente en un circuito cerrado de televisión y grabación, solo para el trabajador denunciado, obediente en exclusiva a la finalidad de “identificar al autor de las supuestas irregularidades con relevancia disciplinaria”. Otro, compartido, para trabajadores y clientes, como medida general de instalación de sistemas de control y seguimiento tecnológicos del trabajo. El primero se mantuvo oculto –a fin de garantizar la eficacia de su objetivo probatorio–, el segundo fue informado solo a la representación de los trabajadores, pero no así al trabajador afectado¹⁰.

¹⁰ La sentencia (dictada antes del asunto López Ribalda) asume que la regla general es la transparencia previa (necesidad de informar previamente al afectado), pero admite como excepción, por lo

Este incumplimiento informativo anula no solo la prueba sino el despido mismo, pues “la nulidad del despido constituye el efecto necesario y adecuado de la actuación empresarial” ex art. 55.5 ET, pues si bien carece en este caso de un móvil lesivo de derechos fundamentales sí se hace “con violación” de ellos. La instalación y uso por la empresa del sistema de video vigilancia en la tienda constituyo elemento fundamental en la decisión de despedir al demandante.

El intento de la empresa de devaluar el alcance de la prueba tecnológica anulada, evidenciando que el mismo resulta se logra con otras pruebas, chocaría con la propia carta despido, en la que la grabación fue un medio fundamental para adoptar la medida disciplinaria. Paradójicamente, está nulidad no conllevó indemnización adicional alguna por violación del derecho fundamental a la protección de datos (tan solo por cantidades correspondientes a créditos retributivos no pagados –horas extras, por ejemplo–). Ya veremos que, lamentablemente, no es la única decisión deficiente en tal sentido, evidenciando las disfunciones de justicia social resarcitorio-disuasoria en esta y otras muchas materias relacionadas con la violación recurrente de derechos fundamentales¹¹

Prueba de la complejidad y la (extrema) confusión en esta materia es que no será el único Tribunal Superior de Justicia que incurra en contradicciones internas. En efecto, la STSJ Cataluña 2842/2019, 4 de junio, citada, en línea con los precedentes pioneros y más garantistas (ej. STSJ PV 10 de mayo de 2011, rec. 644/11 y 9 de abril de 2015, rec. 445/13), a su vez seguidos en otros precedentes propios (SSTSJ Cataluña 1887/2018, 22 de marzo), apuesta por la declaración de nulidad del despido, a partir de la prevalencia de los derechos fundamentales y de una interpretación literal del art. 55.5 ET. Para la norma legal la nulidad procedería tanto si el móvil se vincula a la violación del derecho fundamental cuanto si se adopta en un escenario que constata su lesión (“con vulneración”), por tanto al margen de la intencionalidad, evidenciando la situación objetivada de violación, dado que si la prueba ilícita no hubiera existido no se hubiera podido producir el despido. Para esta sentencia:

“...la reparación de dicha lesión conlleva la eliminación absoluta de sus efectos, lo que comporta la nulidad del despido y no la mera improcedencia..., por lo que la prueba ilícita... trasciende el ámbito meramente

tanto de aplicación restrictiva, el control oculto, cuando concurren estrictas condiciones para ello. En cambio, el “interés empresarial de controlar la actividad laboral a través de sistemas sorpresivos o no informados de tratamiento de datos que aseguren la máxima eficacia en el propósito de vigilancia no tiene una prevalencia que permita exceptuar la aplicación de la regla general y al respecto la jurisprudencia constitucional es concluyente y en el mismo sentido se pronuncia la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la sentencia de 13 de mayo de 2014 (rec. 1685/2013)”.

¹¹ Vid. Molina Navarrete, C. Indemnizaciones disuasorias, nueva garantía de efectividad de la tutela social: entre retórica judicial y prácticas innovadoras. Bomarzo, Albacete, 2019, en especial pp. 87 y ss.

procesal y repercute en el ámbito sustantivo, afectando a la calificación del despido” (FJ Tercero)

No obstante, la sentencia parece admitir, a sensu contrario, que de producirse el conocimiento de los hechos por otros medios (incluido el “hallazgo casual” o incluso la denuncia por parte de compañeros), y siendo válidos y suficientes, sí cabría entrar en la valoración de las demás pruebas. Parece matizarse, pues, implícitamente tal posición de defensa de la irradiación de la nulidad de la prueba a la nulidad también del despido. Seguramente en aras del también derecho fundamental del empleador ex art. 24 CE (el derecho a la prueba es inherente a su derecho fundamental a la efectividad de la tutela judicial, de la que también goza el empleador, aunque no sea exactamente con la misma “paridad de armas procesales”).

Sea como fuere, la STSJ Cataluña 4224/2018, 12 de julio, asume expresamente que la anulación de la prueba tecnológica conllevará la improcedencia, pero no la nulidad:

“Por eso entendemos que, en este caso, aunque una video grabación limitada en el tiempo para detectar las irregularidades hubiera podido ser válida hipotéticamente, no lo es por faltar la más mínima información sobre la instalación de las cámaras de grabación en el recinto del centro de trabajo y por incluir, además, la posibilidad de grabación de las conversaciones mantenidas por el trabajador con terceras personas. Así pues, la prueba de cargo... fue obtenida... violentando sus derechos o libertades fundamentales, por lo que la misma no puede surtir ningún efecto... La vulneración de los derechos fundamentales del trabajador por parte de la empresa por la ilicitud de la prueba implica que los hechos imputados en la carga de despido no hayan resultado acreditados”

En esta misma dirección, la STSJ Cataluña 2650/2019, 23 de mayo, pese a que anula la prueba tecnológica (en este caso la monitorización del ordenador, porque si bien hubo suficientemente información, así como indicios suficientes de un uso ilícito o abusivo de aquel –para fines particulares, pese a la prohibición empresarial–, no se hizo la auditoría del ordenador con presencia de la trabajadora, cuando era requisito de obligado cumplimiento según la norma interna –protocolo– de la empresa –Colegios de Procuradores–), consideró el despido precedente. Y ello porque:

“dado dicho incumplimiento no puede validarse las imputaciones realizadas en la carta de despido y relativas a la utilización de las redes informáticas de la empresa para cuestiones ajenas a la misma, ahora bien, en la carga de despido sí se contienen otras imputaciones ajenas a “correos

electrónicos y navegación por internet”, como son...las recogidas en los hechos décimo sexto y décimo séptimo, incumplimientos que han sido detectados, tras alguna denuncia de procuradores, mediante documentos de cada procurador, listado de facturación por meses, etc. y que no se ven comprometidos por las exigencias...de presencia de la actora...” (FJ Segundo).

Esta misma posición, muy garantista respecto de la exigencia de transparencia del medio de control tecnológico a fin de validarlo procesalmente, y flexible o generosa con la facultad del empleador de probar los incumplimientos por otras vías admitidas en Derecho, siempre que no se vean contaminadas por la anulada (doctrina de los frutos del árbol envenenado), es la que defiende la citada SJS n. 1 Pamplona 52/2019. Cierto, recordamos que esta sentencia tiene un doble fundamento, uno legal, que no ha cambiado y otro jurisprudencial, que sí. El primero el RGPD. El segundo el asunto López Ribalda I, que era mucho más exigente con el deber de transparencia que lo es ahora López Ribalda II que, en última instancia, es la que cuenta.

En suma, no pueden ser mayores las contradicciones entre las diversas doctrinas de suplicación social, incluso dentro de una misma sala. En esa misma dirección propicia a dar una “segunda oportunidad” al empleador para probar los incumplimientos, pese a la nulidad de la prueba tecnológica, se situaría la STSJ Andalucía/Sevilla, 905/2019, ya citada, según la cual, anulada la prueba tecnológica, debe ser el juez de instancia social, que no la apreció, la que tenga que pronunciarse nuevamente sobre los hechos que se imputan al trabajador, atendiendo a las demás pruebas y excluyendo, como es lógico, la anulada. Así:

“Por lo tanto, se entiende vulnerado el artículo 18.4 de la Constitución, que consagra el derecho a la protección de datos personales, con la consiguiente declaración de nulidad de la prueba así obtenida. Huelga, por tanto, el análisis de los restantes motivos de recurso esgrimidos por la parte recurrente. Procede, en consecuencia, con estimación del recurso de suplicación, decretar la nulidad de la actuaciones, retro trayéndolas al momento anterior al dictado de la sentencia, para que por el órgano judicial de instancia, se dicte otra, con entera libertad de criterio, partiendo de la nulidad de la prueba obtenida por el empresario a raíz del acceso al ordenador facilitado por la empresa al actor” (FJ Único, in fine).

En medio de esta desmesurada equivocidad judicial, incluso en un escenario de tan intensas contradicciones, a mi juicio, si una interpretación literal del art. 55.5 ET debería llevar a la declaración de nulidad del despido siempre que se declare violación de la prueba de despido por violación de derechos fundamentales (posición garantista unilateral), una comprensión más sistemática del mismo, aten-

diendo a que en juego hay también un derecho fundamental –como mínimo– del empleador –el derecho a la prueba válida–, exige ponderar el juego de validez y eficacia de las pruebas que sean realmente autónomas o ajenas a la prueba ilícita. Para ello, el juez debe extremar su juicio de valoración de la validez de las demás pruebas, asegurándose que no hay una mínima contaminación o irradiación de la ilícita en las demás, en línea con lo que tuvo lugar en el asunto López Ribalda I y confirma también, lógicamente, López Ribalda II. El TEDH no considera tampoco violado el derecho a un proceso justo ex art. 6 CEDH.

Al respecto, si bien es cierto que afirma que no puede entrar a enjuiciar las validez de las pruebas judiciales usadas en el proceso nacional, sí que realiza más de una reflexión que resulta muy útil para comprender más adecuadamente el juego de la prueba ilícita por violación de derechos fundamentales y la incidencia de la doctrina de los “frutos del árbol prohibido o envenenado” en los procesos laborales. Así, cuando en el supuesto se identifica medios probatorios desligados de la prueba tecnológica que ha sido invalidada, tendrán plena validez y eficacia (art. 11 LOPJ). Aunque, debe de quedar muy claro: la violación del derecho fundamental siempre debe resarcirse.

En suma, el Derecho del Trabajo debe disuadir de usos ilícitos de los medios de prueba (tecnológicos). Pero no puede –o no debería, so pena de una visión que de tan unilateralmente garantista sería miope, ajena a la realidad de la ambivalencia de la norma laboral– dejar desarmado procesalmente al empleador en sus facultades de probática lícita.

4. LA (OLVIDADA) GARANTÍA REPARADORA: LA ILICITUD DE LA PRUEBA DIGITAL GENERA UN DERECHO INDEMNIZATORIO AUTOMÁTICO

Ciertamente, cualquier que sea la tesis asumida finalmente, y que seguramente deberá darla la sala de casación en unificación de doctrina ante tanta contradicción –al margen del extremado rigor de la barrera del art. 219 LRJS para alcanzar un juicio de estas características en materias propias del despido, siempre ensombrecidas por la regla del extremo casuismo–, lo auténticamente cierto e irrefutable es que cuando hay una violación del derecho fundamental por un ejercicio contrario al mismo de la prueba tecnológica debe haber un resarcimiento de los daños ex art. 183 LRJS. Sea nulo –en este caso es más fácil su aplicación práctica, pues deviene hoy casi “natural”, obvia–, sea improcedente o, incluso procedente, el despido realizado constatando una lesión del derecho fundamental –a la protección de datos personales, en nuestro caso, como más general, u otro derecho de la personalidad: intimidad, honor, propia imagen, etc.–, requiere reparación indemnizatoria. Pese a lo elemental que hoy debiera resultar este efecto, atendiendo a la evolución juris-

prudencial hacia la automaticidad del derecho a la indemnización por vulneración de derechos fundamentales (ej. últimamente STS 347/2019, 8 de mayo), lo cierto es que resulta totalmente ignorado u olvidado.

Pudiera entenderse que así sucediera hace años –ej. STSJ Extremadura de 30 de julio de 2014, rec. 284/2014–, cuando la doctrina de casación no aceptaba el juego automático del derecho indemnizatorio ex art. 183 LRJS. Pero no hoy. De forma muy sorprendente, sigue sucediendo, como se decía, aun declarado el despido nulo. En este sentido, la *STSJ Cataluña 1887/2018, 22 de marzo*, deja sin indemnización por daño moral un despido anulado por violación del derecho a la intimidad en la prueba tecnológica [grabación con cámaras instaladas en el almacén] usada para intentar acreditar los incumplimientos [fumar y consumir productos de la empresa de alimentación en la que trabaja sin pasarlos por caja]. La sala de suplicación social catalana revocó la sentencia de instancia social, que había estimado la procedencia del despido realizado por la empresa. A diferencia de la instancia, la suplicación valoró la prueba de video-vigilancia como vulneradora tanto del derecho a la protección de datos como a la privacidad ex art. 18.1 CE de la persona trabajadora [no constaba ni la información previa suficiente ni se respetaba la proporcionalidad].

Pese a eso, asumirá que no habría más efectos que readmisión-salarios de tramitación. ¿Rara avis? Lamentablemente no.

La STSJPV 470/2018, 27 de febrero, declaró *la nulidad del despido (expulsión) de una socia trabajadora de cooperativa de consumo (EROSKI)*, también por la ilegitimidad de la prueba de video-vigilancia (FJ Cuarto, in fine). Sin embargo, no fija indemnización adicional ¿Por qué no se pidió?

En este estado de deficiencias y olvidos no ayuda mucho tampoco ni el TS ni el TEDH, garante europeo último de los derechos fundamentales de esta naturaleza ex art. 8 CEDH. Si el primero mantiene una fragante contradicción, el segundo perpetúa una permanente incertidumbre, en la medida en que ha ido dejando pasar todas las oportunidades que ha tenido, tanto la sala social como la sala penal, de zanjar, en lo posible, tan significativa cuestión jurídica.

En lo que hace a la posición del TEDH, es posible expresar cierta perplejidad respecto de las decisiones jurisdiccionales nacionales que, primando la doctrina López Ribalda, dejan sin indemnización adicional por daño moral la lesión del derecho fundamental a la privacidad con pruebas tecnológicas ilegítimas. El mayor compromiso garantista con el precedente europeo López Ribalda se frenará, una vez más, en la tutela resarcitorio-disuasoria. En efecto, se recordará que habiendo solicitado las trabajadoras demandantes una indemnización por daño moral –identificada con el mínimo sancionador español ya normalizado: 6.250€–, el TEDH aceptó la existencia de tal daño moral:

“...que no puede ser compensado únicamente por la constatación de una violación. El Tribunal concede a cada solicitante [fueron 5] 4.000 € en concepto de daños inmateriales, más cualquier impuesto que pueda ser imputable a dichos importes” (apartado 104).

Es importante este reconocimiento del plus indemnizatorio que amerita toda violación de un derecho fundamental de la personalidad, porque, como también se recordará, la Gran Sala del TEDH, en el *caso Barbulescu*, confirmará la negativa a una indemnización adicional por daños personales en estos casos. Al respecto, pese a que el trabajador vio truncada toda su carrera por un uso ilegítimo de la prueba de monitorización del ordenador por la empresa, reclamando 200.000€ en concepto de daño moral sufrido como consecuencia de su despido [se truncó su carrera, perdió oportunidades de empleo al no poder encontrar, su nivel de vida se deterioró, se degradó su condición social, su novia decidió poner fin a su relación, etc.], el TEDH se descolgará con una afirmación tan sorprendente como irrealista, e injusta:

“El Tribunal considera [siguiendo estrictamente la alegación del Gobierno rumano] que *la constatación de una violación constituye una satisfacción suficiente y justa por cualquier daño moral sufrido* por el demandante” (Apartado 147)

No merece mucho comentario tan disparatada posición hermenéutica –rayana en la soberbia judicial– de quien es el máximo garante de los derechos civiles humanos de las personas, también de las trabajadoras. No solo nos hace dudar de la visión que de la realidad tiene el TEDH, sino que evidencia que no siempre asume el papel de “héroe social” que se le atribuye, también protagoniza a veces el de “villano social” (con la sentencia López Ribalda II lo ha vuelto a confirmar, no tanto porque se ponga del lado del empleador que pretende evitar apropiaciones indebidas en su empresa, lo que es muy legítimo, incluso debido, sino por su debilidad argumental).

El TEDH propicia, pues, situaciones de reduccionismo de la tutela del derecho fundamental a una pura simbología, dejando la tutela en meramente testimonial. El trabajador rumano se ha hecho célebre mundialmente, pero habrá sido despedido de forma “inconstitucional”, contrariando los derechos humanos, ocasionándole perjuicios de todo tipo, patrimoniales y personales. Frente a esa auténtica realidad perjudicial, el TEDH se vanagloria –en este caso, no en el asunto López Ribalda– con la satisfacción moral que supondría, por sí sola, una victoria en tan ilustre nivel jurisdiccional, por lo que sería bastante tutela.

Tampoco hallamos la debida certidumbre hermenéutica en el ámbito nacional. Pese a que tanto en la STS 118/2018 (orden social), como en la STS 489/2018

(orden penal) se suscitó el debate jurídico, ninguna lo ha abordado frontalmente hasta ahora. La primera validó la prueba tecnológica (anulada por la sentencia de suplicación), con lo que fue avalada la procedencia del despido, por lo que ningún pronunciamiento indemnizatorio cabe. Y en la segunda, la devolución a la instancia penal de los autos, por nulidad de la prueba digital (en línea con lo que ha hecho la citada sentencia de la sala de suplicación sevillana), al entender que median otras pruebas válidas que podrían incidir en la calificación del delito, nos dejó también en suspense.

A mi juicio, *la posición excluyente de la indemnización adicional por daño personal a raíz de la violación de un derecho fundamental con la prueba tecnológica* (protección de datos, intimidad, etc.) *es inasumible en nuestro sistema jurídico*. Éste gozar de plena libertad para mejorar la protección ofrecida por el TEDH, como se deriva de la actual interpretación del art. 183.2 LRJS por la jurisprudencia social consolidada. En virtud de la comprensión hermenéutica de este precepto legal, *la indemnización resarcitorio-disuasoria procede en todo caso ex art. 183 LRJS*. Y ello, como se dijo, al margen de cuál sea la calificación del despido –nulo, improcedente o procedente– mediando prueba tecnológica contraria a derechos fundamentales.

Por lo tanto, no siendo dudosa la procedencia de este derecho resarcitorio (con la finalidad doble ex art. 183 LRJS: reparación íntegra del daño moral y efecto disuasorio de estos usos de las pruebas tecnológicas), el debate jurídico se desplazaría, de nuevo, a sede procesal: ¿en qué proceso se exige tal tutela indemnizatoria por violación de un derecho fundamental? ¿En el mismo de despido o en otro diferenciado y autónomo, de reclamación de cantidad con causa de pedir asentada en la violación del derecho fundamental, ya declarado? Si el despido se declarara improcedente, no nulo, o, más aún, procedente, por lo que no procedería más acción que la del art. 109 LRJS, en el que se prohíbe cualquier indemnización, así como los salarios de tramitación ¿cómo se puede resolver *lege data* estos obstáculos procesales?

Ciertamente, puede pensarse que existe un importante obstáculo procesal a reclamar y obtener, en el procedimiento de despido, una indemnización específica por la violación del derecho fundamental en virtud de una prueba tecnológica contrario a él, aunque el despido no termine calificándose de nulo, sino improcedente, e incluso procedente, como se ha visto. La prohibición de acumular una acción de reclamación de cantidad a la de despido (art. 26.1 LRJS), o incluso la falta de previsión de una indemnización adicional si el despido se declara procedente (art. 109 LRJS), o improcedente (art. 110 LRJS). Por lo tanto, la solución a esta insuficiencia de justicia resarcitorio-disuasoria vendría de la mano de interponer una demanda por vulneración de derechos fundamentales, actuando la sentencia que declara nula la prueba por violación de derecho fundamental como cosa juzgada (para algunos problemas ligados a esta cuestión en la materia vid. STSJ Cataluña 3760/2019, 12 de julio, citada).

Ahora bien, con ser racional, e incluso razonable, esa opción para adecuar el derecho sustantivo con el imperativo procesal, entiendo que no es ni la única opción posible ni la óptima desde el Derecho vigente. A mi juicio, existen razones jurídicas más sólidas para que proceda en el mismo proceso de despido la indemnización, aunque se declare procedente o improcedente, no nulo, como en todo caso exigiría un sector de doctrina científica y judicial –la nulidad de la prueba debería determinar la nulidad del despido, en todo caso–. De un lado, el propio art. 26.2 LRJS prevé la posibilidad de acumular a todo proceso la acción de indemnización de daños por violación de derechos fundamentales. De otro, tampoco el art. 113 LRJS contempla para la acción de despido el efecto de la indemnización adicional, pero eso no impide que sea una doctrina consolidada ya su exigencia, integrando la laguna persistente con el art. 183 LRJS. Finalmente, también los principios de economía procesal, así como de efectividad de la tutela judicial (el derecho de protección de datos personales es materia de Derecho de la UE, haciendo aplicable también el art. 47 CDFUE)

5. CONCLUSIÓN

Con insignes procesalistas, también del trabajo, hay que recordar que la búsqueda exacerbada de la verdad material se fundaría en un “mito inmerso en la más rancia concepción autoritaria del Estado, concepción que incluso puede calificarse de totalitaria”¹². Qué duda cabe de que ese juicio es también válido para el principio de autoridad del empleador en la empresa, por lo que no cabe sacrificar en el altar de sus legítimos intereses a la eficacia del control los derechos fundamentales del trabajador.

Naturalmente, esta observación jurídica, elemental e irrefutable en un Estado Constitucional de Derecho, coherente con la posición de preferencia de los derechos fundamentales de las personas en él, también exige transparentar una realidad que a veces queda en segundo plano, sino totalmente olvidada: las personas empleadoras son también portadoras de derechos fundamentales cuando ejercen sus facultades de control empresarial. Y no ya solo por la integración de las mismas en la libertad de empresa, hoy derecho económico fundamental comunitario (art. 16 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), sino por la confluencia con el derecho humano fundamental a la efectividad de la tutela judicial (art. 47 CDFUE en relación art. 24 CE), en el que el derecho a la prueba aparece igualmente concernido. Por eso, siendo estos casos (pese a la nueva regulación legislativa –comunitaria y nacional–, cuyo grado de ajuste de la segunda –ley española– a la primera –reglamento comunitario– está todavía por dilucidar jurídicamente), un

¹² Vid. Montero Aroca, J. (Director). *La Prueba*. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid. 2000, p. 289

campo abonado al método ponderativo y del justo equilibrio entre posiciones –de derechos fundamentales– opuestos, con claras desigualdades de poder real, no se olvide, conviene recordar algo también elemental

“La ponderación es... la optimización relativa a principios contrapuestos (...) Cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o de detrimento de un derecho o de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro”¹³.

En suma, la ponderación de derechos e intereses legítimos contrapuestos en juego ha de resolverse menos con el total sacrificio de los de una parte respecto de los de otra y más con una adecuada ponderación, un justo equilibrio. A mi juicio, este ideal ponderativo se concreta, para nuestro caso, en dos reglas precisas y prácticas. De un lado, en la necesidad de no dejar sin reparar ni una sola violación de un derecho fundamental de las personas trabajadoras, como las que se producen con el ejercicio anticonstitucional de las facultades de prueba digital (o tecnológica en general), lo que generará en muchos casos la nulidad no tan solo de la prueba sino de la medida –el despido–, con indemnización adicional ex art. 183.2 LRJS.

Pero tampoco, de otro lado, tampoco infravalorar el derecho fundamental del empleador a la prueba de los incumplimientos. Debe asumirse la validez y eficacia de la probática descontaminada de la vulneración del derecho –esta afirmación si es una de las certezas que ha creado la Gran Sala del TEDH con López Ribalda II–, declarando la improcedencia del despido, si las pruebas válidas no dejan acreditado la suficiente entidad del incumplimiento, o la procedencia, si concurren otras válidas que sí son suficientemente eficaces a tal fin. Pero siempre, se insiste, reparando –de forma íntegra, en lo posible, y disuasoria– la violación del derecho sustantivo fundamental mediante una prueba tecnológica injustificada, no transparente o desproporcionada. Y todo ello en unidad de proceso.

Veremos cómo resuelve la doctrina de casación social la actual polémica al respecto, también el nuevo envite del TEDH en relación al sentido y alcance real del deber de transparencia previa, y por tanto la prohibición general de controles ocultos, a propósito de la doctrina López Ribalda II. Aunque la tentación será a ratificarse, puesto que la rectificación del TEDH eso pareciera alumbrar, convendría no olvidar que nunca se puede volver al mismo lugar y en las mismas condiciones, porque uno u otras, o las dos, ya han cambiado. Ahora la doctrina constitucional es otra y el RGPD no prevé, de forma expresa, excepciones, por lo que las contempladas deben fijarse de una manera más restrictiva que lo ha hecho, por ejemplo, el art. 89 LOPD-GDD. Pero esa es otra historia, que aquí no podemos contar. Tiempo habrá.

¹³ Vid. Alexy, R. Teoría de los derechos fundamentales, CEC, Madrid, 2002, p. 162