

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de amparo avocado núm. 7222-2013, al que se adhiere la Magistrada doña Adela Asua Batarrita

I. Preliminar

1. Como manifesté durante la deliberación del presente proceso constitucional, disiento de la decisión mayoritariamente adoptada. Dentro del máximo respeto hacia el parecer de mis compañeros del Pleno, quiero expresar, desde un principio y sin reserva alguna, mi intensa y extensa discrepancia. Primeramente, con la doctrina que se sienta sobre los derechos fundamentales concernidos, en particular respecto del art. 18.4 CE; pero de seguido, y también, con el método de enjuiciamiento que se utiliza así como con el canon de constitucionalidad que se aplica.

En esta fase preliminar de la exposición de mi disentimiento, me siento obligado a manifestar la insólita forma con la que la presente resolución se separa de la jurisprudencia ya elaborada por este Tribunal sobre el derecho a la protección de datos de carácter personal en supuestos de video-vigilancia laboral, contenida de manera señalada en la STC 29/2013, de 11 de febrero, y que se articula – y es esta omisión la que me parece en verdad censurable - sin hacer el esfuerzo alguno por abrir un diálogo en divergencia, ofreciendo al menos explicaciones, aun cuando fueran de manera sumaria pero fundada, en relación con los dos siguientes aspectos: de un lado, la identidad o no tanto de las circunstancias fácticas – que, por cierto, el Ministerio Fiscal niega- como de los derechos controvertidos en una y otra resolución y, de otro, los motivos de tan relevante alteración. De seguro, la nueva opinión del Tribunal se erige desde el mismo momento de su adopción, conforme dispone el art. 5.1 LOPJ, en fuente de interpretación y aplicación de las normas en relación con esta tipología de conflictos; pero el proceso de cambio doctrinal se ha llevado a cabo sin aportar la obligada argumentación jurídico-constitucional sobre las razones que conducen a abandonar una jurisprudencia cuyo objetivo, primero y esencial, fue el fijar los límites del contenido esencial del derecho fundamental que el art. 18.4 CE confiere a los trabajadores. En relación con este silente modo de introducir un drástico giro en la doctrina establecida por este Tribunal, no me parece impertinente recordar la obligación de motivar, en particular en caso de apartamiento de nuestros propios precedentes.

Pero esta mutación jurisprudencial no solo me parece objetable por la forma; lo es, sobre todo, por el fondo. Anticipando la conclusión final que he de desarrollar en breve, la doctrina ahora defendida se sitúa en esa senda, para mí preocupante, de retroceso en la protección de los derechos fundamentales de las personas que prestan un trabajo asalariado y que vengo denunciando en los últimos años a través de una sucesión de votos particulares. Una senda que revela una orientación que tiende a vaciar de contenido sustantivo un modelo constitucional de relaciones laborales acorde con el Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE).

Por lo demás, tampoco quiero dejar de hacer constar que este pronunciamiento regresivo resultaba, a mi juicio, de todo punto innecesario. Los diversos intereses legítimos y constitucionales, enfrentados en este concreto conflicto, pudieron quedar perfectamente garantizados sin el sacrificio que la presente Sentencia lleva a cabo respecto de los derechos involucrados en el art. 18.4 CE de titularidad de quienes prestan un trabajo por cuenta ajena y dependiente.

II. El juicio sobre el art. 18.4 CE

A) Una colisión de derechos ficticia. Contenido esencial *versus* ponderación y proporcionalidad

2. La Sentencia responde a una noción del poder de dirección empresarial y contraindicada por el modelo de relaciones laborales que instaura la Constitución. De forma directa y sin matización alguna, se atribuye a los poderes empresariales, genéricamente considerados, una conexión universal de constitucionalidad con los arts. 33 y 38 CE (párrafo tercero, FJ 4), improvisando y fraguando *ex novo*, con tales mimbres, conflictos entre derechos constitucionales que en realidad no concurren.

No puedo en modo alguno compartir, desde una inteligencia constitucional de las relaciones laborales, esa concepción que convierte las facultades de vigilancia y control empresarial de la actividad laboral reguladas en la ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) en una fuente constitucional a partir de la cual pueda sostenerse una colisión conflictiva de derechos frente a los que alegan los trabajadores con una expresa invocación de sus derechos fundamentales, con el efecto consiguiente de conducir la solución del recurso planteado a una lógica ponderativa sometida al principio de proporcionalidad. A mi juicio, ni el art. 20.3 ET es un parámetro de constitucionalidad que limite los derechos fundamentales en el seno de la

organización empresarial, siendo exclusivamente, y no es poco, una regla jurídica rectora de la relación contractual; ni los poderes o facultades empresariales son, sin excepción y de manera universal, expresiones directas e indefectibles de los arts. 33 y 38 CE que quepa confrontar de manera mecánica y sin mayor fundamentación con los derechos fundamentales de los trabajadores; ni, en fin, las facultades del empresario y, menos aún si se ejercen de modo irregular o desviado, como más adelante tendré ocasión de razonar, pueden restringir aquellos derechos en el ámbito de las organizaciones productivas, incluidos, claro está, los formulados en el art. 18 CE.

Muy antes al contrario, los poderes y facultades del empleador quedan delimitados por el contenido esencial de los derechos fundamentales de los trabajadores, resultando obligado tener presente que dichos derechos delinean la regularidad del ejercicio de tales poderes y facultades. Unos y otras solo pueden ejercitarse en términos acordes con el ámbito en el que la plenitud del contenido esencial de aquellos derechos (art. 53.1 CE) quede garantizada.

3. Descartando este obligado método de enjuiciamiento, la presente Sentencia olvida que el contenido esencial de los derechos fundamentales constituye el obligado e imprescindible referente del juicio de constitucionalidad y que no cualquier factor comprometido, como aquí acontece con el interés o el derecho empresarial de vigilar el cumplimiento de la relación laboral, puede oponerse a su garantía sustantiva. Aceptando de manera acrítica que cualquier escenario de “conflicto de intereses” abre en el ámbito de las relaciones laborales un “conflicto de derechos fundamentales o bienes constitucionales merecedores de tutela”, la Sentencia de mi disenso sortea y da de lado el juicio propio del contenido esencial de los derechos fundamentales, desembocando en una lógica de ponderación y proporcionalidad. Con semejante proceder metodológico, el contenido esencial del derecho fundamental a examen se diluye y la razón empresarial termina siempre imponiéndose, pues en la práctica totalidad de los conflictos entre las dos partes del contrato de trabajo resulta una tarea sencilla el crear recursos dialécticos para su empleo en una inteligencia de proporcionalidad. Y ello, aun cuando en modo alguno tales recursos resulten útiles en un examen dirigido a asegurar el contenido esencial de los derechos frente a medidas invasivas articuladas con menos apoyos legales.

Aquí reside la clave de mi discrepancia. Esta torcedura del canon de enjuiciamiento y del referente de la tutela, explicitado con toda claridad en el art. 53.1 CE, no solo revela una desviación del juicio de constitucionalidad; adicionalmente, también evidencia una concepción de la empresa ajena a la cláusula social reconocida de manera explícita por nuestro texto

constitucional, segregada de la sociedad civil e inmune a la Constitución. Es esta una concepción en la que los derechos fundamentales del trabajador no sólo se ven modalizados en función de la prestación concertada en el marco de un contrato de trabajo y de los deberes contractuales de ella nacidos; además y por encima de ello, esos derechos son suprimidos o, en el mejor de los casos, debilitados en su efectividad con vistas a asegurar una autoridad indiscutida y omnímoda del empresario, cuyos poderes e intereses, con carácter universal o sin apenas excepción, adquieren automáticamente y con el apoyo de los arts. 33 y 38 CE un rango de constitucionalidad y preeminencia, sin matices, contenciones o medidas.

Frente a esa concepción, desterrada afortunadamente por nuestro texto constitucional desde su mismo pórtico (art. 1.1), la efectiva cobertura de los derechos del trabajador y los de sus organizaciones representativas, columna vertebral del nuevo modelo de relaciones laborales informado por la Constitución, obliga a una visión distinta, gobernada por otros principios y generadora de valores que, resultando compatibles con las cláusulas de la denominada constitución económica, garanticen de manera real y efectiva el ejercicio por los trabajadores de los derechos fundamentales vinculados a su personalidad, a su condición de personas, y que, en modo alguno, pueden ser minados o atenuados por el simple hecho de celebrar ese negocio jurídico en que consiste el contrato de trabajo e integrarse, a resultas de ello, en una organización de mercado. En la defensa de ese modelo ha estado comprometida la jurisprudencia constitucional hasta fechas recientes, en las que parece haberse optado por introducir factores de desprotección, descartando incluso la búsqueda de un reequilibrio, en la hipótesis de haberse entendido que en el pasado pudieron haberse producido excesos de tutela en la delimitación de la cobertura constitucional.

Por ello, ante esos expedientes técnicos que diluyen el contenido esencial del art. 53.1 CE, me veo obligado a recordar las palabras de nuestra STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2, que había ya confiado en no tener que reproducir treinta años después de ser escritas: *“Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de «feudalismo industrial» repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1)”*.

B) El exceso del exceso: no sólo la colisión ficticia de derechos sino, adicionalmente, la colisión en la antijuridicidad

4. Bastaría con lo expuesto para dar por cerrada mi discrepancia. Sin embargo, la Sentencia de la que me aparto ha elegido ir más lejos todavía. No se conforma con la levedad argumental de convertir cualquier actividad vinculada con el ejercicio de las facultades y derechos del art. 20.3 LET en una directa expresión amparada en los arts. 33 y 38 CE, ni con la pretendida concurrencia de tales preceptos constitucionales para deducir de manera errática la existencia de una colisión con los derechos fundamentales de los trabajadores, extrayendo así el conflicto interpretativo del análisis del contenido esencial y arrastrándolo así a un juicio de ponderación entre derechos constitucionales. En el presente caso, lejos de detenerse en el enunciado y defensa de esa doctrina, la Sentencia procede a dar una extravagante vuelta de tuerca, sosteniendo la tesis de que el escenario de confrontación entre derechos – y, por tanto, la necesidad de utilizar juicios de ponderación y proporcionalidad – concurre incluso si los poderes empresariales se ejercitan con manifiesta irregularidad o exceso; esto es, fuera del marco de la ley.

Tras haberse enunciado con la necesaria continencia y con la debida cita de la STC 292/2000, de 30 de noviembre, que el derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE) no es ilimitado y puede encontrar condicionantes en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, la presente resolución, en efecto, se libera de todo complejo y concibe esa concurrencia conflictiva no solo en casos de un ejercicio ordinario y ajustado a Derecho por el empresario de las facultades empresariales que le reconocen el art. 20.3 ET, instaladas con presteza y universalidad, como ya se argumentó, en los arts. 33 y 38 CE; superando toda razonable limitación argumentativa, hace constar que también resulta obligado recurrir al juicio de ponderación cuando el poder empresarial ejercitado incurre en incumplimientos legales. O por formular la idea en términos más próximos al caso a examen, en el decir de la Sentencia hay conflicto de derechos y necesidad de ponderación en clave de proporcionalidad incluso si el empresario manifiestamente no atiende e inobserva, sea cual fuere la causa, el deber legal de informar a los trabajadores *ex art. 5 LOPD*. A fin de no razonar en el vacío o, lo que es igual, con vistas a acreditar la anterior aseveración, remito a la lectura de algunas afirmaciones contenidas en los párrafos tercero y cuarto del FJ 4, de las que se deducen sin esfuerzo alguno proposiciones tan insólitas como las que se transcriben en su literalidad: “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”; o “En efecto, *la relevancia constitucional de la ausencia o deficiencia de información* en los supuestos de video-vigilancia laboral exige la consiguiente ponderación en cada caso de los derechos y bienes constitucionales en conflicto”.

Tales argumentaciones se sostienen con naturalidad y desenvoltura, pese a haberse recordado en la primera parte de la Sentencia que el deber de información previa forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE), actuando como un complemento indispensable de la necesidad de consentimiento del afectado. En un contexto argumentativo como el expuesto, hay base para inferir que un acto de control empresarial encuadrable por su finalidad en el art. 20.3 LET, pero ejercido antijurídicamente y contra lo previsto en el art. 5 LOPD, puede prevalecer sobre el derecho fundamental del art. 18.4 CE y sobre la doctrina de este Tribunal, sentada en las SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, y 29/2013, de 11 de febrero, si así se dedujera tras el pertinente juicio de ponderación y proporcionalidad efectuado. Si mi apreciación no quedara desmentida, una tesis semejante constituiría, sencillamente, un despropósito jurídico-constitucional, pudiendo arrastrar un caudal de consecuencias prácticas de imposible aceptación en nuestro Estado social.

C) La Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre

5. La gravedad de la argumentación expuesta y la levedad de su fundamentación se acentúan al comprobar como la resolución de la que me aparto termina por abandonar el discurso de los poderes empresariales y de los derechos y límites de los derechos fundamentales en el marco del contrato de trabajo para situar su *ratio decidendi*, en lo que concierne a la presunta violación del art. 18.4 CE, en un escenario por completo ajeno a ese discurso. Haciendo un imprevisto giro en el razonamiento hasta entonces llevado a cabo, en los pasajes finales del FJ 4, en efecto, se erige como elemento decisivo para el juicio de constitucionalidad el contenido de las Instrucciones de la AEPD; en concreto, el de la 1/2006, de 8 de noviembre, que parece convertirse así en parámetro o canon de constitucionalidad.

Acaso, el tránsito por camino tan espinoso puede haber sido debido a la desatención hacia la STC 29/2013, de 11 de febrero, que expresamente recordaba que la Constitución ha querido que la ley, y sólo la ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental. Pero sea como fuere y más allá de la razón determinante, me resulta imposible admitir que el derecho de los trabajadores a ser informados sobre la suerte de los datos obtenidos por su empleador, derecho este que forma parte del núcleo fuerte del *habeas data*, pueda concretarse en una mera

pegatina con el correspondiente distintivo visible en un cristal, una vez cumplido, eso sí, en contenido y diseño – como recuerda la Ponencia aprobada - el sin duda trascendente Anexo de la Instrucción citada. Contrariando de manera frontal la doctrina sentada por este Tribunal, según la cual el afectado o los afectados por la captación han de conocer el contenido de las imágenes captadas y el propósito perseguido por la implantación de sistemas de video-vigilancia, ahora se sostiene que, una vez insertado el distintivo y cumplidos los Anexos, ya no es preciso especificar “la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control”, pues lo único importante será determinar si “el dato obtenido se ha utilizado para la finalidad de control de la relación laboral o para una finalidad ajena” (FJ 4). Por este lado, se ha suprimido todo rastro del derecho a conocer el uso y destino de los datos, aunque para alcanzar esa conclusión haya sido preciso, en el trance final, confundir el consentimiento con la información, acertadamente diferenciados en el anterior FJ 3.

En definitiva, la Sentencia olvida: i) la fuerte e intensa dación de contenidos que al derecho del art. 18.4 CE atribuyeron con su interpretación los precedentes pronunciamientos de este Tribunal; ii) la diferenciación de ese derecho con el derecho consagrado en el art. 18.1 CE, según establecieron y explicaron anteriores resoluciones; iii) que el control del uso y destino de los datos personales está constitucionalizado y en la base de la consagración del derecho fundamental, idea ésta que no es dable desdeñar hasta la nada, sobre todo en tiempos en los que el tratamiento de datos ofrece múltiples medios y sistemas que se perfeccionan a un ritmo vertiginoso y en los que las imágenes grabadas y tratadas pueden servir a propósitos tan inquietantes como la confección de un perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o ponerse al servicio de otras amenazas contra el individuo (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6).

Frente a todo lo que impugno y censuro, por tanto, estimo que la recta aplicación de un derecho fundamental como el garantizado en el art. 18.4 CE hubiera comportado, como en el pasado fue argumentado con solvencia jurídica y mesura interpretativa, declarar que no hay una habilitación legal expresa para la omisión del derecho a la información sobre el tratamiento de datos personales en el ámbito de las relaciones laborales; y que tampoco es dable situar su fundamento en el mero 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. La lógica por la que ha optado la sentencia de la mayoría, fundada en la más primaria utilidad o conveniencia empresarial, quebranta la efectividad del derecho fundamental del art. 18.4 CE, en su núcleo esencial; confunde la legitimidad del fin (en este caso, la verificación del cumplimiento de las obligaciones laborales a través del tratamiento de

datos, art. 20.3 LET en relación con el art. 6.2 LOPD) con la constitucionalidad del acto (que exige ofrecer previamente la información necesaria, art. 5 LOPD). Y lo cierto es, sin embargo, que cabe proclamar la legitimidad de aquel objetivo (incluso sin consentimiento del trabajador, art. 6.2 LOPD, como señala la Sentencia aprobada) y, al mismo tiempo, hacer constar que lesiona el art. 18.4 CE la utilización, para ejecutar el acto, de medios encubiertos que niegan al trabajador la información exigible.

En última instancia, la lectura de la resolución de mi disenso me suscita dudas sobre la verdadera finalidad a la que atiende la doctrina sentada, que enuncio en términos interrogativos: ¿se pretende asegurar un control legítimo por el empresario de la actividad laboral, con respeto a las garantías legales y a los derechos fundamentales o, por el contrario y más bien, se busca habilitar controles sorpresivos, que permitan identificar *in fraganti* a un trabajador que no cumpla debidamente su contrato? Si fuera esto último, como lamentablemente así me lo parece, no alcanzo a entender la conexión entre esa intención, no ya de controlar sino de “atrapar” al trabajador, con la libertad de empresa o el derecho a la propiedad que consagra la Constitución.

En atención a lo razonado y a mi juicio, el despido debió calificarse como nulo, por no haberse cumplido el deber de información que impone al empresario el art. 18.4 CE.

III. Una breve consideración sobre el art. 18.1 CE

6. Una vez declarada la lesión del art. 18.4 CE, no precisaría examinar esta segunda alegación, igualmente invocada por la recurrente en amparo. Dejaré constancia, no obstante, de algunas objeciones al razonamiento utilizado para su desestimación.

Por lo pronto, no tiene escasa entidad el modo cómo fluye el alegato de la Sentencia en el juicio de proporcionalidad, a tenor del cual (FJ 4 *in fine*) procederá el examen “de conformidad, nuevamente, con las exigencias del principio de proporcionalidad (SSTC 186/2000, de 10 de junio, FJ 6, y 98/2000, de 10 de abril, FJ 8)”. Se entiende como inevitable que ese es y no otro el control de constitucionalidad, según puede inferirse. Así lo demuestra que, al anunciar esta pauta de enjuiciamiento, se citen aquellas Sentencias (SSTC 98/2000 y 186/2000), como si la colisión de derechos que se apreció en los supuestos en ellas resueltos fuera generalizable a cualquier juicio del art. 18.1 CE; es decir, como si solo pudiera concebirse la tutela del art. 18.1 CE en la relación laboral desde el prisma de la proporcionalidad.

En esa misma dirección, el FJ 5 de la Sentencia comienza con una decidida declaración sobre el grandísimo alcance y eficacia de los derechos fundamentales; un estilo no desconocido

en los últimos tiempos, que consiste en invocar con la máxima firmeza los derechos y su efectividad para posteriormente sacrificarlos *ad casum*. A esas elevadas palabras les sigue, sin embargo, la inmediata declaración de que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del “principio de proporcionalidad”. Otra vez la insistente proporcionalidad que olvida el mandato del art. 53.1 CE (contenido esencial) y que quiere trasladar al ámbito del amparo una lógica limitativa que ya ha empezado a aplicarse extensivamente, a mi juicio contraviniendo igualmente el art. 53.1 CE, al control abstracto de constitucionalidad de las leyes que afectan a derechos fundamentales.

Para dar por concluso este voto particular, y aunque sea aceptando a efectos puramente dialécticos la lógica de la resolución adoptada mayoritariamente, no me resisto a destacar, incluso, mi oposición al juicio de proporcionalidad que se efectúa. Por dos razones particularmente evidentes: i) porque al triple juicio que anuncia el penúltimo párrafo del FJ 5 (idoneidad, necesidad y equilibrio) se antepone de manera anómala un nuevo juicio en el último párrafo (de justificación), generando una inmediata confusión sobre el único canon que la propia resolución maneja; ii) porque el juicio de necesidad que se efectúa muestra la incoherencia última del pronunciamiento, ya que acredita que ni la medida era la menos invasiva de las posibles (pues era menos agresiva para los derechos fundamentales del art. 18 CE, e igualmente eficaz para controlar la actividad laboral, que la grabación se hubiera llevado a cabo con información del fin laboral al que se procuraba), ni su verdadero fin era realmente el asegurar el cumplimiento de la actividad laboral, sino, por expresarlo en sus propias palabras, obtener “prueba de las irregularidades” (FJ 5, *in fine*). Todo este innecesario y deficiente embrollo, de seguro, solo puede comprenderse al constatar que, a fin de cuentas, el debate, que se dice de constitucionalidad, desemboca en un pretendido derecho a obtener pruebas para efectuar un despido con fundamento en el art. 20.3 LET y, por tanto, en los derechos a la propiedad y a la libertad de empresa (art. 33 y 38 CE), objetivo éste, sin embargo, que se logra a costa de la restricción de los derechos fundamentales del trabajador.

En tal sentido formulo el presente Voto Particular.

Madrid, a tres de marzo de dos mil dieciséis.