

eman ta zabal zazu



Universidad Euskal Herriko
del País Vasco Unibertsitatea

**DEPARTAMENTO DE DERECHO DE LA EMPRESA
ENPRESA ZUZENBIDEAREN SAILA**

EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DE LOS TRABAJADORES

Tesis presentada para la obtención del grado de Doctora

Autora: Marta Arrúe Mendizábal

Directores: Dr. Jose Luis Goñi Sein y Dr. Juan Pablo Landa Zapirain

Leioa, 2019

Índice

Siglas y abreviaturas	9
Introducción	13
Capítulo I.	
El reconocimiento y el desarrollo normativo del derecho a la propia imagen	21
1. El origen del derecho a la propia imagen	23
2. La regulación del derecho a la propia imagen en el ordenamiento español	26
2.1. Antecedentes normativos y jurisprudenciales	26
2.2. El reconocimiento constitucional del derecho a la propia imagen como derecho fundamental	27
3. La regulación civil del derecho a la propia imagen	29
3.1. La LO 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Cuestiones generales	30
3.2. El bien jurídico protegido. El derecho a la propia imagen como derecho autónomo y su relación con el derecho al honor y con el derecho a la intimidad	32
A. El derecho a la propia imagen y el derecho al honor	33
B. El derecho a la propia imagen y el derecho a la intimidad	36
C. Las consecuencias de la autonomía del derecho	42
3.3. El objeto del derecho a la propia imagen	45
A. La representación de la apariencia física como objeto del derecho a la propia imagen	45
B. La reproducción del nombre y/o la voz como objeto del derecho a la propia imagen	47
C. La revisión del concepto de imagen y la ampliación del contenido del derecho ¿El derecho a la libre determinación de la apariencia o imagen externa?	49
3.4. El contenido y la problemática de la doble naturaleza del derecho a la propia imagen: derecho fundamental <i>versus</i> derecho patrimonial	52
3.5. La titularidad del derecho. ¿Gozan de este derecho las personas jurídicas?	56
3.6. Los límites al derecho a la propia imagen	58
A. Los límites generales	58
a. El consentimiento	58
b. La autorización legal	61
c. El interés histórico, científico, o cultural relevante	62
B. Los límites específicos	63

4. La inexistencia de una regulación laboral del derecho a la propia imagen. Algunas reflexiones sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en la relación laboral	70
--	----

Capítulo II.

El respeto a la apariencia física-externa de los trabajadores en la relación laboral 87

1. Delimitación de conceptos: aspecto/imagen o apariencia, apariencia física, apariencia externa/estética o indumentaria	91
2. Una primera aproximación a los derechos constitucionales vinculados a la imagen o apariencia de los trabajadores	93
3. La apariencia física y/o estética en el proceso de selección y contratación	98
4. Limitaciones a la apariencia durante el desarrollo de la relación laboral	115
4.1. La influencia de la imagen sobre las condiciones de trabajo	116
4.2. El control empresarial de la imagen de los trabajadores	117
4.2.1. La fuente u origen de las limitaciones. El poder de dirección como modulador de la apariencia	118
4.2.2. Las causas justificativas de las limitaciones	125
4.2.3. Tipo de restricciones y respuesta judicial	130
A. La exigencia de elementos inmutables	131
B. El establecimiento de una uniformidad	136
C. Las pautas generales sobre vestuario o la prohibición de determinadas prendas	141
5. La apariencia externa y el principio de no discriminación por razón de sexo.	143
6. La apariencia externa y la libertad religiosa	153
6.1. Vestimenta religiosa. Seguridad, prevención en el trabajo y salud pública	156
6.2. Vestimenta religiosa e imagen corporativa o pública de la empresa	160
6.3. La especial dificultad del juicio de proporcionalidad	167
7. La apariencia externa <i>versus</i> la libertad ideológica, la libertad de expresión y la libertad sindical	170
8. Los cambios de apariencia física/estética como causa de extinción de la relación laboral ..	172

Capítulo III.**La utilización laboral y comercial por parte de la empresa: la cesión de la imagen por los trabajadores**

1. Poder de dirección empresarial y derecho a la propia imagen. La grabación, uso o divulgación de la imagen de los trabajadores por parte de la empresa para fines empresariales	175
1.1. El objeto del contrato como título legitimador de la disposición de la imagen de los trabajadores por parte de la empresa	178
1.2. El poder de dirección de la empresa como fundamento para la disposición de la imagen de los trabajadores por parte de la empresa ¿Otras causas legitimadoras?	181
1.3. Los fines y las excepciones contempladas en la LO 1/1982	183
A. La finalidad informativa	183
B. Los cargos públicos o las profesiones de notoriedad o proyección pública	186
1.4. La utilización promocional o comercial de la imagen de los trabajadores no autorizada al margen del objeto del contrato	188
2. La cesión por parte de los trabajadores de su imagen a la empresa. El derecho patrimonial a la explotación de la imagen	190
2.1. El derecho a la imagen de los artistas asalariados en los espectáculos públicos	192
2.1.1. La protección de la imagen de los artistas asalariados a través de los derechos de propiedad intelectual	195
A. Los artistas que ostentan derechos de propiedad intelectual	195
B. Los derechos de propiedad intelectual de los artistas en la LPI y la transmisión de los derechos de explotación a la empresa en el seno de la relación laboral	199
C. La confluencia del derecho a la imagen con los derechos de propiedad intelectual	207
2.1.2. Los derechos de imagen de los artistas no titulares de derechos de propiedad intelectual	211
2.1.3. El derecho a la imagen de los artistas al margen de su actividad profesional: imagen extralaboral e imagen privada	215
2.2. El derecho a la imagen de los deportistas profesionales	218
2.2.1. La regulación laboral de la cesión de los derechos de imagen de los deportistas profesionales	220
A. La regulación convencional de los derechos de imagen	222
B. Las fórmulas utilizadas para la cesión de los derechos de imagen de los deportistas y los pronunciamientos judiciales en materia fiscal	225
C. La posición de la jurisprudencia social y de la doctrina laboral	228
2.2.2. Hacia una posición sobre la naturaleza mercantil o laboral de las cesiones de los derechos de imagen de los deportistas. La imagen laboral <i>versus</i> la imagen extralaboral	230

Capítulo IV.

La protección de la imagen de los trabajadores como dato personal 239

1. Consideraciones generales. El impacto de las nuevas tecnologías en la sociedad y en el entorno laboral	241
2. El derecho a la protección de la imagen frente al uso empresarial de los sistemas de videovigilancia	246
2.1. La generalización del empleo de videocámaras	246
2.2. Los derechos fundamentales afectados por la videovigilancia	249
2.3. La normativa laboral y el empleo de los sistemas de videovigilancia	253
2.3.1. La ausencia de una regulación específica laboral. ¿La posible aplicación de otras normas?	253
2.3.2. El empleo de la videovigilancia y las facultades de control empresarial (art. 20.3 ET)	257
A. El control sobre la actividad laboral	258
B. El respeto a la dignidad de los trabajadores	261
C. La intervención de los representantes de los trabajadores en el control empresarial	263
2.4. El tratamiento jurisprudencial sobre el empleo de la videovigilancia. Una primera época: el derecho a la intimidad como límite al empleo de la videovigilancia	265
2.4.1. La doctrina y jurisprudencia inicial. El concepto «topográfico» de la intimidad en la esfera laboral	265
2.4.2. Un cambio de panorama a partir de las Sentencias del Tribunal Constitucional del año 2000. Hacia la aplicación del principio de proporcionalidad	268
2.4.3. Una década de aplicación del principio de proporcionalidad. La huella de la doctrina constitucional en la doctrina del orden social y en la doctrina científica	272
2.4.4. La insuficiencia del derecho a la intimidad para determinar el ámbito legítimo de control de las videocámaras y las limitaciones de la doctrina constitucional sobre el principio de proporcionalidad	276
2.5. Un cambio de rumbo. El examen de la videovigilancia desde la perspectiva del derecho a la protección de datos de carácter personal. El derecho a la protección de datos personales como límite al empleo de sistemas de videovigilancia	279
2.5.1. La aplicación de la normativa de protección de datos a la videovigilancia laboral. El tratamiento de la imagen	279
A. La imagen como dato personal	282
B. La existencia de un tratamiento de datos	284
2.5.2. Las exigencias a cumplir en la videovigilancia conforme a la normativa de protección de datos	286

A. El conocimiento y el consentimiento de los afectados.	
La excepcionalidad del control oculto	287
a. El consentimiento de los trabajadores	287
b. La información a los trabajadores ¿El control oculto?	291
B. El principio de finalidad o de limitación de fines. La prohibición de su utilización para fines incompatibles	303
a. Las cámaras por motivos de seguridad en la empresa	304
b. Las cámaras con la finalidad de control laboral. El fin legítimo	309
C. El principio de proporcionalidad	312
2.6. El derecho a la propia imagen como límite al empleo de la videovigilancia empresarial	314
2.7. La nueva regulación de la videovigilancia en la normativa de protección de datos	320
2.8. La videovigilancia o la captación de imágenes de los trabajadores fuera de la empresa	324
3. Las redes sociales y la protección al derecho a la propia imagen	327
3.1. El impacto de las redes sociales en los procesos de selección y reclutamiento de los trabajadores	331
3.2. El poder disciplinario empresarial basado en el acceso a las imágenes y vídeos publicados en las redes sociales	338
4. Aspectos procesales sobre la protección del derecho a la propia imagen de los trabajadores frente a la utilización de la videovigilancia o el uso de las fotografías o vídeos en las redes sociales como medios de prueba	346
4.1. La admisibilidad de estas de pruebas. La prueba ilícita y la calificación del despido	347
4.2. Naturaleza jurídica y valoración de estos medios de prueba	357
Conclusiones	365
Bibliografía	379

Siglas y abreviaturas

Apdo.: Apartado

AA.VV.: Autores Varios

ABP: Asociación de Baloncestistas Profesionales

ACB: Asociación de Clubs de Baloncesto

AFE: Asociación de Futbolistas Españoles

ATC: Auto del Tribunal Constitucional

BOCM: Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid

BOE: Boletín Oficial del Estado

BYOD: *Bring Your Own Device*

Cc.: Código Civil

CCTV: Circuitos cerrados de televisión

CD: *Compact Disc*

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

Coord.: Coordinador

Cit.: Citado

CP: Código Penal

CV: *Curriculum Vitae*

Dir.: Director

Disp. Ad.: Disposición Adicional

DOG: Diario Oficial de Galicia

DOGC: Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos

DVD: Disco Versátil Digital

EBEP: Estatuto Básico del Empleado Público

Ed.: Editorial

E.M.: Exposición de Motivos

ET: Estatuto de los Trabajadores

FIDE: Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa

FJ: Fundamento Jurídico

GPS: *Global Positioning System*

JS: Juzgado de lo Social

LE: Ley de Empleo

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LEcrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LISOS: Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social

LNFP: Liga Nacional del Fútbol Profesional

LO: Ley Orgánica

LOIMH: Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

LOLR: Ley Orgánica de Libertad Religiosa

LOPDP: Ley Orgánica de Protección de Datos Personales

LOPDGDD: Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los derechos digitales

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

LPRL: Ley de Prevención de Riesgos Laborales

LPL: Ley de Procedimiento Laboral

LRJS: Ley Reguladora de la Jurisdicción Social

LSP: Ley de Seguridad Privada

Núm.: Número

OIT: Organización Internacional de Trabajo

OM: Orden Ministerial

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

PLOPD: Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos

PLOPDGDD: Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales

RAE: Real Academia Española

RCUD: Recurso de casación para la unificación de doctrina

RD: Real Decreto

RDA: Real Decreto 1435/1985, por el que se regula la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos.

RDL: Real Decreto Ley

Rec.: Recurso

RGPD: Reglamento General de Protección de Datos de Carácter Personal

SAD: Sociedad Anónima Deportiva

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

SJS: Sentencia del Juzgado de lo Social

ss.: siguientes

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TCT: Tribunal Central de Trabajo

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TICs: Tecnologías de la Información y Comunicación

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

TS: Tribunal Supremo

UE: Unión Europea

Introducción

Hace casi tres décadas la doctrina constitucional apuntaba que en el ámbito laboral resultaba apremiante una garantía por parte de los poderes públicos –y en especial del legislador– del reconocimiento de la vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores. La desigual distribución de poder social entre empleado y empresario y la asimétrica posición que estos ocupan en la relación de trabajo eleva altamente el riesgo de eventuales lesiones a las libertades de la parte trabajadora.

Sin embargo, la norma social ha sido ajena al ejercicio de la ciudadanía por parte de los trabajadores en la empresa delegando en los órganos judiciales, especialmente en el Tribunal Constitucional, la delicada función de buscar una ponderación entre los poderes empresariales y el ejercicio de los derechos fundamentales por aquellos. Aunque este desinterés normativo se ha minorado recientemente con la reforma de la normativa de protección datos que ha incorporado nuevas garantías para la protección de los empleados ante el control tecnológico empresarial.

Hasta la fecha, la ausencia de una regulación específica de los derechos fundamentales de los trabajadores se ha paliado acudiendo a la regulación general de los mismos por parte de otros sectores del ordenamiento jurídico y a la versión laboral que de ellos ha ido configurando la doctrina constitucional con la aplicación directa de la norma fundamental. En esta tarea han sido esenciales en los últimos tiempos las pautas o criterios comunes que ha ido fijando la justicia internacional, especialmente el TJUE y el TEDH, como garantes de un orden público europeo.

Entre estas libertades, nuestra Constitución le ha otorgado un reconocimiento específico al derecho a la propia imagen como una de las manifestaciones de la dignidad de la persona, un espacio necesario de autodeterminación para el desarrollo de la propia individualidad. Sin embargo, al igual que ha ocurrido con otros derechos –de ello también es un ejemplo el derecho a la protección de datos de carácter personal– el reconocimiento de la autonomía y el contenido diferencial del derecho a la propia imagen ha sido relativamente reciente e incluso aún existe cierta confusión jurisprudencial, quedando en ocasiones relegado o integrado en las libertades que le son más próximas, como el derecho a la intimidad, sin recibir una tutela adecuada.

La doctrina constitucional atendiendo al desarrollo normativo de este derecho por la ley común (LO 1/1982) ha ido construyendo y precisando sus perfiles y manifestaciones, en una tarea que no puede considerarse acabada. En relación a su contenido, se considera que esta libertad salvaguarda un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás. Un espacio que se estima necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y para mantener una calidad mínima de vida humana según las pautas de nuestra cultura. Se trata de reconocer a la persona la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, su derecho al anonimato, esto es, que cada cual pueda decidir sobre la información gráfica que le identifica a fin de poder evitar su captación y divulgación por los terceros. Así, queda preservada una esfera privativa en la cual el principal medio de identificación de la persona, la imagen, es protegida de injerencias externas. Pero junto a esta vertiente negativa, el potencial contenido económico que tiene la imagen de determinadas personas conduce a que la norma común haya reconocido otra dimensión patrimonial a este derecho que no es otra que la capacidad de decidir sobre su explotación comercial.

El objeto de esta memoria de tesis se centra en el estudio de la eficacia de este derecho fundamental de los trabajadores en las relaciones privadas laborales. Se pretenden individualizar

las manifestaciones concretas de esta libertad en el ámbito de trabajo y valorar las recíprocas influencias entre su ejercicio y los intereses legítimos de la empresa, a fin de establecer las reglas que marcan el adecuado y justo equilibrio entre los derechos de las partes sociales.

El análisis ha quedado acotado a las relaciones de trabajo en la empresa privada por las particularidades que puede tener el ejercicio de esta libertad en el espacio del empleo público. Aunque haya ciertas normas comunes y también se puedan trasladar algunas de las pautas de enjuiciamiento, la Administración en las relaciones laborales no pierde su condición de defensora del interés general, no se desprende completamente de su «imperium», por lo que establece una especial relación de supremacía sobre sus empleados en la cual sus poderes son más intensos que en la empresa privada¹. Esta específica sujeción del empleado público y su compromiso con la consecución de los intereses de la colectividad marca la existencia de deberes específicos (imparcialidad, transparencia, neutralidad...) que en determinadas circunstancias pueden condicionar en mayor grado el ejercicio de sus derechos como ciudadano.

Tradicionalmente el estudio del derecho a la propia imagen en la relación laboral privada se ha centrado en aquellas actividades profesionales que implican una disposición o exhibición de la imagen de los trabajadores, como es el caso de los artistas o los deportistas, entre otros profesionales. Sin embargo, este derecho, en atención a sus diferentes facetas o manifestaciones puede ser fuente de distintas controversias. Así, en los últimos años el derecho a la propia imagen ha recibido una especial atención en el ámbito laboral vinculado a una nueva dimensión positiva o activa, la facultad de cada persona para decidir sobre su apariencia externa, esto es, su libertad para configurar la manera o la imagen con la que se presenta ante los demás. Se trata de una libertad previa al contenido clásico de este derecho que se concreta en el respeto a la propia apariencia y en el poder de decisión sobre la manera en que conforma. Como se sabe, es una práctica habitual que el personal deba guardar ciertas reglas o pautas sobre su indumentaria o aspecto por razón de la actividad que desempeña, pero creemos que el incremento paulatino de la litigiosidad en este campo merece una reflexión sobre cuáles son los límites a estas exigencias empresariales y en qué medida hay una protección constitucional a este espacio de decisión personal en el trabajo. Con más motivo, cuando a través de estas normas de vestuario o indumentaria se está incidiendo en el ejercicio de otros derechos fundamentales de los trabajadores como la libertad religiosa o el respeto a la no discriminación por razón de sexo.

Por otro lado, si se atiende al contenido negativo o clásico de este derecho, como un espacio de exclusión o reserva frente a los demás, el respeto a este ámbito por parte del empleador también podría originar otro tipo de desencuentros entre las partes. Tanto antes del vínculo como una vez concertado el contrato de trabajo, se pueden producir situaciones en las que la empresa pretenda captar, grabar, utilizar o incluso divulgar la imagen de los trabajadores. Los supuestos son heterogéneos pues obedecen a finalidades diversas.

Un primer foco de posibles conflictos está relacionado con el uso y difusión de la imagen de los trabajadores en virtud de la relación contractual para actos concretos relacionados con la actividad empresarial. Piénsese en la inserción de la imagen de los empleados en la página web de la compañía o en su grabación mientras desempeñan la actividad laboral para un vídeo

1 MONTROYA MELGAR, A., «Las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 93, 2011, p. 15.

promocional de la firma. ¿En qué medida la relación laboral puede condicionar el derecho a no dar publicidad a su imagen personal y permanecer en el anonimato? Es aquí donde se han de ubicar aquellas actividades laborales que por su propia naturaleza implican la necesaria disposición por parte de la empresa de la imagen del personal. Entre estas relaciones merecen un estudio propio la de los artistas y deportistas profesionales tanto por la extensión y vinculación que en ellas cobra la imagen del trabajador respecto a su prestación como por la importancia económica de su figura, que puede dar lugar a la celebración de otro tipo de negocios jurídicos para su explotación al margen del contrato laboral.

En segundo término, están las situaciones vinculadas al ejercicio del poder de control y fiscalización empresarial. La introducción y utilización de las tecnologías de la información y la comunicación en el entorno laboral a la par que han proporcionado una más ágil organización y realización del trabajo, han traído nuevos riesgos para la privacidad de los trabajadores. El empleo de estos medios está diluyendo la separación entre la vida laboral y personal de los trabajadores y ha incrementado exponencialmente las posibilidades de vigilancia por parte de la empresa. Aunque son muchos los conflictos generados por la digitalización de la empresa, desde el punto de vista de nuestro estudio nos interesan aquellos ámbitos en los que el derecho a la propia imagen puede verse comprometido. Sin duda, se ha de abordar como uno de estos espacios de especial amenaza la utilización de sistemas de captación y/o grabación de las imágenes (la videovigilancia) como medios de control empresarial dentro de los centros de trabajo o incluso fuera de los mismos. Pero también se ha de atender a las consecuencias que se están derivando del uso generalizado de Internet y de las plataformas *online* como nuevas formas de comunicación y relación social. La oportunidad que brindan estos instrumentos a la empresa para recabar información personal sobre los trabajadores –o aspirantes a ello– acentúa la amenaza de la toma de posibles decisiones discriminatorias y del ejercicio de un control excesivo que vaya más allá del necesario cumplimiento de la prestación laboral. Desde esta perspectiva, se ha de valorar la legitimidad de la obtención y el uso por parte de la empresa de la información gráfica personal de los trabajadores como un nuevo mecanismo para el control de su conducta porque del mundo virtual no puede originar ámbitos laborales sustraídos a la protección a los derechos fundamentales de los trabajadores. Es aquí donde el tratamiento de la imagen del trabajador por parte del empleador resulta tutelado por el derecho a la autodeterminación informativa, sobre el cual incide la nueva normativa europea de protección de datos (RGPD²) y la reciente adaptación y concreción de nuestra regulación interna (LOPDGDD)³.

La metodología empleada en este estudio ha sido la propia de un trabajo jurídico, en la que hemos analizado las normas que han afectado a la materia teniendo en cuenta fundamentalmente las últimas reformas de la normativa de protección de datos de carácter personal y su incidencia en determinadas cuestiones. A este fin, se ha combinado la aportación de los trabajos doctrinales con el análisis de la interpretación judicial, con especial referencia a la doctrina constitucional y a las sentencias del TJUE y del TEDH que han esclarecido muchos aspectos que se prestaban a diversas interpretaciones.

2 REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

3 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. BOE 6 de diciembre de 2018.

El enfoque del tema ha llevado a estructurar la memoria en cuatro partes diferenciadas. En el primero de los capítulos se realiza una aproximación al contenido del derecho a la propia imagen en el que tras un breve recorrido histórico se atiende a su reconocimiento constitucional, desarrollo legal e interpretación judicial. Junto a este estudio, se ha incorporado un apartado donde se reflexiona sobre la teoría de la eficacia de los derechos fundamentales de los trabajadores en la relación laboral y se analiza la evolución y estado de la doctrina constitucional al respecto. Se pretenden extraer las reglas o pautas que permitan situar las garantías de la versión laboral de esta libertad en el análisis de las posteriores situaciones conflictivas.

Para la división de los siguientes capítulos de la memoria se ha utilizado un criterio material, tratando de examinar cada uno de los diferentes escenarios de conflicto que podrían suponer una restricción al ejercicio de esta libertad, siguiendo igual orden que nuestras reflexiones anteriores. Así, el capítulo segundo es el destinado a valorar las limitaciones a la apariencia externa de los empleados en virtud de la relación laboral. Para su tratamiento se ha tenido en cuenta la distinción entre la apariencia física y la apariencia estética puesto que las contiendas que se originan y los mecanismos para su protección no siempre resultan convergentes. La imagen física tiene normalmente una mayor incidencia en la fase previa a la contratación, pudiendo ser el fundamento que excluya del empleo a determinados colectivos. Sin embargo, las controversias sobre la imagen estética generalmente versan sobre su posible modulación o limitación a consecuencia de la relación laboral que vincula a ambas partes. Se produce así una colisión entre el poder de dirección empresarial y las libertades de los trabajadores que en muchas ocasiones puede dar lugar a una conducta pluriofensiva que además de condicionar la libertad de fijar el aspecto externo del empleado pueda vulnerar otros derechos fundamentales.

El capítulo siguiente, el tercero, se ha reservado al estudio del uso de la imagen de los trabajadores bien por necesidades de la propia actividad laboral o bien por otros fines informativos, promocionales o comerciales que pueden interesar a la parte empleadora. Es aquí donde se ha dedicado un espacio al análisis de la vertiente patrimonial del derecho a la imagen en las relaciones laborales especiales de los artistas y deportistas profesionales tratando de sintetizar las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales en relación a la tan polémica y controvertida cuestión sobre la naturaleza de la cesión de los derechos de imagen de estos profesionales asalariados en favor del empleador.

Por último, en el capítulo cuarto, que cierra esta memoria, se han agrupado las situaciones en las que la grabación o aprehensión de la imagen de los trabajadores por parte de la empresa tiene como fin primordial el control laboral, por lo que en la mayoría de las ocasiones este tipo de conflictos culmina con la sanción del empleado. En primer lugar, se atiende al estudio de la videovigilancia laboral, aportando un recorrido evolutivo jurisprudencial sobre las restricciones al empleo de tales mecanismos en función de los posibles derechos vulnerados. Como veremos, aunque el derecho a la propia imagen aparece formalmente como relegado en este proceso, el protagonismo que ha alcanzado el derecho a la protección de datos personales y la aplicación de las garantías previstas en esta normativa han venido a preservar su contenido. Además, se reflexiona sobre la regulación que incorpora en esta materia la reciente reforma de la LOPD⁴ que por vez primera establece un régimen normativo aplicable a los sistemas de videovigilancia y grabación de sonidos para el control laboral.

4 LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal

A continuación, se presenta al lector otro sistema de fiscalización laboral a través de la imagen, el acceso y uso por parte del empleador de la información gráfica de los empleados que consta en la Red y en sus diferentes plataformas o blogs. Se trata de dilucidar en qué medida es legítima su utilización como fundamento de diferentes decisiones empresariales.

Se cierra el capítulo reparando en los principales problemas procesales que se suscitan en los procedimientos en los que se utilizan los resultados de este tipo de información como fuente de prueba. Así, se analiza fundamentalmente la naturaleza y el valor probatorio de este material gráfico y las consecuencias que se derivan de la consideración judicial de la ilicitud de la prueba por vulneración de derechos fundamentales.

Capítulo I.

El reconocimiento y el desarrollo normativo del derecho a la propia imagen

1. El origen del derecho a la propia imagen

La representación o plasmación externa de la figura humana es tan antigua como el propio ser humano, se remonta a la época del Paleolítico, de la que datan las primeras pinturas rupestres que la reproducen⁵. Sin embargo, el reconocimiento del concepto de «un derecho a la imagen» es posterior, procede del Derecho Romano, del llamado *ius imaginis* que alcanzó gran importancia en la época de la República (509 a.c. -27 a.c.). El *ius imaginis* era el derecho que ostentaban concretas personalidades relevantes a exponer en sus domicilios o en determinadas ceremonias públicas, fundamentalmente en los cortejos fúnebres, el retrato de sus antepasados representados en bustos de mármol, de bronce o en máscaras de cera⁶. Esta facultad parece ser la primera expresión de la idea de regular la exposición o divulgación pública de la imagen personal⁷.

A pesar de situar el germen de este derecho en una época tan temprana, realmente, la preocupación por la imagen empieza a cobrar importancia con la aparición y la extensión de la fotografía, a mediados del S. XIX. Hasta la invención y generalización del uso de esta técnica las posibilidades de representación de la imagen personal se limitaban a la pintura o a la escultura. La utilización de estos instrumentos no supuso una fuente de conflictos, probablemente porque la plasmación de la imagen a través de ellos implicaba necesariamente que el propio retratado prestara su consentimiento y posara para el artista⁸. A su vez, las oportunidades de reproducción posterior de la imagen a través de estos medios son prácticamente nulas.

Es pues la creación y el rápido desarrollo de la fotografía –como técnica que permite captar y luego reproducir múltiples copias de la imagen personal–, la que origina en el entorno europeo una preocupación por establecer una regulación de este derecho⁹. En una primera etapa los países que originariamente regulan la propia imagen, lo harán como un aspecto particular del derecho de autor, dentro de las leyes de protección intelectual y artística¹⁰. En estos inicios el interés que fundamenta la regulación es esencialmente proteger el derecho del autor sobre su obra –pintura, escultura o fotografía–, esto es, salvaguardar su poder o facultad para reproducir

5 Las pinturas rupestres aparecen hacia el año 15.000 a. C. y su máximo exponente lo representan las encontradas en Altamira y en las Cuevas de Lascaux. En una primera fase raramente se representa la figura humana, el hombre, cuando aparece, lo hace de una manera muy esquemática, especialmente si se compara con la elaboración tan detallada de las figuras relativas a los animales. De esta época inicial no existen pinturas que representen a la mujer, aunque sí se han encontrado símbolos y signos que se asocian con emblemas de fertilidad. No será hasta el Mesolítico, hacia el 8.000 a. C., cuando aparece por primera vez la figura humana como protagonista de la representación. La zona en esta ocasión se circunscribe al Mediterráneo, principalmente al Levante español. GINESTA AMARGOS, J., «Ius imaginis» en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 82, nº 4, 1983, pp. 103 y ss.

6 Parece ser que esta denominación viene de la palabra *imago* que se refería a las máscaras de cera que se tomaban de los cadáveres.

7 Se trataba de un derecho *post mortem* ya que la difusión en público de la imagen de las personas estaba totalmente prohibida.

8 Como señala GITRAMA GONZÁLEZ, M., en voz «Imagen (derecho a la propia)», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. XI, Seix, Barcelona, 1979, p. 302.

9 Para un estudio pormenorizado de los antecedentes históricos normativos y jurisprudenciales se puede consultar AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 45 y ss.

10 Se señalan como primeras normas pioneras las leyes sobre propiedad intelectual y artística de Alemania (1876), Austria (1885) y Bélgica (1886) en AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a...*, cit., p. 49.

la misma. No obstante, serán estas mismas normas las que comiencen a distinguir las obras en las que la pintura o la fotografía se refieren a una persona para exigir el consentimiento del retratado o de sus herederos en caso de reproducción o exhibición. En esta legislación ya se intuye una preocupación por ponderar los intereses del autor sobre su creación con los derechos de la persona cuyo rostro o imagen ha sido representada. En Francia, en la misma época, se dictarán los primeros pronunciamientos judiciales¹¹ que conciben este derecho sustancialmente desde un aspecto patrimonial¹², como un derecho de propiedad del retratado sobre su imagen plasmada en la fotografía.

A principios del S. XX, la jurisprudencia y doctrina europeas, influenciadas tanto por la doctrina alemana sobre los bienes de la personalidad¹³ como por la incipiente configuración del *right to privacy* en Estados Unidos, comienzan a contemplar la imagen como una realidad vinculada a los aspectos más esenciales del hombre, a su propia personalidad o patrimonio moral. El conocido estudio de WARREN Y BRANDEIS¹⁴ sobre el *right to privacy* provoca en Estados Unidos un desarrollo jurisprudencial que situará a la imagen como una manifestación del derecho a la vida privada¹⁵, reconociéndole una doble vertiente: la personalista, relativa a la facultad de gozar de una esfera de reserva y la patrimonialista, concerniente a la explotación comercial de la imagen¹⁶.

El derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad vinculado a la vida privada o personal garantiza una esfera de no injerencia de los demás, trata de preservar la divulgación

11 Un resumen de las sentencias más relevantes en AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a la...*, cit., pp. 52-57.

12 Existe algún pronunciamiento previo que de manera tímida o aislada se refiere a la naturaleza personal de este derecho y a su carácter inalienable, como por ejemplo la Sentencia del Tribunal Civil del Sena de 4 de abril de 1884 citada y estudiada por AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a...*, cit., p. 54.

13 Véase sobre estas aportaciones, RUIZ Y TOMÁS, P., «Ensayo sobre el derecho a la propia imagen», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 80, nº 158, Madrid, 1931, pp. 45 y ss.

14 WARREN S.D. Y BRANDEIS L.D., *El derecho a la intimidad*, (traducido por PENAS, B. y BASELGA, P.), Civitas, Madrid, 1995.

15 Para un análisis sobre esta influencia, puede consultarse FARIÑAS MATONI, L.M., *El derecho a la intimidad*, Trivium, Madrid, 1983, pp. 107 y ss. y AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a...*, cit., pp. 79-83. La construcción del *right to privacy* nace como respuesta a las intromisiones en la vida privada de las personas por los medios de comunicación de la época. Precisamente, los primeros pronunciamientos judiciales que acogerán este derecho a la privacidad se refieren a la protección de la propia imagen cuando es utilizada para usos publicitarios sin el previo consentimiento de los particulares afectados. Recoge estas sentencias HERRERO-TEJEDOR ALGAR F., *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, Colex, 1990, pp. 39-41. Véase también, SUÁREZ ESPINO, M.L., «¿Qué protege el derecho fundamental a la propia imagen?», *Diario La Ley*, nº 7791, 2012.

16 La protección de la imagen en el derecho estadounidense evolucionará posteriormente hacia el reconocimiento de dos derechos distintos, aunque vinculados entre sí. Por un lado, el *right to privacy* que salvaguarda la imagen como un aspecto de la intimidad o privacidad frente a una exposición o divulgación pública que pueda originar un daño moral. Y, por otro, el *right of publicity* que concede a cada persona la facultad de explotar comercialmente su imagen. El origen de esta segunda construcción se debe a las limitaciones del *right to privacy* para proteger el uso de la imagen de las personas famosas o populares para fines publicitarios. En estos casos, no se podía entender que quién busca o consiente comerciar con su imagen pueda valorar después que ha sido quebrantada su privacidad. Mientras con el *right to privacy* se persigue la reparación del daño moral, el *right of publicity* protege el resarcimiento de las ganancias perdidas por el uso publicitario no consentido de la imagen. Se trata de un derecho de carácter o naturaleza patrimonial. Véase, AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a...*, cit., p. 194 e IGARTÚA ARREGUI, F., «El derecho a la imagen en la jurisprudencia española», en AA. VV., (coord. SALVADOR CODERCH, P.), *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 322-323.

o publicación de la representación o reproducción de la figura personal. Sin embargo, la consideración de esta facultad como uno de los derechos de la personalidad, no impide que se le reconozca un contenido «potencialmente patrimonial»¹⁷. Desde los primeros estudios que conciben este derecho como uno de los atributos de la personalidad, se ha tratado de conciliar o justificar esa aparente contradicción entre la naturaleza personal o moral de la imagen y el valor económico de su aspecto material que lleva a que pueda ser objeto de tráfico con fines comerciales o publicitarios.

Este periodo de consolidación del derecho a la propia imagen culmina con la aprobación de distintas normas internacionales¹⁸, que lo situarán en un nuevo marco jurídico, el de los derechos humanos. Aunque ninguno de estos textos lo recoge de manera expresa, se entenderá comprendido en el contenido de otros derechos¹⁹, generalmente en el derecho a la vida privada²⁰. Este reconocimiento refuerza la idea de que el derecho a la propia imagen es un derecho íntimamente vinculado a la dignidad de la persona, a su patrimonio moral y que como tal delimita un espacio de libertad y autodeterminación frente a los demás. En este momento, en el entorno europeo son también pocos los textos constitucionales que se refieren a este derecho de manera explícita²¹, ello deriva de que su originaria protección se encontrara en el ámbito del derecho de autor y de la legislación sobre propiedad intelectual. En cualquier caso, al igual que sucede con la regulación supranacional, esta omisión no impide que el derecho goce de un reconocimiento y amparo constitucional generalizado²², ya sea a través de su mención expresa, ya sea como una

17 GITRAMA GONZÁLEZ, M., en voz «Imagen (derecho a la propia)», cit., p. 335.

18 La Declaración Universal de los Derechos Humanos (adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948), el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (aprobado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (adoptados por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966).

19 AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a...*, cit., p. 98 y ALEGRE MARTÍNEZ, M.A., *El derecho a la propia imagen*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 32-33.

20 Arts. 12 DUDH, 8 CEDH y 17 PIDCP.

Sobre el art. 8 del CEDH existe un importante número de sentencias relativas a la imagen como parte integrante del derecho a la vida privada. Muchos de los conflictos versan sobre la publicación por los medios de comunicación de fotografías de personas con notoriedad pública. La jurisprudencia del Tribunal ha ido avanzando hacia una mayor protección de la imagen de los personajes públicos salvo que pueda prevalecer el interés general y público de la información. Entre otras, STEDH As. Schüssel c. Austria, de 21 de febrero de 2002, STEDH As. von Hannover c. Alemania nº 1, de 24 de junio de 2004, STEDH As. von Hannover c. Alemania nº 2, de 7 de febrero de 2012, STEDH As. Axel Springer AG c. Alemania, de 7 de febrero de 2012, STEDH, As.von Hannover c. Alemania nº 3, de 19 de septiembre de 2013.

En relación a la grabación de la imagen de personas sin notoriedad pública, se ha de destacar la STEDH As. Flor Cabrera c. España, de 27 de mayo de 2014, que admite como no lesiva del derecho a la vida privada la prueba videográfica de un detective aportada en el proceso por una compañía aseguradora. Se trataba de una grabación en la vía pública de actos cotidianos que sirvió para demostrar que el demandante no padecía las secuelas alegadas.

21 Además de nuestro texto constitucional, en el ámbito europeo solo se regula este derecho de manera expresa en la Constitución Portuguesa de 1976, art. 26.1 «Se reconoce a todos el derecho a la identidad personal, al desarrollo de la personalidad, a la capacidad civil, a la ciudadanía, al buen nombre y reputación, a la imagen, a la palabra, a la reserva de la intimidad de la vida privada y familiar y a la protección legal contra cualesquiera formas de discriminación». Fuera de Europa, existen otros textos constitucionales que, posiblemente por influencia del texto portugués, regulan de forma explícita el derecho a la propia imagen (art. 5 de la Constitución Política de la República Federativa de Brasil de 1988 y art. 2 de la Constitución Política del Perú de 1993).

22 Para un estudio del reconocimiento constitucional de este derecho en las Constituciones europeas y americanas se puede consultar AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a...*, cit., pp. 126-132.

facultad integrada en otros derechos fundamentales o derivada de los valores o principios del ordenamiento jurídico²³. Es esta vertiente de la imagen como atributo inherente a la persona, como signo de identificación individual, la que ha llevado a los distintos ordenamientos a proteger de manera más o menos extensa el derecho de cada persona a preservar su imagen de la posible utilización indiscriminada por parte de los demás.

2. La regulación del derecho a la propia imagen en el ordenamiento español

2.1. Antecedentes normativos y jurisprudenciales

Antes del reconocimiento constitucional conjunto del «derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen» en el artículo 18.1 CE, la referencia normativa a estos derechos era escasa, prácticamente inexistente. A excepción del derecho al honor²⁴, cuya defensa y protección tradicionalmente se ha reservado a la vía penal²⁵, las primeras menciones al derecho a la intimidad han sido relativamente recientes²⁶ y sobre el derecho a la propia imagen no había alusión legislativa alguna.

Aún así, esta falta no suponía una ausencia de tutela. Mientras que el derecho al honor, se preservaba fundamentalmente a través de la vía penal, los derechos a la intimidad y a la propia imagen resultaban amparados por la interpretación judicial del artículo 1902 del Código Civil, relativo a la responsabilidad extracontractual. Aunque en un principio los tribunales no consideraban aplicable el régimen de la responsabilidad civil a las realidades de carácter no patrimonial, a raíz de la Sentencia de 6 de diciembre de 1912 del Tribunal Supremo²⁷ se inicia un cambio fundamental en esta doctrina. Esta Resolución por vez primera declara la obligación de reparar o indemnizar el daño moral derivado de la vulneración del derecho al honor²⁸. Se ha valorado que con ella se «hace época en el derecho español y es la base de toda la doctrina posterior y de la admisión del daño moral en las leyes»²⁹.

23 PASCUAL MEDRANO, A., *El derecho fundamental a la propia imagen: fundamento, contenido, titularidad y límites*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 21.

24 El derecho al honor fue incluido en el art. 4 del Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945 «Los españoles tienen derecho al respeto de su honor personal y familiar. Quien lo ultraje, cualquiera que fuese su condición, incurrirá en responsabilidad».

25 La regulación de los delitos contra el honor aparece en nuestros códigos punitivos desde antiguo, fundamentalmente a través del delito de injurias o calumnias. Para estudio sobre la evolución histórica de la protección civil y penal de este derecho véase, BALAGUER CALLEJÓN M.L., *El derecho fundamental al honor*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 107-130.

26 La primera de ellas se recoge en el art. 2 de la Ley de Prensa de 1966 (Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta). Se alude a la intimidad y al honor como límites a la libertad de expresión. Aunque esta norma sigue vigente, el precepto al que aludimos fue derogado por el art. 2.1 del Real Decreto-Ley 24/1977, de 1 de abril, sobre libertad de expresión.

27 *Colección Legislativa, Jurisprudencia Civil*, nº 95.

28 Sobre la trascendencia de esta sentencia, véase, O'CALLAGHAM MUÑOZ, X., *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad y propia imagen*, Edersa, Madrid, 1991, pp. 39 y ss.

29 CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L., *Honor, intimidad e imagen. Un estudio jurisprudencial de la L.O.1/1982*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 18.

El reconocimiento jurisprudencial del derecho a la intimidad y a la propia imagen no se produce hasta años más tarde, y, por su relevancia, se ha de citar tanto la Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 9 de junio de 1967³⁰, relativa al derecho a la propia imagen³¹, como la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1974, sobre la protección de la intimidad personal, en un supuesto de descubrimiento y revelación de secretos³².

La primera de ellas define el derecho a la propia imagen como «el derecho a reproducir o representar la figura corpórea de determinada persona, en forma reconocible con entera independencia del objeto material en que se contiene» y lo integra dentro de los derechos de la personalidad «ya estimados como cualidades de la persona, derechos innatos o derechos esenciales o fundamentales, porque constituyen el núcleo alrededor del cual giran los demás». A tal efecto, se argumenta que la exteriorización de la imagen propia constituye «una misteriosa impronta de la personalidad». Se ha de apreciar como una decisión pionera y adelantada a su tiempo ya que avala la singularidad de este derecho, diferenciándolo claramente del derecho honor y del derecho a la intimidad³³. Además, introduce varias cuestiones claves como la necesidad de comprobar si en la publicación eran o no reconocibles los rasgos del afectado y si había existido un consentimiento previo. También se cuestiona si el carácter público del acto en el que se toma la fotografía puede suponer una restricción a este derecho.

2.2. El reconocimiento constitucional del derecho a la propia imagen como derecho fundamental

La Constitución española de 1978 alude en dos preceptos al derecho a la propia imagen. Por un lado, en el apartado primero del art. 18 se produce su reconocimiento cuando se refiere a que «se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen» y, por otro, en el apartado 4 del art. 20 donde se reiteran estos derechos como límites a la libertad de expresión e información: «estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

30 Sentencia comentada por MUR LINARES, R., «Personaje simbólico y titularidad del derecho a la imagen: sentencia de la A.T. de Zaragoza de 9 junio 1967», *Anuario de Derecho Civil*, 1968. Accesible en: <www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=C_1968_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL>.

31 El conflicto concreto se origina por la utilización por parte del Banco Hispano Americano de una fotografía del pregonero de las fiestas de Zaragoza para editar una guía turística de la ciudad. Esta fotografía había sido obtenida y editada por el Ayuntamiento en el programa de fiestas del año anterior y este autorizó su uso a la entidad bancaria sin el consentimiento del retratado. Un resumen y estudio de esta sentencia puede consultarse entre otras obras, en HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., *Honor, intimidad...*, cit., pp. 102-104 y PASCUAL MEDRANO, A., *El derecho fundamental...*, cit., pp. 22-23.

32 Sentencia comentada por AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a...*, cit., p. 153.

33 «(...) nadie sin estar debidamente autorizado puede propagar mediante ilustraciones, la efigie de una persona, aunque se muestre en público y el público la conozca; y por este razonamiento no meramente especulativo lleva a la conclusión de que no son los bienes jurídicos del honor ni del secreto personal el contenido propio del derecho a la propia imagen; porque la reproducción arbitraria de una figura humana puede no lesionar el honor de la persona reproducida, ni quebrantar el secreto de una vida privada que cuando se trata, como sucede en autos, de exhibición popular *ad incertas* personas desaparece aquel secreto o derecho a la reserva (...).».

La parquedad del enunciado del art. 18.1 y la mención conjunta de varios derechos en el mismo precepto ha llevado a una amplia elaboración jurisprudencial y doctrinal sobre su conceptualización y sus manifestaciones. Es unánime la tesis que entiende que el tenor literal del artículo plantea un primer interrogante sobre si estamos ante un único derecho con distintas manifestaciones o nos encontramos ante derechos propios o autónomos. Aunque abordaremos esta cuestión en otro apartado, al tratar de delimitar el contenido del derecho a la propia imagen, se puede adelantar que, a pesar de las diversas opiniones doctrinales³⁴ y tendencias jurisprudenciales, pocos cuestionan hoy la independencia o especificidad de cada uno de estos derechos.

Se ha de destacar la gran trascendencia que supuso para el derecho a la propia imagen su reconocimiento constitucional como derecho fundamental³⁵. Hasta ese momento, se integraba por la doctrina y jurisprudencia civil en la categoría de los derechos de la personalidad, es decir, de los que, derivados directamente de la dignidad inherente al ser humano, deben ser respetados como auténticos derechos subjetivos frente a todos. Se trata de facultades que protegen bienes jurídicos estrechamente ligados a la individualidad de cada persona, que tutelan los atributos esenciales de la naturaleza humana y, por ello, son condición esencial para su existencia, actuación y desarrollo. Esta naturaleza les dota de unas características propias que han sido tradicionalmente admitidas y estudiadas por la doctrina civil³⁶. Si bien alguno de estos rasgos típicos de los derechos de la personalidad, como su carácter extrapatrimonial, ha tenido que ser matizado respecto al derecho a la propia imagen, puesto que se acepta que la imagen tiene una potencialidad patrimonial y puede ser, por tanto, objeto de negocios de disposición de contenido económico.

Será esta afirmación de su naturaleza fundamental en la Constitución la que ha añadido a estos derechos, junto a los atributos particulares de los derechos de la personalidad, otras características y efectos de enorme trascendencia. En primer término, el carácter fundamental de un derecho supone admitir que goza de una doble dimensión³⁷. Se trata de un derecho subjetivo del individuo que garantiza un *status* jurídico de libertad en el ámbito de la existencia y, al mismo tiempo, se configura como un elemento esencial del ordenamiento, en el sentido de que representa valores que son asumidos como cardinales en el sistema jurídico de la comunidad. Ello es así porque son estos bienes los que hacen posible la configuración de una vida social más justa y pacífica.

34 Es una materia antigua objeto de polémica tanto en nuestro país como en otros ordenamientos, véase, sobre la cuestión, PASCUAL MEDRANO A., *El derecho fundamental...*, cit., pp. 38 y 41.

35 Véase GÓMEZ CORONA, E., *La propia imagen como categoría constitucional*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 21 y ss.

36 Se sigue a BELTRÁN DE HEREDIA, P., en *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 1976, pp. 89 y ss. Destacamos como rasgos principales:

- Son esenciales, ya que sin ellos quedaría privada el valor real de la personalidad, de ahí su carácter innato u originario.
- Son inherentes a la persona, en el sentido de que son inseparables de la misma, es decir, el ordenamiento no los concede sino que se limita a reconocerlos o incluso a limitarlos. De esta nota se deriva a su vez su carácter individual o privado porque tratan de asegurar a cada individuo el goce de su propio ser privativo y personal, no la actuación externa o pública y su naturaleza de ser absolutos en cuanto son oponibles frente a todos.
- Son derechos extrapatrimoniales puesto que recaen sobre bienes ideales, fuera del comercio humano, lo cual les dota de unas características específicas, a saber, son indisponibles, irrenunciables, inembargables e imprescriptibles.

37 En este sentido, STC 25/1981. Véase AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a...*, cit., pp. 135-136 y PASCUAL MEDRANO, A., *El derecho fundamental a la...*, cit., p. 26.

La Constitución garantiza con el máximo rango los derechos más inherentes a la individualidad de la persona porque se entiende que la tutela de un ámbito privado a cada individuo, inaccesible a los demás, es un bien jurídico cuya protección no solo interesa al particular, sino al propio Estado. No se trata de dotar a estos derechos únicamente de una protección intersubjetiva, que solo concierne a las partes directamente interesadas, sino también de reafirmar que el respeto de estos derechos es una garantía de orden objetivo que afecta al conjunto de la sociedad. En consecuencia, los derechos fundamentales se conciben como pilares del propio Estado y de acuerdo al art. 10.1 de la CE son «el fundamento del orden político»³⁸. De esta manera, determinados bienes entre los que se incluye el honor, la intimidad o la imagen, que hasta su regulación constitucional existían como derechos de la personalidad, de naturaleza esencialmente privada, pasan a tener de forma simultánea el carácter de derechos fundamentales, con la vertiente pública y prevalente que ello supone³⁹.

Además, la naturaleza fundamental de un derecho, como es bien sabido, le dota de una especial protección tanto respecto a su regulación, mediante la reserva de la ley orgánica que debe respetar el contenido esencial, como en relación a su tutela, a través de dos vías, el establecimiento de procedimientos especiales para su defensa ante la jurisdicción ordinaria y el acceso en amparo ante el Tribunal Constitucional⁴⁰. Pero se insiste, más trascendencia que este plus de garantías tiene el hecho de configurarlo como un derecho público subjetivo que vincula de una manera especial a los poderes públicos. El Estado no solo debe actuar de manera pasiva o negativa, respetando estos bienes, sino que debe realizar acciones positivas para su promoción, conforme al art. 9.2 CE, que ordena a los poderes públicos «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (...)».

El derecho a la propia imagen debe ser, por tanto, estudiado desde esta doble perspectiva de derecho de la personalidad y derecho fundamental, ya que al estar estrechamente vinculado a la individualidad y a la dignidad de la persona se le reconoce un contenido mínimo inmune a la acción legislativa y se le dota de especiales medios de protección. No obstante, se adelanta que existe actualmente cierta controversia sobre la siguiente cuestión: si todas las facultades comprendidas en él se integran en el contenido del derecho fundamental o si algunas de ellas, las relacionadas con el derecho a su explotación comercial, quedarían al margen de esta naturaleza especial y deberían quedar garantizadas o tuteladas a través de otras vías. De nuevo, como veremos, incide en esta cuestión la doble vertiente patrimonial y personal de la que goza este derecho.

3. La regulación civil del derecho a la propia imagen

La ausencia de una regulación laboral específica sobre el derecho a la propia imagen conduce a realizar un análisis sobre su desarrollo por la normativa común teniendo en cuenta que esta es la norma principal que delimita su contenido y a la que han acudido los tribunales laborales cuando existe un conflicto entre las partes en relación a la posible vulneración de este derecho. No obstante, el alcance de los derechos fundamentales no específicamente laborales en la relación por cuenta

38 CARRILLO LÓPEZ, M., *El derecho a no ser molestado. Información y vida privada*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 26-27.

39 HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., *Honor, intimidad y propia...*, cit., p. 62.

40 Arts. 53,1 y 2 y 81.1 CE.

ajena presenta unos perfiles propios, «una versión laboral», porque, a pesar del reconocimiento de su eficacia, se admite cierta «modulación», término empleado para referirse al ajuste y a la articulación de estos derechos con las exigencias contractuales y productivas.

3.1. La LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Cuestiones generales

Sólo cuatro años después⁴¹ de la aprobación de la Constitución verá la luz la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que será el primer texto normativo en nuestro ordenamiento que de manera unitaria protege estos derechos. Tal y como se establece en la Exposición de Motivos de la Ley, la finalidad de la misma es «desarrollar el principio general de garantía de tales derechos contenidos en el citado artículo 18.1 de la CE».

Se ha de subrayar en relación con el sistema de salvaguarda de estos derechos que esta Ley supuso el reconocimiento unitario de su tutela civil, puesto que establece el amparo de los individuos frente a cualquier injerencia ilegítima, sea o no constitutiva de un delito, incorporando así una protección más global y flexible que la proporcionada hasta esa época por las normas penales⁴². A pesar de que esta disposición se sitúa en el ámbito de la protección del Derecho Civil, en el régimen de la responsabilidad civil, se puede decir que con ella se respeta el carácter fundamental de estos derechos al establecer un amplio abanico de medidas protectoras⁴³ y reinterpretar los principios tradicionales⁴⁴.

En lo que respecta al contenido de los derechos, la norma opta por realizar un tratamiento conjunto, incluso en su propia denominación, pues se refiere a ellos en singular como «el derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen» (art. 1.1). Esta calificación siguió en su momento alimentando la tradicional polémica doctrinal y jurisprudencial sobre la existencia de un único derecho con distintas manifestaciones o de tres derechos autónomos o específicos, aunque próximos entre sí, dada su misma naturaleza como derechos inherentes a la dignidad humana.

Además, no se contempla un concepto o una definición de los derechos, sino que se configura su dimensión y sus contornos de manera indirecta a través de dos vías:

41 Al año escaso de la entrada en vigor de la CE el Gobierno envió a las Cortes el Proyecto de esta Ley, publicado en el BOE 19 de diciembre de 1979.

42 PASCUAL MEDRANO, A., *El derecho fundamental a la...*, cit., p. 30.

43 Se ha de destacar que el art. 9.2 de la ley ya introducía tanto medidas cautelares como reparadoras o preventivas. Fue reformado posteriormente por la disposición final 2.3 de la Ley Orgánica 5/2010, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, a fin de concretar las mismas.

44 De esta manera, frente a la norma civil tradicional que exigía la prueba del daño, el art. 9.3, ya en su versión original, presumía la existencia del perjuicio siempre que se probara la intromisión ilegítima, en consonancia con el actual art. 183 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS) que reconoce el derecho a la indemnización cuando se alega la vulneración del derecho fundamental.

- Por una parte, se flexibiliza su contenido⁴⁵ al admitir en el art. 2⁴⁶ que el ámbito de protección de estos derechos quedará delimitado tanto por las leyes y los usos sociales, como por la conducta o los propios actos de cada individuo⁴⁷. De esta manera, se deja un extenso campo a la interpretación doctrinal y judicial, hecho que también ha sido objeto de un importante debate con diferentes posiciones⁴⁸.
- De otra, se establece el ámbito de protección de manera negativa enumerando las conductas que se consideran intromisiones ilegítimas con sus límites o sus excepciones (arts. 7 y 8). Así, el eje de esta regulación parece ser el concepto de «intromisión ilegítima» y los casos que se tipifican como tal. La legislación en este caso tampoco aporta demasiada claridad. En la descripción de los supuestos hay importantes niveles de indeterminación y además no precisa en cada circunstancia a qué derecho o derechos se refiere. Han tenido que ser de nuevo la doctrina y la jurisprudencia las que han ido perfilando para cada intromisión ilegítima cuál o cuáles podrían ser los bienes lesionados.

En relación al derecho que estudiamos, se estima que en el art. 7 dos son los apartados clave que de manera específica se refieren a las intromisiones ilegítimas a la imagen. El apartado 5º «La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos» y el apartado 6º «La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga».

Tras la descripción en positivo de las intromisiones ilegítimas, el precepto siguiente, el artículo 8, establece de manera negativa las excepciones, esto es, las conductas que aún encajando en la definición de las descritas como ilegítimas, no podrían ser consideradas como tales. Así, se declara que «no se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante». Además de estas limitaciones que con carácter general

45 Este relativismo ha sido criticado por parte de la doctrina que entiende que aporta una gran inseguridad jurídica, incluso peligrosa, en esta línea, véase entre otros, AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a...*, cit., p. 59 y ALEGRE MARTÍNEZ, M.A., *El derecho a la propia...*, cit., p. 82. Para otros autores esta opción es coherente con la propia naturaleza de estos derechos y se juzga de forma positiva porque permite a los tribunales subsumir en la norma supuestos muy diversos sin tener que otorgarles un tratamiento idéntico, en HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., *Honor, intimidad y propia...*, cit., pp. 182-184.

46 «La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia».

47 Como veremos, esta regulación ha dado lugar a pronunciamientos judiciales objeto de crítica que han recortado estos derechos a quien previamente había mantenido una conducta permisiva, tal y como muestra la afirmación del Tribunal Supremo «(...) en consecuencia, quien malbarate estos derechos o no sea celoso custodio de los mismos, no será acreedor a la protección jurídica; pero esta ha de predicarse de toda persona en tanto en cuanto no se demuestre lo contrario (...)» STS (Sala de lo Civil), de 18 de abril de 1989 (Roj. 2547/1989), (FJ 4º), que será repetida en muchas otras resoluciones. Entre las últimas, STS (Sala de lo Civil), de 16 de enero de 2015, (Rec. núm. 332/2013), (FJ 3º). Parece haber una confusión entre la delimitación del contenido del derecho en virtud de la conducta del titular con las limitaciones que establece la norma relacionadas con la notoriedad o proyección pública de determinadas personas.

48 En PASCUAL MEDRANO, A., *El derecho fundamental a la...cit.*, pp. 34-36, CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ J.L., *Honor, intimidad e imagen: un análisis...*, cit., pp. 108-111 y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P., *Honor, intimidad y propia imagen*, Juruá, Lisboa, 2017, p. 43.

se refieren a cualquiera de los tres derechos, el precepto establece otras excepciones específicas únicamente aplicables al derecho a la imagen⁴⁹, a las que nos referiremos en otro apartado.

3.2. El bien jurídico protegido. El derecho a la propia imagen como derecho autónomo y su relación con el derecho al honor y con el derecho a la intimidad

El contenido del derecho a la imagen muchas veces ha quedado desdibujado o diluido en los derechos que le son más próximos, en el derecho a la intimidad y originariamente en el derecho al honor⁵⁰. El reconocimiento de su especificidad o autonomía, principalmente respecto a la intimidad, ha sido relativamente reciente y aún en día existe cierta confusión jurisprudencial.

En un principio, tras la aprobación de la Constitución, gran parte de la doctrina del ámbito civil⁵¹ y constitucional⁵² que se ocupó del estudio de estos derechos defendía la existencia de un único derecho que comprendía los distintos medios o instrumentos de tutela de la vida privada. En última instancia, se valoraba que el derecho protegido en este precepto, es la intimidad o vida privada de la persona, como derivación de la dignidad proclamada en el art. 10 de la CE. En ese momento, esta tesis era la que mejor casaba con la doctrina y jurisprudencia extranjera dominante⁵³. Igualmente se apoyaba con acierto, tanto en el propio tenor literal del artículo 18 de la CE –que al emplear el singular, parece reconocer un único derecho–, como en el posterior tratamiento unitario o conjunto que realizó la norma de desarrollo. Además, la jurisprudencia de esa época tampoco ayudó demasiado a zanjar esta polémica ya que se caracterizó por ser vacilante y falta de claridad.

49 Son las siguientes:

- La captación, reproducción o publicación de la imagen de personas que ejerzan cargos públicos o profesiones de notoriedad o proyección pública cuando se refiera a actos públicos o a lugares abiertos al público.
- La utilización de la caricatura de dichas personas siempre que sea acorde al uso social.
- La utilización de la imagen de una persona determinada cuando sea accesoria a una información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público.

Respecto a las dos primeras, la norma prescribe su inaplicación a «las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza».

- 50 En relación a ello y refiriéndose a la evolución de estos derechos, BALAGUER CALLEJÓN M.L. considera que «la imagen, en cuanto representa la iconografía del ser humano, es colindante con el derecho al honor y se mezcla en cierto sentido con este, puesto que una lesión del derecho a la imagen representa una lesión de una parte del honor. Pero la verdad es que la jurisprudencia viene confundiendo el derecho al honor con el derecho a la imagen, englobando genéricamente en el honor todos los demás derechos comprendidos en la LO 1/1982, y dando una mayor importancia al derecho al honor que al derecho a la imagen y a la intimidad, a los que en un cierto sentido considera como derechos secundarios respecto al honor o como claras derivaciones de este» en BALAGUER CALLEJÓN M.L., *El derecho fundamental al...*, cit., pp. 24-25.
- 51 Para un estudio de las diferentes posturas de la doctrina civil, véase, HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., *Honor, intimidad...*, cit., pp. 90 y ss.
- 52 En esa época, ALZAGA VILLAMIL, O., *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Ed. del Foro, Madrid, 1978, pp. 207 y ss. PÉREZ LUÑO, A., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 231 y ss.
- 53 Tanto en el derecho americano como en la mayoría de los ordenamientos europeos no existe un reconocimiento autónomo del derecho a la propia imagen y suele ser considerado como una de las manifestaciones del respeto a la privacidad o vida privada, el *right to privacy* estadounidense, o el *diritto alla riservatezza* en Italia. Sobre el nacimiento y construcción de estos derechos, véase, AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a...*, cit., pp. 86-94.

En la práctica, la mayoría de los autores que suscribían la existencia de un único derecho, reconocían que este tenía manifestaciones distintas y que era posible una lesión que solo afectara a la intimidad, a la imagen o al honor, sin que por ello debieran resultar vulnerados los otros aspectos. En definitiva, ambas posiciones no guardan importantes diferencias respecto al contenido al admitir que, o bien a través de cada uno de estos derechos, o bien, por medio de cada una de las tres manifestaciones del mismo derecho, se protegían bienes jurídicos distintos, aunque muy próximos entre sí.

En cualquier caso, en la actualidad, tanto la doctrina⁵⁴ como la jurisprudencia común y constitucional parecen aceptar mayoritariamente la independencia de estos tres derechos. Se utiliza el término «parece» porque se siguen observando resoluciones judiciales en las que no hay una clara apreciación del bien jurídico amparado por cada derecho. Posiblemente, en ocasiones ello deriva de la propia confusión de los afectados.

Sirva como muestra la STS de 12 de noviembre de 2015⁵⁵. Ante la reclamación del trabajador contra su anterior empleador por haber sido incluido en «una lista negra» de trabajadores conflictivos, se apelará a la posible vulneración del derecho a la propia imagen. El Tribunal valora que verdaderamente este derecho no ha resultado afectado dado que no puede confundirse la «imagen» en cuanto a reputación y buena consideración que los demás tengan de uno mismo, protegida por el derecho al honor, con los aspectos de la personalidad que son tutelados por el derecho fundamental a la propia imagen, conforme a los apartados 5 y 6 del art. 7 LO 1/1982.

Se tratará siquiera brevemente de distinguir y clarificar el contenido de estos derechos a fin de delimitar la tutela específica que brinda el derecho a la propia imagen⁵⁶.

A. El derecho a la propia imagen y el derecho al honor

Cuando comienza a darse importancia a la necesidad de proteger a la persona de la captación, reproducción y difusión que pueden realizar los demás de su imagen, una de las posturas doctrinales, tal vez influenciada por la importancia histórica de que ha gozado el derecho al honor, consideraba que el derecho a la imagen no existía sino como una faceta de aquel. Se entendía que la imagen no resultaba protegida en sí misma como una pertenencia o una emanación de la persona, y, que por ello, solo podía impedirse que otro la reprodujese cuando su publicidad o difusión causara una ofensa a la personalidad⁵⁷.

54 Mantienen esta pluralidad de derechos y defienden la especificidad del derecho a la propia imagen, entre otros, BALAGUER CALLEJÓN M.L., *El derecho...*, cit., p. 26, PASCUAL MEDRANO, A., *El derecho...*, cit., p. 53, HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., *Honor, intimidad...*, cit., p. 100, ALEGRE MARTÍNEZ, M.A., *El derecho a la propia...*, cit., p. 82, AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a...*, cit., p. 191, DE VERDAD Y BEAMONTE, J.R., «El derecho a la propia imagen en la LO 1/1982, de 5 de mayo», AA. VV., (coord. DE VERDAD Y BEAMONTE, J.R.), *El derecho a la propia imagen desde todos los puntos de vista, Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 9, 2011, pp. 41 y ss., GÓMEZ CORONA, E., *La propia imagen como categoría constitucional*, cit., pp. 23 y ss. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P., *Honor, intimidad y propia imagen*, cit., pp. 43 y ss.

55 (Sala de lo Social) (Rec. núm. 899/2014).

56 Ámbito que claramente desborda el del derecho al honor y que solo aceptando un concepto muy amplio o abierto de la intimidad, podría considerarse integrado en este último PASCUAL MEDRANO, A., *El derecho...*, cit., p. 37.

57 CASTÁN TOBEÑAS, J., «Los derechos de la personalidad», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo XXIV, nº 192, 1952, Reus, Madrid, p. 57.

En la diferenciación de la imagen y el honor la propia terminología es confusa. Acaso por la influencia que tiene en la actualidad la comunicación, la publicidad y el marketing, cuando se utiliza el término imagen respecto a una persona, a una entidad o a una empresa, generalmente se asocia con su consideración social, con la imagen pública o la proyección externa, esto es, con la percepción subjetiva que tienen los demás. De esta manera, se habla de una buena o mala imagen según coincida o no con lo considerado positivo o negativo por el sistema valorativo social mayoritario⁵⁸. Para la existencia de esta imagen negativa o positiva es preciso que el sujeto de la misma, ya sea una persona o una entidad, tenga una relación o haya establecido una comunicación con los demás donde proyecta o muestra los rasgos que le caracterizan. Estos atributos incluirían no solo los meramente materiales o físicos (apariencia física, logotipo...) que identifican al sujeto o a la entidad sino también otros de naturaleza inmaterial, es decir, las cualidades que se derivan de la manera de ser o de actuar. La imagen así entendida coincide con una de las acepciones que recoge el Diccionario de la Real Academia Española. Se trata del significado vinculado al término «imagen pública» que se define como el «conjunto de rasgos que caracterizan ante la sociedad a una persona o entidad»⁵⁹.

Los tribunales⁶⁰ emplean esta misma expresión, la «imagen pública», para definir el contenido del derecho al honor, como percepción que tienen los demás sobre la persona. Sin embargo, la fama o la reputación nada tiene que ver con contenido del derecho a la propia imagen, sino que es una de las manifestaciones del derecho al honor. Definir de manera estricta el bien jurídico honor siempre ha supuesto una difícil tarea porque se trata de un concepto que se ve muy influido por la propia evolución social⁶¹ y por las ideas vigentes en cada momento histórico⁶².

En este sentido el TC afirma que el honor, como objeto del derecho consagrado en el art. 18.1 CE, «es un concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, de ahí que los órganos judiciales dispongan de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso qué deba tenerse por lesivo del derecho fundamental que lo protege»⁶³.

58 BALAGUER CALLEJÓN, M., *El derecho fundamental...*, cit., p. 30.

59 DRAE <<http://dle.rae.es/?id=KzwDY4y>>.

60 Como ejemplo, la STC 180/1999, refiere: «El derecho al honor personal prohíbe que nadie se refiera a una persona de forma insultante o injuriosa, o atentando injustificadamente contra su reputación haciéndola desmerecer ante la opinión ajena. Así, pues, lo perseguido por el art. 18.1 CE es la indemnidad de la imagen que de una persona puedan tener los demás, y quizá no tanto la que aquella desearía tener. Por esta razón, y según el caso, el art. 18.1 CE puede extender su protección al prestigio profesional, en tanto una descalificación de la probidad profesional de una persona puede dañar gravemente su imagen pública» (FJ 5º).

61 HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., *Honor...*, cit., p. 76.

En este sentido también, STC 180/1999.

62 Históricamente el honor era considerado como una parte más del patrimonio de cada persona. Conforme a los criterios o ideas liberales de la clase burguesa, no existía un concepto objetivo de honor referido a todos los individuos, sino «diferentes tipos de honor que representaban las distintas clases de prestigio personal o social», BALAGUER CALLEJÓN M.L., *El derecho fundamental...*, cit., p. 190. Siendo así, incluso se negaba a determinados grupos o colectivos, como a las prostitutas, la tutela del honor, bajo la premisa que no cabe defensa de lo ya perdido por la propia conducta social LÓPEZ DÍAZ, E., *El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 43. En la actualidad, el reconocimiento del derecho al honor en la Constitución como un derecho derivado de la dignidad de la persona y el principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la CE exigen un concepto objetivo e igualitario que ofrezca la misma tutela a todas las personas. BALAGUER CALLEJÓN M.L., *El derecho fundamental...*, cit., p. 190.

63 STC 180/1999 (FJ 4º).

En la actualidad⁶⁴, la noción que predomina en la doctrina admite un doble significado y contenido, una vertiente subjetiva y otra objetiva. En la primera se ubica la representación o conciencia que tiene cada individuo de sí mismo, de su cualidad moral o de su propia dignidad. Mientras que la versión objetiva atañe a la consideración social o al juicio de valor de los demás sobre nuestras cualidades como persona⁶⁵. Comprende por tanto el sentimiento, la conciencia de la propia dignidad de cada uno y la estima, la consideración, la buena fama o la reputación ante los demás. Se puede decir, que el honor como derecho derivado de la dignidad humana es la facultad que tiene toda persona a ser respetado ante sí mismo y ante los demás⁶⁶.

El contenido del derecho a la propia imagen no ampara la consideración propia o ajena de la persona, su retrato social⁶⁷ o su imagen pública. Este derecho únicamente se proyecta en principio sobre la representación gráfica y reconocible del individuo; lo que se tutela es la mera captación o difusión de la imagen personal sin el consentimiento del afectado, independientemente de que tal acto lesione o no su propia estimación, su fama o su reputación. Se busca salvaguardar el interés de la persona en que no se obtenga y se difunda de manera incondicionada su aspecto físico, esa apariencia que le identifica e individualiza de manera concreta respecto de los demás. Es el derecho a decidir sobre el cuerpo en su aspecto más externo, sobre la plasmación y divulgación de la figura humana⁶⁸. Protege de la representación o reproducción de los rasgos físicos de cada individuo, de la toma y difusión de fotografías, vídeos o de cualquier otro sistema que fije la apariencia física que identifica a cada persona⁶⁹. En definitiva, ampara la imagen física en sí, no otro tipo de cualidades espirituales o inmateriales de carácter personal que pueden estimar los demás o que pueden ser objeto de juicios o consideraciones por los terceros⁷⁰.

El principal problema para diferenciar estos derechos, además de la confusa terminología⁷¹, se deriva de la frecuencia con la que se originan lesiones conjuntas o simultáneas del derecho al honor y del derecho a la propia imagen. La utilización o difusión de la imagen de una persona puede ser el instrumento o mecanismo escogido para lesionar el derecho al honor. Se trata de situaciones en las que un tercero se sirve de la figura personal de otro (fotografía, vídeo) para su menosprecio, ya sea por el contenido de la imagen en sí o por otras circunstancias. Son ejemplos claros de esta hipótesis la publicación o difusión no consentida de fotografías o vídeos trucados

64 Sobre las diferentes concepciones subjetivas, objetivas o normativas del honor, véase, ESTRADA ALONSO, E., *El derecho al honor en la L.O.1/1982, de 5 de mayo*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 25 y ss.

65 HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., *Honor...*, cit., p. 77.

66 ESTRADA ALONSO, E., *El derecho al honor...*, cit., p. 46.

67 «(...) o la imagen social de una persona, su retrato social, equivale a su reputación, a su fama y ella viene protegida por el derecho al honor (...)», STS (Sala de lo Civil), de 17 de noviembre de 1992 (Rec. núm. 2144/1990) (FJ 2º).

68 BALAGUER CALLEJÓN M.L., *El derecho fundamental...*, cit., p. 41.

69 Se refiere a «la defensa frente a los usos no consentidos de la representación de la información gráfica generada por los rasgos físicos que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde» [SSTC 23/2010, (FJ 4º), 176/2013, (FJ 6º) y 19/2014, (FJ 5º)].

70 Sobre la confusión por el demandante entre los derechos al honor y a la propia imagen y la aplicación en la vía social de la jurisprudencia constitucional y doctrina civil que los identifica, véase, STSJ de Asturias, de 19 de septiembre de 2014 (Rec. núm. 1682/2014) (FF. JJ. 4º y 5º).

71 Refiriéndose a la distinción entre imagen pública o social y la imagen física, reproducimos por su expresividad, «(...) la publicación de la noticia en nada afecta a la imagen del recurrente si por imagen, como entiende la ley, y no la jerga al uso, se tiene la efigie de la persona cuya publicación sin permiso está vedada (...)», STS (Sala de lo Civil), de 26 de marzo de 1993, (Roj. 19212/1993), (FJ 2º).

donde se denigra o ridiculiza a la persona, bien porque se modifica su propia apariencia física o bien porque se altera el contexto o la ubicación. Igualmente cabe la vulneración de ambos derechos cuando se difunde la imagen real de una persona sin su consentimiento y se acompaña de informaciones que nada tienen que ver con ella y cuyo contenido puede ser injurioso o una clara afrenta a su buen nombre o reputación⁷². O incluso la publicidad de determinadas imágenes personales no consentidas relativas a una información real pueden por su contexto y ubicación valorarse como un ataque al derecho al honor cuando provocan el descrédito o desmerecimiento ante los demás⁷³. Tal y como se aprecia, el derecho al honor y a la imagen son derechos que podrían solaparse, aparecer entremezclados⁷⁴ o lesionarse de manera conjunta, pero ello no obsta el supuesto contrario y esto es debido precisamente a que cada derecho tiene su propia especificidad.

B. El derecho a la propia imagen y el derecho a la intimidad

La frontera entre el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen es bastante más difusa. De hecho, tradicionalmente, el derecho a la imagen se ha concebido como una concreción o una de las manifestaciones de un derecho más amplio, el derecho a la intimidad o el respeto a la vida privada.

Es una constante aludir a la ardua dificultad que supone tratar de construir un concepto de lo que se entiende por intimidad, o, incluso, escoger una de las muchas definiciones que se han ido aportando, porque, a pesar de la referida complicación, los intentos doctrinales para delimitar su significado han sido innumerables⁷⁵.

Existe unanimidad en que no cabe establecer una definición concreta y estática de lo que se entiende por intimidad. Al igual que el honor, el concepto en sí mismo es relativo o cambiante en función de la propia evolución de la sociedad y se ve condicionado por el contexto histórico y social en el que se examine. Además, lo que se considera como íntimo o privado no solo está afectado por la variable temporal, por la época o momento al que se refiera, también se trata de una realidad muy imbuida por otros factores sociológicos, culturales o morales que divergen de unos lugares a otros⁷⁶. Incluso, lo percibido como privado tiene un importante contenido emocional compuesto por los sentimientos, las ideas o el modo de ser personal⁷⁷.

72 Como ejemplo, el supuesto contemplado en el ATC 5/1992, en el que un medio de publicación utiliza la foto de un padre y su hijo menor en la vía pública para ilustrar un reportaje sobre prostitución masculina. El pie de la foto decía: «el joven, que no tiene reparos en hacer la esquina, ofrece sus servicios previo pago de equis talegos». La realidad era que ambos habían acudido a esa calle a comprar unas entradas para los toros.

73 Se apreció lesión al honor y a la propia imagen en la STC 14/2003, relativa a la difusión por la policía a los medios de comunicación de una fotografía tomada al demandante en las dependencias policiales en su condición de detenido.

74 BALAGUER CALLEJÓN M.L., *El derecho...*, cit., p. 26.

75 Para un estudio concreto de las distintas definiciones CABEZUELO ARENAS, A., *El derecho a la intimidad*, Tirant lo Blanch, Valencia 1998, pp. 15-40, HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., *Honor...*, cit., pp. 81 y ss., LÓPEZ DÍAZ, E., *El derecho al honor y la intimidad...*, cit., pp. 186 y ss. FARIÑAS MATONI, L.M., *El derecho a la intimidad...*, cit., pp. 345-352.

76 El art. 2.1 de la LO 1/1982 ya indica que además de la ley, los usos sociales y la propia conducta de la persona configuran el ámbito de protección del derecho.

77 LÓPEZ DÍAZ, E., *El derecho al honor y la intimidad...*, cit., p. 187.

A pesar de este relativismo, no se puede negar que existe un núcleo fundamental de lo íntimo, un conjunto mínimo de materias o ámbitos que, sea cual fuese la concepción que se defendiera, resultarían en él comprendidos. La intimidad que se deriva de la dignidad personal y de la libertad personal, se rige por la idea de reserva, de exclusión de los demás, de no injerencia externa de los terceros. Tal vez, la definición más expresiva y célebre sea la ya histórica del «derecho a estar solo»⁷⁸, el derecho a no ser molestado⁷⁹ o perturbado por los demás. Se trataría de reconocer un eje o ámbito en el cual cada persona tiene el poder de decisión sobre las invasiones o injerencias de los demás.

Tradicionalmente, en relación a la imagen, los precursores americanos⁸⁰ en la construcción del *right to privacy* incluían la utilización de esta como una de las manifestaciones propias del derecho a la privacidad. Esta orientación también se siguió por gran parte de la doctrina europea⁸¹ y la nacional⁸² que, al describir o delimitar los aspectos o contenidos que integran el derecho a la intimidad, incluyen la facultad de reserva a la captación y al uso por terceros de la imagen personal, salvo consentimiento de su titular. Recuérdese que en otros ordenamientos no existe un reconocimiento explícito al derecho a la propia imagen, por lo que se configura como una manifestación del derecho a la intimidad o a la vida privada. Es el caso también del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la interpretación que realiza el TEDH sobre el artículo 8 relativo al respeto a la vida privada y familiar⁸³.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento la doctrina paulatinamente ha ido reconociendo la especificidad este derecho. En esta distinción se pone el acento en que tanto el derecho al honor como el derecho a la imagen implican formas positivas de la personalidad –el honor, en relación a la buena fama o reputación ante los demás y la imagen respecto al aspecto externo o apariencia

78 Se atribuye al juez americano Thomas Cooley en su obra *The elements of Torts* de 1873. HERRERO-TEJEDOR ALGAR F., *Honor...*, cit., p. 82 y AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a...*, cit., p. 76.

79 Para CARRILLO LÓPEZ, M., que titula bajo este término una de sus monografías, esta formulación responde a un planteamiento propio del liberalismo clásico que habilita a su titular para rechazar cualquier intromisión sobre el ámbito de la vida privada. Espacio inaccesible a los demás si no es bajo el consentimiento de su titular. No obstante, considera que del reconocimiento constitucional de este derecho interpretado conforme a la jurisprudencia del TEDH, se deriva la inclusión de la potestad de controlar la información personal que pueda circular en el escenario público. *El derecho a no ser molestado...*, cit., p. 15. Véase igualmente «Los ámbitos del derecho a la intimidad en la sociedad de información», AA. VV., (Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional), *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico, XX Jornadas Andaluzas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 21-23.

80 WARREN, S.D. y BRANDEIS, L.D. consideraban el derecho a la imagen como la forma más simple del *right to privacy*, defendían la tutela legal de un espacio de vida personal frente al acoso informativo de los medios de comunicación. En ese espacio las fotografías eran claves, puesto que estábamos en una época en la que muchos de los ataques a la vida privada se estaban produciendo mediante la publicación de imágenes indiscretas por parte de la prensa. «The Right to Privacy», *Harvard Law Review*, Vol. 4, No. 5 (Dec. 15, 1890), pp. 193-220, accessible en: <www.jstor.org/stable/pdf/1321160.pdf?refreqid=excelsior%3A66cfe7b4c06f48ce42e0146d4989d8d9> (consultado en diciembre de 2018).

81 Para un estudio de la doctrina europea (fundamentalmente alemana, francesa e italiana), véase AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a...*, cit., pp. 58-92 y HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., *Honor...*, cit., pp. 81-86.

82 GITRAMA GONZÁLEZ, M., en voz «Imagen (derecho a la propia)», cit., pp. 340 y ss. y FARIÑAS MATONI, L.M., *El derecho a la intimidad...*, cit., p. 337.

83 Véanse las sentencias citadas en la nota al pie nº 20.

física que nos identifica⁸⁴. Por el contrario, la dimensión principal del derecho a la intimidad es negativa, esto es, se respeta en tanto que no se desvela. En este sentido, el derecho a la propia imagen y el derecho al honor suponen una proyección exterior y concreta de cada persona con el mundo que le rodea, una vertiente positiva y relacional con los demás que plantea la necesidad de una protección separada a la intimidad.

El aspecto físico o imagen personal, como medio básico de identificación y proyección al exterior de la persona, entraña el reconocimiento social como individuo. La imagen, como el nombre o la voz, es un valor individualizador de la persona considerada en sí misma, que debe ser protegido en ese espacio de conexión con los demás. Esta tutela se fundamenta en el respeto a la propia persona puesto que la reproducción del aspecto físico refleja cualidades morales que deben quedar a la disposición del titular, afecten o no a su espacio íntimo o privado.

No obstante, como ya señalábamos, existe una zona de intersección en la cual podrían ser lesionados ambos derechos y ello sucede cuando se captan imágenes –con o sin posterior difusión– en momentos de la vida privada o familiar, en esa zona espiritual, íntima o reservada de una persona o grupo, especialmente de una familia. Precisamente el art. 7 de la LO 1/1982 al enumerar las intromisiones ilegítimas, además del apartado 5º y 6º relativos a la imagen, recoge otras conductas que podrían producir una vulneración simultánea de ambos derechos⁸⁵. Generalmente son supuestos en los que se violenta de manera instrumental el derecho a la imagen con su captación o su grabación a fin de acceder a la vida íntima de los demás. La realidad admite tal diversidad de situaciones que, dependiendo de las circunstancias concretas, podrían producirse lesiones simultáneas o autónomas de ambos derechos o incluso que con una misma conducta se violenta de manera conjunta el honor, la intimidad y la propia imagen⁸⁶.

La reproducción de la imagen personal, por ejemplo, una fotografía, en sí misma considerada, no es parte de la vida íntima, no tiene porqué revelar algo privado o reservado⁸⁷, salvo supuestos muy específicos amparados por la intimidad corporal⁸⁸. Normalmente la afectación del derecho

84 ALEGRE MARTÍNEZ, M.A., *El derecho a la propia...*, cit., p. 51, LUCAS MURILLO, P., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 86 y BALAGUER CALLEJÓN M.L., *El derecho fundamental...*, cit., p. 41.

85 El apartado 1º se refiere al «emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas» y el apartado 2º menciona «la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas (...) así como su grabación, registro o reproducción».

86 En el apartado 3º del art. 7 LO 1/1982 se enumera como una de las intromisiones ilegítimas «la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre». Estaríamos ante una lesión conjunta de los tres derechos cuando para la difusión de la vida íntima se utilicen informaciones gráficas que dañen la reputación de los afectados. ALEGRE MARTÍNEZ, M.A., *El derecho a la propia...*, cit., p. 54.

87 Existen otro tipo de documentos cuyo conocimiento no consentido por terceros siempre desencadena una afectación de la esfera íntima, como pudiese ser un historial clínico o un diario personal.

88 Esta faceta específica de la intimidad trata de preservar el sentido del pudor y del recato, viene referida a aquellas partes del cuerpo que conforme a las pautas sociales imperantes deben quedar a resguardo de la visión ajena. Sobre la vulneración conjunta del derecho a la imagen y a la intimidad ante la publicación de unas fotos de una actriz semidesnuda, STS (Sala de lo Civil), de 24 de julio de 2012, (Rec. núm. 280/2010). Véase el comentario CHAPARRO MATAMOROS, P., «La protección de los derechos a la propia imagen y a la intimidad corporal de los personajes públicos: el “caso pataky”», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 31, 2013. (BIB\2013\513), pp. 205-219.

a la intimidad a través de la imagen depende del contexto o situación que en ella se refleje. En este sentido, y en el esfuerzo de distinguir entre ambos derechos se ha considerado como criterio de delimitación el relativo al lugar de la toma de la imagen, según sea un lugar privado o público⁸⁹. Siguiendo esta pauta locativa, cuando la imagen se obtiene en un ámbito íntimo o de reserva se estima una vulneración conjunta. En consecuencia, si la captación se produce en un espacio público, la lesión se limita al derecho a la propia imagen. No obstante, la jurisprudencia constitucional⁹⁰, en consonancia con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹¹, ha extendido el concepto intimidad, valorando que el carácter «público» o «abierto al público» del sitio en el que se obtienen las imágenes no siempre sitúa la actuación de los terceros fuera del ámbito de la vida privada. Debe atenderse a la «expectativa de intimidad» de los afectados valorando las circunstancias concretas en cada caso particular. Se estima que existe una zona de interacción entre el individuo y los demás que, incluso en un contexto público, puede formar parte de su privacidad. Esta doctrina es la que ha llevado a considerar que en las relaciones sociales y, especialmente, en las profesionales y laborales hay un espacio de intimidad o vida privada que debe ser salvaguardado, «la vida social privada».

En definitiva, la particularidad del derecho a la propia imagen reside en la protección de las «imágenes inocuas o neutrales», basta que en ellas el afectado sea reconocible, que pueda ser identificado, sin precisar que muestren al sujeto en una situación ofensiva o descubran su intimidad⁹². Este criterio coincide con el que inspira el apartado 5º del art. 7 de la LO 1/1982 que aprecia como intromisión ilegítima el uso de la imagen de la persona sin su consentimiento «ya sea en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos»⁹³. No se requiere por tanto que

89 RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 110.

90 Reproducimos parte del FJ 5º de la STC 12/2012, de 30 de enero de 2012 por su claridad.

«La intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que sería muy restrictivo limitar la noción de vida privada protegida por el art. 8.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales a un círculo íntimo en el que el individuo puede conducir su vida personal a su manera y excluir plenamente el mundo exterior no incluido en este círculo. *No puede desconocerse que también en otros ámbitos, y en particular en el relacionado con el trabajo o la profesión, se desarrollan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada* (STEDH de 16 de diciembre de 1992, Niemietz c. Alemania, § 29; doctrina reiterada en las SSTEDH de 4 de mayo de 2000, Rotaru c. Rumania, § 43, y de 27 de julio de 2004, Sidabras y Džiautas c. Lituania, § 44). La protección de la vida privada en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en suma, se extiende más allá del círculo familiar privado y puede alcanzar también a otros ámbitos de interacción social (SSTEDH de 16 de diciembre de 1992, Niemietz c. Alemania, § 29; de 22 de febrero de 1994, Burghartz c. Suiza, § 24; y de 24 de junio de 2004, Von Hannover c. Alemania, § 69). *Un criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas es el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno*. Así por ejemplo cuando se encuentra en un paraje inaccesible o en un lugar solitario debido a la hora del día, puede conducirse con plena espontaneidad en la confianza fundada de la ausencia de observadores. Por el contrario, no pueden abrigarse expectativas razonables al respecto cuando de forma intencional, o al menos de forma consciente, se participa en actividades que por las circunstancias que las rodean, claramente pueden ser objeto de registro o de información pública (SSTEDH de 25 de septiembre de 2001, P.G. y J.H. c. Reino Unido, § 57, y de 28 de enero de 2003, Peck c. Reino Unido, § 58)».

91 Véanse las Sentencias citadas en la nota anterior.

92 NAVAS SÁNCHEZ, M.M., «El uso informativo de la imagen», *InDret*, nº 1, 2017, p. 11.

93 Siguiendo este tenor literal del precepto que utiliza la conjunción disyuntiva «o» en dos ocasiones, se está describiendo una conducta que podría referirse a cuatro situaciones distintas: a los lugares y momentos privados, a los lugares no privados y momentos privados, a los lugares privados y momentos no privados, y, por último,

la captación, reproducción o publicación de la imagen se refiera a los espacios salvaguardados por el derecho a la intimidad, lo que se tutela es sin más la autodeterminación o decisión sobre la propia imagen, se pretende garantizar que cada uno pueda elegir «si, cómo y respecto de quiénes»⁹⁴ tolera la obtención o difusión de la apariencia física que nos identifica.

Como ya se apuntó, la jurisprudencia ordinaria⁹⁵ y constitucional⁹⁶ se mostró en un inicio vacilante a la hora de delimitar el derecho a la propia imagen como un derecho autónomo, sin embargo, en las dos últimas décadas, la diferenciación de este respecto a la intimidad y la descripción de un contenido particular resulta evidente, al menos desde un punto de vista teórico⁹⁷. La doctrina del Alto Tribunal admite de manera abierta la autonomía del derecho a la propia imagen⁹⁸ y su desvinculación de la privacidad. El derecho a la propia imagen pasa a ser «el primer elemento configurador de la esfera personal»⁹⁹, no ya de la intimidad, y se acepta que tiene un ámbito particular de tutela «frente a reproducciones de la imagen que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguarda de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás». Se reconoce que es posible lesionar únicamente el derecho a la imagen¹⁰⁰ o el derecho a la intimidad o vulnerar simultáneamente ambos derechos¹⁰¹ y esto ocurrirá, en el sentido

a los lugares no privados y momentos no privados. De estas cuatro situaciones supuestas, todas supondrían una posible lesión del derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen, salvo la cuarta que únicamente se referiría a este último derecho. Seguimos en esta reflexión a ROVIRA SUEIRO, M.E., «Más de treinta años de vigencia de la LO 1/1982 ¿Sigue siendo la protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen una asignatura pendiente?», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 8, 2015, p. 54.

94 NAVAS SÁNCHEZ, M.M., «El uso informativo de la imagen», cit., p. 12.

95 Como muestra de la confusión entre derechos, STS (Sala de lo Civil), de 11 de abril de 1987 «(...) la reproducción indiscriminada y sin autorización de la persona a la que pertenezca la imagen reproducida tendrá un derecho al resarcimiento por violación de un derecho a la intimidad (...)» (Roj. 2616/1987) (FJ 1º).

96 De igual manera, las sentencias del TC hasta principios del año 2000 se refieren al derecho a la intimidad y al derecho a la imagen de manera conjunta, estiman que la imagen «constituye el primer elemento configurador de su intimidad» o que es uno de los elementos o ámbitos que conforman el derecho a la intimidad, STC 170/1987 (FJ 4º), STC 99/1994, (FJ 5º) y STC 117/94, (FJ 3º), aunque finalmente se aprecie solo la vulneración del derecho a la propia imagen, tal y como ocurre en la STC 99/94, que es el fundamento de la estimación del recurso.

97 Como Sentencia precursora de esta doctrina STS (Sala de lo Civil), de 17 de diciembre de 1997 (Rec. núm. 30/1994) que argumenta «(...) los derechos de la personalidad son derechos subjetivos que recaen sobre aspectos o manifestaciones inherentes a la persona, como ser humano, y no constituyen un solo derecho con varios aspectos *«ius in se ipsum»* sino un conjunto de derechos; entre ellos se hallan los del honor, intimidad e imagen, reconocidos en el artículo 18.1 de la Constitución (...) no se trata de un derecho tricéfalo sino de tres derechos. El del honor queda muy diferenciado, pero los de la intimidad e imagen tiene más difícil separación dogmática y pragmática más reciente (...)».

Entre las sentencias más significativas que establecen la diferenciación entre estos derechos SSTS (Sala de lo Civil), de 22 de julio de 2008 (Rec. núm. 2047/2001), de 13 noviembre de 2008 (Rec. núm. 1739/2006), de 29 de junio de 2015 (Rec. núm. 145/2013) o la más reciente, de 15 de febrero de 2017 (Rec. núm. 3361/2015). Entre las más próximas, destaca por su claridad STS (Sala de lo Civil), de 23 de septiembre de 2014 (Rec. núm. 1285/2012).

98 Ver entre otras STC 81/2001, (FJ 2º), STC 156/2001, (FJ 3º), STC 14/2003, (FJ 4º). Más actuales, STC 208/2013, (FJ 3º), STC 19/2014, (FJ 4º), STC 18/2015, (FJ 7º).

99 STC 139/2001, (FJ 4º).

100 STC 139/2001, (FJ 3º).

101 Se recogen todas estas posibilidades de manera muy clarificadora en la STC 156/2001, «(...) mediante la captación y reproducción gráfica de una determinada imagen de una persona se puede vulnerar su derecho a

que antes apuntábamos, cuando la publicación o difusión de las imágenes no consentidas por su titular afecten a la vida íntima en relación con el contenido de las imágenes reproducidas¹⁰². En definitiva, el Alto Tribunal viene a ratificar la opinión doctrinal predominante¹⁰³.

No obstante, hay quien amparándose en el uso inocuo de la imagen propugna una revisión de la configuración de este derecho donde debería considerarse lícita la captación de la imagen ajena que no suponga perjuicio alguno para su titular, ni económico ni moral. Este debate ha cobrado actualidad con la generalización de los dispositivos personales que permiten realizar vídeos y fotografías y el uso de las redes sociales como medio de difusión de las mismas. Aunque en algunos casos la regla general del consentimiento del afectado pueda tener sus excepciones, se ha convertido en una práctica común aceptada por los usuarios la publicación de imágenes de terceras personas sin su consentimiento. Se ha planteado que un uso social ilegal no debería llegar a configurar el contenido de este derecho pero sí podría operar como atenuante o eximente de la responsabilidad¹⁰⁴.

Otro obstáculo para la delimitación de estos derechos es la extensión que ha ido cobrando el derecho a la intimidad. Al tradicional contenido negativo de esta libertad referido a la exclusión, a

la intimidad sin lesionar el derecho a la propia imagen, lo que sucederá en los casos en los que mediante las mismas se invada la intimidad pero la persona afectada no resulte identificada a través de sus rasgos físicos; en segundo lugar, también puede vulnerarse el derecho a la propia imagen sin conculcar el derecho a la intimidad, supuesto este que se producirá cuando las imágenes permitan la identificación de la persona fotografiada, pero no entrañen una intromisión en su intimidad; y, finalmente, puede suceder que una imagen lesione al mismo tiempo ambos derechos, lo que ocurriría en los casos en los que revele la intimidad personal y familiar y permita identificar a la persona fotografiada (...), (FJ 3º).

Entre las sentencias más actuales que diferencian claramente el contenido de ambos derechos. STS (Sala de lo Civil), de 15 de febrero de 2017 (Rec. núm. 3361/2015), «Por tanto, que la fotografía no suponga una intromisión en el derecho a la intimidad del demandante no excluye que pueda constituir una intromisión en el derecho a la propia imagen, que tiene un contenido propio y específico, pues, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, protege a su titular frente a la captación, reproducción y publicación de su imagen que afecte a su esfera personal aunque no dé a conocer aspectos de su esfera íntima. Este derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, en tanto que el aspecto físico es un instrumento básico de identificación y proyección exterior y un factor imprescindible para el propio reconocimiento como individuo, y constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo», (FJ 5º).

102 Fotografías tomadas en ámbito privado en las que aparece la recurrente desnuda, STC 156/2001.

103 Defienden esta postura, BLASCO GASCÓ, F., «Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen» en AA. VV., *Bienes de la personalidad, XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2008, pp. 27 y 28 (Disponible en: <www.derechocivil.net/esp/ALGUNAS%20CUESTIONES%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20PROPIA%20IMAGEN.pdf>).

104 MARTÍNEZ OTERO, J.M., «Derechos fundamentales y publicación de imágenes ajenas en las redes sociales sin consentimiento», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 106, 2016, pp. 128-130 y SÁNCHEZ GÓMEZ, A., «Las nuevas tecnologías y su impacto en los derechos al honor, intimidad, imagen y protección de datos del menor. Mecanismos jurídicos de protección: carencias, interrogantes y retos del legislador», *Revista Boliviana de Derecho*, nº 23, 2017, p. 178.

Sobre esta problemática véase también, GIL VALLILENGUA, L., «Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen en las redes sociales: la difusión no consentida de imágenes», *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, nº 14, 2016, pp. 161-190.

Asimismo, sobre los riesgos derivados de Internet para los derechos de la personalidad, véase, CONTRERAS NAVIDAD, S., *La protección del honor, la intimidad y la propia imagen en Internet*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

la no interferencia de terceros¹⁰⁵ se le ha añadido una vertiente positiva relativa al poder individual de controlar la información o los datos referentes a la propia persona¹⁰⁶. El desarrollo del mundo cibernético precisa de una reconstrucción del concepto tradicional de la intimidad¹⁰⁷ que proteja a los usuarios del riesgo de acceso a su información personal y del peligro de la falta de control sobre los datos personales que de manera voluntaria son incorporados a la red. Algunas de estas amenazas, como veremos, han sido abordadas en la recién aprobada LOPDGDG que establece nuevas garantías para la protección del ciudadano. Todas estas transformaciones plantean un debate sobre la intimidad *versus* la privacidad¹⁰⁸, propugnando la existencia de un ámbito más extenso de vida privada que precisa de una tutela específica¹⁰⁹. Esta esfera coincidiría con lo que comúnmente se entiende que salvaguarda el art. 18.4 de la CE, la protección de datos personales, que, originariamente vinculada a la intimidad, se ha ido consolidando como un derecho autónomo y específico, de contenido más amplio, dotado de garantías especiales y regulación propia. En lo que atañe al derecho a la propia imagen, se ha de apuntar, por ahora, que la consideración de la información gráfica del individuo como dato personal, sujetará el tratamiento de la misma a esta normativa, dotándole de una serie de garantías y reforzando la posición del ciudadano. Así, si bien en muchos casos no podrá decidir sobre la captación de su imagen, al menos tendrá el derecho a conocer la existencia de los dispositivos de captación y ejercitar una amplia gama de derechos para su protección¹¹⁰.

C. Las consecuencias de la autonomía del derecho

La postura adoptada sobre la autonomía o no de cada derecho determina resultados dispares respecto a la articulación de las garantías jurisdiccionales. De esta manera, cuando se concebía como un único derecho había necesariamente que alegarlo en su integridad para ganar la protección de cualquiera de sus manifestaciones o facetas.

Actualmente, ante derechos distintos, habrá que especificar claramente cuál o cuáles han resultado afectados. Si estamos ante derechos autónomos se ha de admitir que quién resulte lesionado pueda demandar y obtener protección por la vulneración de cada uno de los bienes vulnerados¹¹¹, aun tratándose de una única conducta lesiva. Sin embargo, probablemente por su regulación y evolución, existe cierta confusión sobre su contenido que lleva a una deficiente formulación de las demandas. En muchos casos se alude de manera genérica al «derecho al

105 Interesante es la división que realiza MIERES MIERES, J.L. sobre el doble sentido de la intimidad como intimidad territorial relativa al espacio o zona de aislamiento respecto a los demás e intimidad informacional referente a las informaciones relativas a la vida privada. En, *Intimidad personal y familiar. Prontuario de jurisprudencia constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 24-25.

106 LUCAS MURILLO, P., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990.

107 Véase REVENGA SÁNCHEZ, M, «El derecho a la intimidad: un derecho en demolición (y necesitado de reconstrucción)», AA. VV., *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*, cit., pp. 71 y ss.

108 Justificando la necesidad de adaptar la LO 1/1982 a la sociedad de información y a las tecnologías de la información el Grupo Parlamentario Popular presentó una Proposición no de Ley para su debate en la Comisión Constitucional. (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 3 de noviembre de 2016, Serie D, nº 43, p. 10).

109 CÓRDOVA CASTROVERDE, D. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.: «Reflexiones sobre la protección de la privacidad en un entorno tecnológico», en AA. VV., *El derecho a la privacidad*, cit., pp. 99 y ss.

110 GÓMEZ CORONA, E., *La propia imagen como categoría constitucional*, cit., pp. 158-159.

111 PASCUAL MEDRANO, A., *El derecho fundamental a la...*, cit., p. 56.

honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen» o al «derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen» sin identificar claramente o separar las diferentes intromisiones¹¹².

De igual manera, la distinción entre estos derechos afecta a su tutela y reparación. La principal consecuencia que se ha de extraer de su autonomía es que la lesión de cada derecho ha de ser valorada de manera específica, no cabe que la vulneración de la imagen quede subsumida en las intromisiones ilegítimas a los demás derechos. En los conflictos entre los medios de comunicación y los particulares es habitual que la conducta sea pluriofensiva. Esto suele suceder cuando se revelan aspectos de la vida íntima y/o se desacredita o afecta al honor¹¹³.

Tradicionalmente esta no fue la postura seguida por la jurisprudencia ordinaria, que tendía a soslayar la intromisión en el derecho a la propia imagen¹¹⁴ cuando reconocía la lesión de los otros derechos, generalmente, con una *vis atractiva* hacia el derecho al honor¹¹⁵. De esta manera, cuando la intromisión ilegítima en la intimidad y/o el honor se realizaban por medio de la imagen, la vulneración de esta quedaba engullida o absorbida por aquella/s¹¹⁶. Aunque esta práctica era abiertamente criticada por la mayoría doctrinal¹¹⁷ no faltaban voces en sentido contrario¹¹⁸. Estimaban que la captación o la publicación de la imagen tenían un carácter secundario respecto a la intimidad o al honor, derechos principalmente lesionados. Por ello, el fin ilícito, la lesión de la vida privada o del honor integraría en sí el medio ilícito.

Esta posición fue rectificada de manera clara en sede constitucional que reconocen en estos casos una pluralidad de lesiones. Así, a partir de la STC 156/2001¹¹⁹ se sostiene que la apreciación de la vulneración a la intimidad o al honor no impedirá la consideración de los eventuales perjuicios que se hayan podido causar a la imagen. Se niega que pueda valorarse de la misma manera la lesión de un derecho que las conductas pluriofensivas. El fundamento es lógico y consecuente, la gravedad de la conducta y el daño causado no son iguales. En este sentido, se afirma: «desde la perspectiva constitucional, el desvalor de la acción no es el mismo cuando los hechos realizados solo pueden considerarse lesivos del derecho a la imagen que cuando, además, a través de la imagen pueda vulnerarse también el derecho al honor o a la

112 Como muestra, la STS (Sala de lo Civil), de 26 de enero de 2018 (Rec. núm. 1081/2016). La petición final de la demanda solo aludía a que se declarara la existencia de una intromisión ilegítima en el honor del demandante. Sin embargo, gracias a que en la fundamentación de la misma se alegaba que habían sido vulnerados sus derechos fundamentales a la propia imagen, con relación al derecho a la protección de datos, a la intimidad y al honor, se entró a conocer tales circunstancias.

113 En igual sentido CARRILLO LÓPEZ, M., *El derecho a no ser...*, cit., p. 86.

114 PASCUAL MEDRANO, A., *El derecho fundamental a la...*, cit., p. 56.

115 BALAGUER CALLEJÓN M.L., *El derecho fundamental...*, cit., p. 43, afirma de manera concluyente que esta postura «en todo caso carece de base lógica o convincente».

116 PASCUAL MEDRANO, A., *El derecho fundamental a la...*, cit., p. 56.

117 Entre otros, CARRILLO LÓPEZ, M., *El derecho a no ser molestado...*, cit., p. 86, ALEGRE MARTÍNEZ, M.A., *El derecho a la propia...*, cit., pp. 50 y 53, PASCUAL MEDRANO, A., *El derecho fundamental a la...*, cit., p. 56.

118 NOVOA MONREAL, E., *Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos*, Siglo XXI Editores, México, 1997, pp. 67-68.

119 Mantiene esta doctrina las SSTC 83/2002 y 14/2003.

intimidad, o ambos derechos conjuntamente»¹²⁰. Con posterioridad, el Tribunal Supremo se irá haciendo eco de estos pronunciamientos, aplicando y haciendo suya esta doctrina¹²¹. Conforme a ella, el Tribunal suele valorar cada una de las lesiones y cuantificar la indemnización reparadora en función de los derechos violentados¹²². No obstante, llama la atención seguir encontrando resoluciones en las que se afirma que la lesión a la intimidad mediante la publicación injustificada de fotografías o vídeos conduce indefectiblemente a la vulneración del derecho a la propia imagen sin realizar argumentación alguna en relación a este derecho¹²³. Como ya adelantamos, el carácter específico de los derechos impide considerar subsumida la lesión de uno de ellos en el otro y no estimar el mayor desvalor de la acción.

De interés por el examen de los tres derechos y sus consideraciones es la STS (Sala de lo Civil), de 20 de julio de 2018¹²⁴ ante una demanda por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen que el demandante consideraba vulnerados por determinados comentarios e imágenes publicados en la red social *Twitter*. La demandada, que había sido superior jerárquica en una empresa municipal, hacía comentarios sarcásticos sobre la presencia de este en determinados actos sociales en un periodo en que se encontraba de baja laboral. Algunos *tuits* iban acompañados de fotografías del actor en actos públicos de un partido político y en eventos del mundo de la moda y de la imagen. El TS se pronunciará sobre los tres derechos.

En primer lugar se descarta la intromisión ilegítima en el derecho al honor porque las expresiones de los «tuits» consisten fundamentalmente en opiniones, comentarios sarcásticos y críticas en relación con hechos veraces (su presencia en actos sociales en un periodo en que se encontraba de baja laboral) sin emplear expresiones insultantes o vejatorias. Además el absentismo injustificado se estima como una información que presenta cierto interés general.

Respecto al derecho a la propia imagen, se valora que concurren circunstancias que excluyen el carácter ilegítimo de su afectación. Las imágenes incluidas en los «tuits» eran fotografías, captadas con la expresa anuencia del propio demandante, ya publicadas en páginas de diversas redes sociales de Internet por personas cercanas al demandante, sin objeción alguna de este a su publicación previa. Además, la Sala entiende que la prestación del consentimiento para la publicación de la propia imagen en Internet conlleva la aceptación de su difusión cuando por sus características sea una consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes publicados en Internet. Considera que la inserción de una imagen en un *tuit* equivale en buena medida a la inclusión en el propio *tuit* del enlace a la web en que tal imagen se halla, lo que puede considerarse como una «consecuencia natural» de la publicación consentida de la imagen en un determinado sitio web de acceso general. Los «usos sociales» legítimos de Internet¹²⁵ son

120 FJ 3º. STC 156/2001.

121 En este sentido, STS (Sala de lo Civil), de 27 de junio de 2003 (RJ 2003\4312).

122 STS (Sala de lo Civil), de 29 de junio de 2011 (Rec. núm. 559/2009), STS de 29 de abril de 2014 (Rec. núm. 2357/2011) y STS (Sala de lo Civil), de 15 de febrero de 2017 (Rec. núm. 3361/2015). En este último caso se rebaja la indemnización a la mitad de su cuantía, al admitir y estimar el recurso que no se vulneró la intimidad, pero sí el derecho a la propia imagen.

123 STC 77/2009, (FJ 2º).

124 Rec. núm. 2355/2017.

125 En concreto se refiere a «la utilización en las comunicaciones típicas de la red (mensajes de correo electrónico, tuits, cuentas de Facebook o Instagram, blogs) de las imágenes referidas a actos públicos previamente

los que en este caso excluirían el carácter ilegítimo de la afectación del derecho a la propia imagen, conforme al art. 2.1 LO 1/1982.

Por último, la Sala valora que los comentarios sobre la situación de baja laboral del demandante y las conjeturas sobre la enfermedad causante constituyen una lesión de su derecho a la intimidad personal. La información relativa a la salud es un dato íntimo y especialmente sensible, y, por tanto, digno de especial protección. Se trata de una intromisión ilegítima por revelación de datos privados conocidos a través de la actividad profesional de quien los descubre (art. 7.4 LO 1/1982) porque la demandada había sido la superior jerárquica del demandante en la empresa pública en la que ambos trabajaban. La sentencia considera que, si bien las comunicaciones acerca de la existencia de la baja laboral y las incidencias relativas a la salud de un empleado pudiesen ser legítimas en lo que fuera imprescindible para denunciar ante la empresa empleadora, la mutua de accidentes de trabajo o las autoridades competentes, su publicación en una red abierta es ilícita. Por esta lesión se condena a la demandada al abono de una indemnización de 6.000 euros, a la supresión definitiva de los «tuits» objeto del litigio y a que se abstenga de realizar en lo sucesivo nuevas intromisiones ilegítimas en la intimidad del demandante.

3.3. El objeto del derecho a la propia imagen

A. La representación de la apariencia física como objeto del derecho a la propia imagen

Antes de concretar el contenido o las facultades que integran este derecho, es preciso delimitar o definir la imagen como objeto del mismo. La inexistencia de un concepto y la imprecisión del término –que puede tener diferentes sentidos– nos lleva a partir del significado de imagen que ha utilizado mayoritariamente la jurisprudencia y la doctrina para tratar de deslindar este derecho. Este coincide con la primera acepción del Diccionario de la Real Academia Española que se refiere a la «figura, representación, semejanza y apariencia de algo». La imagen es entendida en un sentido puramente físico o externo como la representación gráfica o la reproducción del aspecto físico o de la figura de una persona. Se habla de imagen como representación «sensible» o «visible» para puntualizar que no se trata de una idea o una abstracción. Se alude a una entidad concreta (un retrato, una foto, un vídeo...) donde se plasma la apariencia externa de una persona y es susceptible de ser apreciada por los sentidos.

Tal vez, la definición que mejor representa la aceptada de manera general por la doctrina sea la elaborada por GITRAMA GONZÁLEZ¹²⁶: «la reproducción o representación de la figura humana de forma visible y reconocible». En ella se comprenden con pocas palabras los elementos fundamentales que ha de reunir la imagen sobre la que se proyecta este derecho.

publicadas en la red, bien «retuiteando» el tuit en que aparece la imagen, bien insertándola directamente en otro tuit o en la cuenta de otra red social, bien insertando un «link» o enlace al sitio web donde la imagen se encuentra publicada, en principio excluirían el carácter ilegítimo de la afectación del derecho a la propia imagen» (FJ 7°).

126 GITRAMA GONZÁLEZ, M., en voz «Imagen (derecho a la propia)», cit., p. 304.

El primero es el que requiere que la imagen *sea visible*, esto es, se precisa de un soporte físico o un objeto (un dibujo, foto, vídeo) en el que se represente o se reproduzca a alguien y que sea apto para que otros lo puedan ver o apreciar. El objeto de este derecho no protege otras formas de aprehensión de la figura humana que se basan en otros cauces de representación como el lenguaje escrito u oral que no son perceptibles visualmente. La descripción escrita u oral de la fisonomía de alguien por medios escritos (un retrato literario) u orales (una comunicación verbal) quedan fuera de su tutela. El derecho se extiende tan solo a los modos de captación, reproducción o difusión que permiten aprehender visualmente la figura humana. En palabras sencillas es el derecho de cada persona a su retrato¹²⁷, sea cual sea el soporte material donde este quede plasmado. Podrán ser medios que representen a la persona –dibujo, pintura, escultura– o que la reproduzcan –fotografía, vídeo–. Lo significativo es que los demás puedan percibir y reconocer al individuo al que con ellos se alude. En palabras del TS imagen es «la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción»¹²⁸.

Esta representación debe referirse *a la figura humana*, esto es, ha de plasmar los rasgos físicos o la apariencia externa de una persona. Se insiste en que lo tutelado por el derecho es la representación de la imagen física o externa de la persona, no las ideas descriptivas o valorativas sobre su aspecto o sus cualidades que podrían estar amparadas en otros derechos próximos. Sería la reproducción del rostro o de los rasgos físicos de una persona¹²⁹.

Por último, como elemento primordial se determina que en la representación o reproducción la persona ha de ser «reconoscible», la imagen debe permitir identificar o distinguir a la persona¹³⁰. Lo que se ampara es la «propia imagen», la que cada persona posee y muestra ante los demás. Únicamente cuando la imagen refleja los rasgos que individualizan a una figura humana, esta se configura como la representación visible de una persona concreta y entra dentro del concepto de imagen a proteger en el contenido del derecho¹³¹. La apariencia física como imagen externa de cada individuo es uno de los elementos que lo identifican y lo diferencian frente a los demás. Sólo cuando a través de estos se puede reconocer al sujeto cuya imagen ha sido representada o reproducida se puede hablar de «propia imagen» y se plantea su dimensión jurídica, es decir, la conveniencia o la necesidad de su protección. Quedan al margen las imágenes en las que no cabe distinguir a quién en ellas figura bien sea por la postura, por la lejanía o por su mala calidad o por cualquier otra circunstancia. Justamente la manera de proteger la posible afectación del derecho es ensombrecer, difuminar o «pixelar» el rostro del retratado para evitar su reconocimiento¹³².

Una de las definiciones clásicas de la imagen la aporta el TS¹³³ cuando por vez primera especifica que: «(...) es la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa (...) equivale

127 PASCUAL MEDRANO, A., *El derecho fundamental a la...*, cit., p. 63.

128 STS (Sala de lo Civil), de 11 de abril de 1987 (FJ 1º) (Roj. 2616/1987).

129 STC 81/2001 (FJ 3º).

130 Así, aludiendo a la necesidad de que la representación o los rasgos difundidos sin consentimiento de su titular permitan reconocer su identidad, STC 156/2001 (FJ 7º) o STC 14/2003 (FJ 4º).

131 AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a la...*, cit., p. 28.

132 En este sentido, la STS (Sala de lo Civil) de 18 de mayo de 2015, (Rec. núm 3339/2015) se refiere la posibilidad de emplear estas técnicas digitales para difuminar el rostro y transmitir informaciones acompañadas de imágenes que no supongan una vulneración del derecho de los afectados.

133 STS de 11 de abril de 1987 comentada por IGARTUA ARREGI, F., «Derecho a la imagen. Utilización de fotografía para fines electorales. Indemnización del daño moral; revisión del quantum», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 14, 1987, pp. 4561-4578.

a la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción y, en sentido jurídico, habrá que entender que es la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto en cuanto se trata de un derecho de la personalidad». Después se verá reproducida en numerosas ocasiones¹³⁴. En términos parecidos el TC identifica la imagen con la «reproducción del aspecto físico que permita la identificación»¹³⁵, «la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible»¹³⁶. En definitiva, el objeto que se tutela no es la imagen o apariencia física en sí misma sino su reproducción o difusión en cualquier soporte que permita la identificación de la persona. Se trata de reconocer a cada sujeto –dentro de los límites legales establecidos– «la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico»¹³⁷, lo cual implica tanto el derecho a decidir la información gráfica que puede ser captada o difundida como la facultad de impedir que terceros no autorizados la obtengan, reproduzcan o publiquen. Con ello se pretende tutelar en su dimensión constitucional, la posibilidad de determinar la difusión pública de la imagen «a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a las injerencias externas»¹³⁸.

B. La reproducción del nombre y/o la voz como objeto del derecho a la propia imagen

La inclusión específica en el art. 7.6 LO 1/1982 del nombre y de la voz junto a la imagen para limitar el uso comercial de los mismos sin autorización de su titular ha planteado la posible extensión del derecho a estas otras manifestaciones. En este sentido, hay que pensar que no solo el rostro o la semblanza individual son elementos que identifican a cada individuo sino que también el nombre y la voz tienen la virtualidad de distinguir y diferenciar a una persona respecto a las demás, aunque puedan ser elementos no tan determinantes como los rasgos faciales¹³⁹.

La mayoría de la doctrina civil, aun valorando que la voz y el nombre son realidades muy cercanas a la imagen como elementos que permiten definir a cada individuo¹⁴⁰, estiman que no resultan integradas en el derecho a la propia imagen¹⁴¹ ni en su formulación civil (LO 1/1982), ni en su reconocimiento constitucional (art. 18.1 CE)¹⁴². El bien jurídico en ambos casos coincide, es «la figura humana», como atributo de la personalidad, sobre cuya captación y reproducción su titular tiene un poder de decisión.

134 Entre otras, STS (Sala de lo Civil), de 26 de febrero de 2010, (Rec. núm. 133/2007) o STS (Sala de lo Civil), de 14 de mayo de 2010 (Rec. núm. 1570/2007).

135 SSTC 156/2001, 72/2007, 77/2009, 158/2009.

136 SSTC 14/2003, 127/2003, 12/2012, 19/2014.

137 STC 176/2013.

138 STC 18/2015.

139 ALEGRE MARTÍNEZ, M.A., *El derecho a la propia...*, cit., p. 85 y AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a la...*, cit., pp. 39-43.

140 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., «El derecho a la propia imagen en la LO 1/1982, de 5 de mayo» cit., pp. 45-49.

141 En sentido opuesto, FERRÁNDIZ AVENDAÑO, P., «Protección del artista sobre la imitación de su voz», *Actualidad Civil*, n° 21, 2010, pp. 2458 y ss.

142 Respecto a la voz, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., «El derecho a la propia imagen en la LO 1/1982, de 5 de mayo», cit., pp. 45 y ss., y AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a la...*, cit., pp. 41 y 43. En sentido contrario, considerando tanto la voz como el nombre protegidos por el derecho fundamental a la propia imagen, véase GÓMEZ CORONA, E., *La propia imagen como categoría constitucional*, cit., pp. 45 y ss.

Ello no impide que sean considerados como bienes de la personalidad, que han de ser tutelados en la vía civil, con el resarcimiento de los daños morales frente a la utilización por terceros. Son derechos de configuración doctrinal que deberían ser objeto de un reconocimiento explícito como derechos autónomos, tal y como disponen otros ordenamientos¹⁴³.

De manera más restrictiva, se mantiene que sobre la voz ni se dispone un derecho fundamental, ni un derecho de la personalidad, integrado en la propia imagen o de naturaleza independiente. Nuestro derecho no protege la voz en sí misma, puesto que se admite un «uso inocuo de la voz ajena», que no resulta posible respecto de la imagen que se protege «en sí y por sí»¹⁴⁴. Tanto la voz como el nombre se tutelan en la LO 1/1982 en cuanto puedan ser el medio para provocar una injerencia no consentida en los demás derechos que esta norma protege¹⁴⁵.

Los pocos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la voz no han sido esclarecedores. La primera Sentencia¹⁴⁶, en la línea de la última doctrina apuntada, resuelve sobre esta cuestión a raíz de una grabación telefónica. Se concluye que en nuestro ordenamiento no hay un derecho a la voz reconocido, aunque haya podido ser regulado en otros países. Por ello, no constituye un ilícito grabar y registrar la voz ajena entre los propios interlocutores. «Tal protección de la propia voz existe solo, en el Derecho español, como concreción del derecho a la intimidad y, por ello mismo, solo en la medida en que la voz ajena sea utilizada ad extra y no meramente registrada, y aun en este caso cuando dicha utilización lo sea con determinada finalidad» (FJ 8º).

Una década después de esta resolución, la STC 117/94, si bien de manera indirecta e incidental, parece admitir que la voz y el nombre son manifestaciones del derecho a la propia imagen al afirmar que este «garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona»¹⁴⁷. Frase, que como es habitual, se vuelve a reiterar *obiter dicta* en sentencias posteriores al aseverar que el derecho a la propia imagen implica «la interdicción de someter a la persona, contra su libertad, al tráfico comercial»¹⁴⁸. Los tribunales ordinarios tampoco han afrontado de manera directa el asunto¹⁴⁹. Generalmente en los conflictos que se suscitan sobre la grabación y difusión de la voz, esta suele ir acompañada de las imágenes del afectado. En estos casos, sí se valora que se haya retransmitido la voz sin distorsionar como elemento que favorece la identificación del sujeto y la lesión de su derecho a la propia imagen¹⁵⁰.

143 Como ejemplo se cita la regulación del Código Civil de Perú de 1984, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., «El derecho a la propia imagen en la LO 1/1982, de 5 de mayo», cit., p. 46.

144 Así, la mera captación de la imagen, aunque no se publique, es en principio una intromisión ilegítima, BLASCO GASCÓ, F., «Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen», cit. p. 38.

145 BLASCO GASCÓ, F., *Patrimonialidad y personalidad de la imagen*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 90- 92.

146 STC 114/1984 (FJ 8º).

147 FJ 3º.

148 SSTC 12/2010, 23/2010, 19/2014.

149 A salvo de la SAP Barcelona, de 10 de septiembre de 2003, (Rec. núm. 534/2001). En ella se reconoce lesionado el derecho a la propia imagen en su versión patrimonial ante la reclamación de una indemnización por utilización no consentida de unas pruebas de voz para anunciar las paradas del metro de Barcelona.

150 STS (Sala de lo Civil), de 6 de julio de 2009 (Rec. núm. 420/2007), SAP Ourense, de 15 de junio de 2016 (Rec. núm. 354/2015).

En relación únicamente al nombre, existe una primera sentencia, la STC 14/2003, de 28 de enero, en la que el Tribunal deja abierta la posibilidad¹⁵¹ de considerar que la utilización del nombre pudiese configurarse como un derecho fundamental autónomo respecto al derecho a la propia imagen o integrarse en otros derechos. Así, se asevera que «la reproducción del nombre propio del demandante de amparo podría suscitar la posible vulneración de otro u otros derechos fundamentales distintos del derecho a la propia imagen que ahora nos ocupa»¹⁵². Esta puerta entreabierta parece cerrarse afirmativamente con la STC 167/2013, de 7 de octubre, que resuelve específicamente sobre el derecho nombre¹⁵³. Con apoyo en la jurisprudencia del TJUE y del TEDH, que tutela los apellidos como elemento de identidad en la esfera del derecho a la vida privada y familiar, se estima que el nombre está incluido en el conjunto de derechos de la persona y, en concreto, en el ámbito del derecho fundamental a la propia imagen del artículo 18.1 CE.

C. La revisión del concepto de imagen y la ampliación del contenido del derecho ¿El derecho a la libre determinación de la apariencia o imagen externa?

Este derecho se ha construido sobre la imagen entendida como representación, se trata de un derecho sobre el soporte que plasma la imagen identificable de cada persona. Por ello, se valora como un derecho de configuración gráfica¹⁵⁴ cuyas facultades se ejercitan sobre la captación, reproducción y/o publicación de la apariencia o de los rasgos físicos que identifican a cada individuo, bien de manera positiva con su tolerancia o bien en forma negativa prohibiendo tales acciones.

No obstante, en el ámbito laboral se ha suscitado el interrogante sobre en qué medida y con qué intensidad se ha de proteger la libertad individual de cada persona para configurar o decidir sobre su aspecto externo o su apariencia, sobre la manera en que se presenta ante los demás. Se trataría de amparar una facultad o un derecho previo al poder de control del uso de los demás sobre nuestra imagen: la libertad de determinarla o conformarla.

El escaso tratamiento que ha despertado esta problemática en el derecho civil se debe a la falta de conflictividad que presenta en este espacio. En el basta con la tutela del uso público que otros pretendan realizar de la propia imagen. Se supone que en este tipo de relaciones cada individuo tiene plena decisión sobre su apariencia e indumentaria, a salvo de las posibles costumbres o usos sociales que podrían condicionar sus opciones¹⁵⁵. Resultaría del todo excepcional pensar que jurídicamente

151 No hubo un pronunciamiento al respecto, al no haberse planteado esta cuestión de manera específica en la demanda de amparo.

152 FJ 6º.

153 Se alegaba una posible vulneración del derecho a la propia imagen por las resoluciones judiciales que no habían ponderado suficientemente el interés del menor en seguir manteniendo su primer apellido materno, por el que era conocido en los ámbitos familiar, social o escolar.

154 GARCÍA GARCÍA, C., *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Universidad de Murcia, 2003, p. 360.

155 Apunta esta idea CRUZ VILLALÓN, J., «Derecho a la propia imagen y discriminación de la mujer en el trabajo», AA. VV., (coord. CRUZ VILLALÓN, J., GARRIDO PÉREZ, E. y FERRADANS CARAMÉS, C.), *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2015, p. 71.

se pueda limitar esta libertad, a excepción naturalmente de las normas administrativas que traten de garantizar la seguridad o el orden público en supuestos muy específicos¹⁵⁶.

En la relación de trabajo la situación no ha sido tan pacífica respecto al ejercicio de esta libertad. La inserción de la persona del trabajador en el círculo de dirección y organización del empleador conduce a posibles restricciones que pueden condicionar esta facultad en función de los intereses de la actividad empresarial. El riesgo de que un ejercicio abusivo de este poder rector limite desmesuradamente esta parcela de autonomía personal despierta la búsqueda de una protección que pueda configurar una acomodación de los intereses de las partes.

La falta de un reconocimiento explícito de esta libertad individual abre el debate sobre su posible protección constitucional. De lo que no cabe duda entre la doctrina es de la vinculación de esta facultad con los derechos que protegen el libre desarrollo de la personalidad. La imagen o apariencia en este sentido positivo se valora como un elemento esencial de la propia identidad personal. La apariencia exterior es uno de los elementos que concreta a cada individuo y lo hace único respecto a los demás. No solo por las características físicas innatas o que le vienen dadas sino principalmente por aquellas sobre las que ejercita su libertad u opción para configurarlas a su criterio. Es precisamente en ese ámbito de libertad, de elección de la imagen o del aspecto exterior, en el que cada persona imprime o manifiesta de manera más patente parte de su personalidad o individualidad. Puede concebirse como una expresión de la autodeterminación, cuya grave y profunda limitación o imposición puede llegar a incidir en la dignidad de la persona. Aunque se pronuncia sobre el contenido clásico o tradicional del derecho a la propia imagen, la STC 14/2003 refleja esta idea al afirmar sobre el aspecto físico «(...) que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual»¹⁵⁷.

Conforme a la premisa anterior, se ha ubicado este derecho a la libre apariencia en una de las manifestaciones del derecho a la intimidad personal y familiar¹⁵⁸. Puede ser esta una opción adecuada cuando se acoge un concepto flexible o amplio de la intimidad que incluya además del tradicional ámbito negativo relativo a la exclusión de terceros –sujetos privados o poderes públicos– de la esfera personal más reservada, uno más positivo y activo, concerniente a un espacio de autodeterminación personal, de decisión sobre el propio proyecto vital¹⁵⁹. Esta noción extensa de la intimidad coincidiría con la interpretación del TEDH sobre el derecho a la vida privada, que en ocasiones ha utilizado el Tribunal Constitucional en alguna de sus

156 Recuérdese en este sentido la litigiosidad generada con las prohibiciones a través de normativa municipal de presentarse desnudo o semidesnudo en la vía pública, SSTS (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 30 de marzo de 2015 (Rec. núm. 1214/2013), de 9 mayo de 2016 (Rec. núm. 3860/2013) y de 11 de mayo de 2016 (Rec. núm. 542/2014). Respecto del uso del *burka* en el acceso a determinados locales públicos, STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 14 de febrero de 2013 (Rec. núm. 4118/2011).

157 FJ 5º.

158 Así, mantienen esta postura GIL Y GIL, J.L., «Poder directivo y apariencia externa del trabajador», *Relaciones Laborales*, n° 2, p. 212, SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., «Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva», AA. VV., (coord. MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SEMPERE NAVARRO, A.V.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2003, p. 300, DE VICENTE PACHÉS, F., *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Consejo Económico Social, Madrid, 1998, p. 363.

159 SERRANO OLIVARES, R., «El derecho a la intimidad como derecho de autonomía personal en la relación laboral», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 103, 2001, pp. 97-124.

decisiones¹⁶⁰. No obstante, hay que tener en cuenta que una noción estrictamente subjetivista de la intimidad que comprendiera cualquier decisión sobre la vida personal desdibuja este derecho y «corre el serio riesgo de concluir con el descubrimiento de la libertad a secas»¹⁶¹.

Probablemente puede ser menos forzada la postura de los pocos civilistas que se refieren a esta cuestión¹⁶² y de la mayoría doctrinal laboralista¹⁶³ que reconduce esta libertad hacia el derecho a la propia imagen. Proponen que dentro de su ámbito objetivo se acoja una vertiente positiva que comprenda la facultad de cada persona a configurar la imagen con la que se presenta ante los demás, su apariencia externa. Se trata de amparar la libre decisión sobre el aspecto social de la imagen por medio de la elección sobre la longitud del cabello, el tipo de peinado, el uso o no de la barba u otros adornos capilares, la utilización o no de accesorios tales como pendientes, tatuajes, piercings, entre otros, y por supuesto el tipo de vestuario o ropa. Desde esta perspectiva, se cataloga al derecho a la propia imagen, no solo como un derecho de exclusión, que protege la no utilización de la imagen por terceros, sino que incorpora esa previa *vis positiva*¹⁶⁴ consistente en la libre determinación de la apariencia e indumentaria.

El fundamento de la protección de esta dimensión o vertiente clásica del derecho a la propia imagen es precisamente consecuencia de una tutela anterior al derecho a conformarla¹⁶⁵. Así, aunque la doctrina y la jurisprudencia insistan solo en la segunda manifestación del derecho a la imagen, si la razón de este derecho descansa en la consabida dignidad del ser humano, no cabe duda alguna de que dicha dignidad y la personalidad se manifiestan de forma precisa y previa en la determinación de la individualidad a través del aspecto¹⁶⁶.

160 Como muestra de esta dirección, pueden ser citadas las SSTC 151/1997, 201/1997, 119/2001 y 16/2004.

Véase también un extenso concepto de intimidad, MIERES MIERES, J.L., *Intimidad personal y familiar. Prontuario...*, cit., p. 29.

161 FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «La intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo» AA. VV., (coord. CASAS BAAMONDE, M.E., CRUZ VILLALÓN, J. y DURÁN LÓPEZ, F., *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, Wolters Kluwer, Madrid, 2006, p. 623.

162 ALEGRE MARTÍNEZ, M.A., *El derecho a la propia...*, cit., pp. 88-91, BLASCO GASCÓ, F., «Algunas cuestiones del derecho a la propia...», cit., p. 23 y CORDERO SAAVEDRA, L., «Derecho a la propia imagen y contrato de trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 101, 2000, pp. 249-267.

163 Entre otros, APARICIO ALDANA, R.K., *El derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones jurídico-laborales*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 225 y ss., AGUILAR MARTÍNEZ, M.C., «Vulneración del derecho a la imagen por extralimitación del poder de dirección empresarial», Comunicación presentada en el XXIV Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, en AA. VV., (AEDTSS) *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral*, Ed. Cinca, Madrid, 2014, AGRA BIFORCOS, B., «El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. La propia imagen en sentido positivo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 275, 2006, ARGÜELLES BLANCO, M.R., «Uniformidad, apariencia externa y poderes empresariales», *Trabajo y Derecho*, n° 7, 2018, BALLESTER PASTOR, I., «Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador. Límites a la expresión del derecho a la propia imagen en el desarrollo de la relación laboral», *Tribuna Social*, n° 169, 2005, CRUZ VILLALÓN, J., «Derecho a la propia imagen y discriminación de la mujer en el trabajo», cit., GONZÁLEZ DE BIEDMA, E., «La apariencia física del trabajador y el contrato de trabajo: una aproximación al problema» AA. VV., (coord. CASAS BAAMONDE, M.E., CRUZ VILLALÓN, J. y DURÁN LÓPEZ, F.), *Las transformaciones del derecho del trabajo...*, cit., pp. 673 y ss. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «Sobre el derecho a la propia imagen», *Poder Judicial*, n° 10, 1988, pp. 80 y ss.

164 PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «Sobre el derecho a la propia...», cit., p. 78.

165 *Supra*, cit., p. 78.

166 BLASCO GASCÓ, F., «Algunas cuestiones del derecho a la...», cit., p. 70.

No se puede concebir el derecho a la propia imagen solo desde un aspecto gráfico sino que debe ser considerado en primer lugar como «un derecho a la imagen somática»¹⁶⁷ o a la imagen corporal referente a la libertad de definir, conformar y modificar nuestro aspecto. Se configura por tanto como una facultad esencial que nos permite individualizarnos, distinguirnos físicamente de los demás¹⁶⁸, y dada la peculiaridad de nuestro texto constitucional de incorporar el derecho a la propia imagen como independiente a la intimidad, esta manifestación positiva sobre la libertad de elegir la apariencia externa y la indumentaria bien podría desde la perspectiva laboral integrarse en su contenido esencial¹⁶⁹.

Por supuesto que esta libertad no está exenta de limitaciones legítimas en la relación de trabajo. La imagen personal cuando se desempeña una actividad laboral en cierta manera pasa a ser también una imagen profesional que puede quedar condicionada por los requerimientos de la propia actividad en relación a diferentes justificaciones en todo caso adecuadas sin relevancia constitucional. No obstante, ello no impide que se reconozca que esta facultad tiene un núcleo constitucionalmente protegido en cuanto existe una relación con el valor supremo de la libertad (art. 1.1 CE) y con la tutela de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que veda recortes injustificados y arbitrarios. En cualquier caso, sea a través de la intimidad o de la propia imagen, la autodeterminación de la apariencia se reconoce como «un principio de optimización» que ha de cumplirse dentro de las posibilidades jurídicas y reales¹⁷⁰, en consonancia con la doctrina del TEDH que ampara expresamente esta faceta de la personalidad en «el derecho a la vida privada»¹⁷¹.

Pero no solo la vida privada o esta concreta manifestación de la imagen puede verse afectada por las restricciones sufridas en el ámbito laboral. La autodeterminación de la propia apariencia física es una extensión del modo de ser en el que se plasman o proyectan los gustos, las ideas, las creencias religiosas o incluso sentimientos, como el pudor. Los conflictos, como veremos, pueden ser variados y podrían resultar afectados otros derechos fundamentales como la igualdad y el principio de no discriminación (art. 14 CE), la libertad ideológica, religiosa o de culto (art. 16 CE), o incluso la libertad de expresión (art. 20.1 a) CE).

3.4. El contenido y la problemática de la doble naturaleza del derecho a la propia imagen: derecho fundamental *versus* derecho patrimonial

Como ya reflejamos, el contenido clásico del derecho a la propia imagen también se suele definir en un doble sentido negativo y positivo. En su dimensión negativa se refiere al poder o facultad individual de impedir que los terceros puedan captar o utilizar la propia imagen sin el consentimiento de su titular. En esta acepción y desde la perspectiva de los demás implicaría una

167 *Supra*, cit., p. 70.

168 GIL Y GIL, J.L., «Poder directivo y apariencia externa...», cit., p. 221.

169 Se argumenta que se ha de dar un valor propio y autónomo a la mención expresa de este derecho en el texto constitucional que lo diferencie respecto a la intimidad. CRUZ VILLALÓN, J., «Derecho a la propia imagen y discriminación...», cit., p. 72.

170 ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Regulación del velo islámico en el trabajo», *Trabajo y Derecho*, nº 7, 2018, p. 8.

171 Véase en este sentido la STEDH, de 1 de julio de 2014, As. SAS c. Francia que en su apartado 107 refiere «(...) las decisiones en cuanto a la apariencia que uno desea mostrar en los espacios público y privado, son la expresión de la personalidad de cada uno y por tanto de la vida privada».

obligación de abstenerse, de no reproducir los rasgos de una persona sin su autorización. Se trata de un ámbito de reserva, de exclusión de los otros, por tanto, de un derecho impeditivo, como la mayoría de los derechos de la personalidad.

De esta manifestación negativa se infiere de manera implícita la positiva relativa al poder de decidir sobre la difusión o no de nuestra imagen. Como señala el Tribunal Constitucional es el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública¹⁷². Desde este enfoque, el derecho proporciona a su titular la potestad de autodeterminación sobre el flujo de información gráfica generado sobre sí mismo, a fin de poder controlar su reproducción y difusión¹⁷³. Supone por tanto la facultad exclusiva para el interesado de difundir o publicar su propia imagen, y, por ende, el derecho a evitar su reproducción.

Esta doble vertiente se reconoce de manera indubitada en la STC 72/2007 la cual establece que el derecho a la propia imagen en su dimensión constitucional se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva:

- El derecho a determinar la información gráfica de la imagen que pueda ser captada o tener difusión pública (el aspecto positivo).
- El derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por tercero no autorizado (el aspecto negativo).

En definitiva, este derecho como facultad que pretende salvaguardar el patrimonio moral de la persona, un ámbito propio o privativo que permita el desarrollo de la propia personalidad, otorga a cada individuo la decisión sobre el uso de su imagen y su posible utilización por parte de terceros.

En su aspecto positivo el consentimiento del titular a los terceros para el uso y/o difusión de la imagen propia salva la posible injerencia ilegítima de estos. Sin embargo, hemos de plantearnos si cualquier cesión consentida de la imagen a terceros es parte del derecho fundamental a la propia imagen. Como es sabido, el valor económico de la imagen de determinadas personas ha propiciado una mercantilización de esta como objeto del tráfico jurídico y se ha ido perfilando un derecho a la explotación comercial de la imagen, del nombre y de la voz. Esta vertiente meramente económica o patrimonial del derecho a la propia imagen no parece casar con la naturaleza *iusfundamental* que busca salvaguardar una esfera personal al individuo para su reconocimiento como tal, para su libre desarrollo como persona, en definitiva, para proteger su propia dignidad.

Esta es la orientación que sigue el Tribunal Constitucional claramente a partir de la STC 81/2001¹⁷⁴ en la que se rechaza de manera tajante que el aspecto meramente patrimonial integre

172 Definición reiterada en numerosas sentencias, entre otras SSTC 81/2001, 14/2003.

173 CARRILLO LÓPEZ, M., *El derecho a no ser molestado...*, cit., p. 18.

174 En sentencias anteriores es posible apreciar el camino recorrido hacia esta postura. Así, en la STC 231/88 del conocido «Caso Paquirri» se manifiesta que el derecho a la imagen invocado, derecho a disponer de la imagen de una persona fallecida y de su explotación económica, «es un derecho protegible en la vía civil y susceptible de poseer un contenido patrimonial, pero no podría ser tutelado en la vía de amparo como

el contenido esencial del derecho orientado a la protección de la esfera moral. En este sentido, se afirma que la LO 1/1982 reconoce a todas las personas un conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de la imagen, pero se trata de derechos legales, que no se han de confundir con la dimensión constitucional relacionada directamente con la dignidad humana. Así, se estima que la protección de los valores comerciales, económicos o patrimoniales de la imagen afectan a bienes jurídicos distintos a los propios de un derecho de la personalidad, y, por ello, no forman parte del ámbito del derecho fundamental a la propia imagen.

El Tribunal Supremo siguiendo la estela del Tribunal Constitucional ha acogido también esta distinción entre el «aspecto constitucional» y el «aspecto civil» del derecho, reservando para el primero el derecho moral, relacionado con la dignidad, y refiriendo para el segundo «la explotación comercial de la imagen»¹⁷⁵.

El problema es de nuevo que la LO 1/1982 es confusa, porque, por una parte, como ya vimos, considera como intromisión ilegítima cualquier uso no consentido de la imagen, sea cual sea su finalidad (art. 7.5) y, por otra, reconoce igualmente como una injerencia prohibida el uso sin consentimiento del nombre, la voz o la imagen de una persona (art. 7.6), pero esta vez, solo para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. La norma en realidad no delimita claramente qué se ha valorar o no como parte del contenido de este derecho, aunque si se atiende a su Exposición de Motivos hay que interpretar que lo previsto en ella es el desarrollo de este derecho fundamental¹⁷⁶.

En la línea seguida por el TC y en consonancia con el derecho americano¹⁷⁷, actualmente la mayoría doctrinal¹⁷⁸ distingue entre el doble aspecto moral y patrimonial del derecho. La vertiente moral o personal estaría en el ámbito de protección constitucional del derecho fundamental y se referiría a la facultad de impedir que los rasgos físicos que identifican a cada persona puedan divulgarse sin su consentimiento. El aspecto patrimonial a la propia imagen sería la proyección económica o material del derecho, es decir, la facultad de explotar pecuniariamente la imagen a favor de terceros y tendría únicamente una tutela legal, como un derecho similar a los derechos de propiedad intelectual¹⁷⁹. Se entiende que claramente estamos ante derechos diferenciados¹⁸⁰

derecho fundamental personalísimo» (FJ 3º). Posteriormente, la STC 117/94 afirmará que la imagen puede convertirse en «un valor autónomo de contenido patrimonial sometido al tráfico comercial», aunque no se pronuncie claramente sobre la pérdida de la naturaleza fundamental de esta manifestación (FJ 3º).

175 Como sentencias especialmente ilustrativas SSTS (Sala de lo Civil) de 26 de febrero de 2009 (Rec. núm. 465/2004), de 23 de febrero de 2010 (Rec. núm. 133/2007) y de 8 de mayo de 2014 (Rec. núm. 746/2011).

176 «El desarrollo mediante la correspondiente Ley Orgánica, a tenor del artículo 81.1 de la Constitución, del principio general de garantía de tales derechos contenidos en el citado artículo 18.1, de la misma constituye la finalidad de la presente ley» (párrafo 2º).

177 Sobre esta cuestión BARNETT, S.R., «El derecho a la propia imagen: *el right of publicity* norteamericano y su correspondencia en el Derecho español», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 237, 2000, pp. 1225-1249.

178 AMAT LLARI, M. E., *El derecho a la imagen y su valor publicitario*, La Ley, Madrid, 1992, AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a...*, cit., pp. 205-210, BLASCO GASCÓ, F., *Patrimonialidad y personalidad de...*, cit., p. 113.

179 LÓPEZ-MINGO TOLMO, A., *El derecho a la propia imagen de los modelos –actores y actrices– publicitarios*, Visión Net, Madrid, 2005, pp. 29-30.

180 IGARTÚA ARREGUI, F., «El derecho a la imagen en la jurisprudencia española», cit., p. 328, AMAT LLARI, M. E., *El derecho a la imagen y su valor...*, cit., p. 49, HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., *Honor, intimidad...*, cit., p. 61.

o se afirma que se trata de un único derecho de carácter personal con una importante vocación patrimonial¹⁸¹, pero, al fin, lo relevante es que ese aspecto negocial del derecho no resulta protegido con las garantías propias de un derecho fundamental¹⁸². Repárese en la relevancia de esta cuestión para aquellas relaciones de naturaleza laboral en las que existe una cesión de estos derechos a la explotación de la imagen de los trabajadores.

En cualquier caso, sí es importante matizar que el Tribunal Constitucional afirma que el derecho a la propia imagen no debe confundirse con el derecho de toda persona a la explotación económica, comercial o publicitaria de su imagen¹⁸³, si bien reconoce que el uso comercial de la imagen de una persona sin su consentimiento puede constituir una vulneración del derecho fundamental. Es decir, la captación, reproducción o divulgación de la imagen de una persona sin su acuerdo –al margen de los límites o excepciones previstos– supone una lesión del derecho fundamental sea cual sea su finalidad, comercial o de otro tipo. Se afectaría a ese espacio de reserva o ámbito de libre desarrollo que protege el derecho fundamental. El uso comercial provocará consecuencias patrimoniales, pero ello no excluye el daño moral¹⁸⁴ derivado de la lesión del derecho fundamental. Si este derecho consiste en la potestad de autodeterminación personal sobre el flujo de información gráfica generado sobre uno mismo, a fin de controlar su reproducción y difusión¹⁸⁵, su utilización no autorizada por los demás vulneraría su contenido independientemente de la finalidad perseguida. En igual sentido, el TC indica que «facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad –informativa, comercial, científica, cultural, etc.– perseguida por quien la capta o difunde»¹⁸⁶.

Todo ello conduce a la necesidad de distinguir entre las dos dimensiones de este derecho, quedando la explotación comercial de la imagen tutelada en un nivel infraconstitucional, a través de la protección legal. Aunque la LO 1/1982 no contiene una regulación específica de la vertiente patrimonial de este derecho, salvo la previsión del consentimiento como medio para evitar una intromisión ilegítima, su configuración doctrinal y jurisprudencial sigue el modelo anglosajón del «*right of publicity*», entendiéndose por tal el derecho de cada uno a aprovecharse de los valores publicitarios o comerciales que él mismo ha creado o adquirido o como el derecho inherente a toda persona de controlar la utilización comercial de su identidad¹⁸⁷. Así, se concluye que cuando la imagen es objeto de tráfico en materia laboral y comercial, este

181 AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a la...*, cit., p. 35.

182 En sentido totalmente contrario a esta tesis mayoritaria se pronuncia DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., rechazando esta construcción. Para el autor la ley no reconoce un derecho a la explotación comercial de la imagen, sino que consagra un derecho de la personalidad a determinar la representación gráfica de los rasgos físicos personales. La referencia a la explotación patrimonial de la misma solo constituye un tipo de intromisión ilegítima, «El derecho a la propia imagen en la LO 1/1982, de 5 de mayo», cit., pp. 58 y ss.

183 De nuevo, la STC 81/2001.

184 Incluso el daño puede ser mayor, porque como ya señalara GITRAMA podría afectar a la propia estima de la persona ante los demás que probablemente especularían sobre el uso de la imagen por motivos económicos GITRAMA GONZÁLEZ, M., en voz «Imagen (derecho a la propia)», cit., p. 336.

185 CARRILLO LÓPEZ, M., «El derecho a la propia imagen como derecho fundamental» *Revista Jurídica de Asturias*, nº 18, 1994, p. 18.

186 STC 14/2003, (FJ 5º).

187 MÁRTINEZ ESPÍN, P., «Cesión inconsentida de la imagen para un uso comercial no autorizado», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 5, 2011, (BIB 2011\198), pp. 85 y ss.

queda salvaguardado por la protección procesal común, fuera de la protección judicial civil de los derechos fundamentales¹⁸⁸. Ello no impide que las cesiones a título gratuito de la imagen, sea cual fuera su finalidad, sigan integrando el contenido del derecho fundamental a la propia imagen¹⁸⁹ en esta vertiente activa.

En la dimensión negativa o impeditiva, cuando no media relación negocial, cualquier utilización no autorizada de la imagen por terceros, sea cual sea su finalidad, entraría dentro de la protección constitucional del derecho¹⁹⁰. Reafirma esta tesis el art. 8.2 a) de la LO 1/1982 y la interpretación que del mismo realiza el TS. En dicho apartado se considera que no existe una intromisión ilegítima cuando la imagen se capta durante un acto público o en lugares abiertos al público para las personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o con proyección pública. Sin embargo, si bien esta salvedad estaría justificada por razones de interés público informativo, nunca resultaría aplicable para un uso con una mera finalidad lucrativa¹⁹¹. Por ello, ha de entenderse que podría limitarse por el derecho a la información y el interés público de la noticia pero nunca ceder ante el mero interés crematístico de un tercero, que, en forma alguna, alcanza un rango jurídico tan elevado como el de los derechos fundamentales. Conforme a reiterada jurisprudencia, la captación sin consentimiento de la imagen de una persona para su reproducción periodística, no justifica su sola explotación con fines mercantiles o publicitarios¹⁹².

3.5. La titularidad del derecho ¿Gozan de este derecho las personas jurídicas?

Al tratarse de un derecho a la personalidad derivado directamente de la dignidad, toda persona, por el hecho de serlo, es titular del mismo, sea cuál sea su nacionalidad, su capacidad o su edad. Otra cuestión es que se prevea una regulación específica para su ejercicio por los menores o las personas con capacidad limitada¹⁹³, teniendo en cuenta que la autorización o la conformidad del titular del derecho es un elemento clave para salvar la ilegitimidad de las intromisiones o injerencias de los terceros.

Respecto a la posibilidad de que las personas jurídicas sean sujetos de este derecho, es conocida la doctrina constitucional que admite que estas gozan de los derechos fundamentales

188 SSTS (Sala de lo Civil), de 20 de abril de 2001 (Rec. núm. 918/1996) y de 22 de julio de 2008 (Rec. núm. 2047/2001).

189 En igual sentido, PASCUAL MEDRANO, A., *El derecho fundamental...*, cit., p. 82.

190 CASTILLA BAREA, M., *Las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen. Estudio de las circunstancias que legitiman la intromisión en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*. Aranzadi, Cizur Menor, 2011 p. 60.

191 STS (Sala de lo Civil), de 3 de octubre de 1996 (Rec. núm. 4033/1992) «Que, si bien es cierto que el art. 8.2 de la misma Ley Orgánica de 5 mayo 1982 establece que el derecho a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, también lo es que, como viene entendiendo la doctrina más autorizada, el carácter público de la persona cuya imagen se reproduzca sin su consentimiento, únicamente legitima su captación, reproducción o publicación a fines de mera información, pero nunca cuando se trata de su explotación para fines publicitarios o comerciales» (FJ 2º).

192 STS (Sala de lo Civil), de 22 de marzo de 2001 (Rec. núm. 716/1996).

193 Véase el apartado relativo al consentimiento.

que por su naturaleza puedan resultar aplicables a las mismas¹⁹⁴, si bien ello no supone una obligada equiparación entre las personas físicas y las jurídicas. Será el ordenamiento jurídico el que determinará si una concreta actividad puede ser desarrollada en un plano de igualdad por ambas¹⁹⁵.

Este interrogante tiene especial importancia en el ámbito laboral porque en el caso de que se aceptara que la persona jurídica ostenta este derecho, y, por tanto, las empresas, podrían surgir conflictos de colisión entre el derecho a la imagen de la empresa y el derecho a la imagen de los trabajadores¹⁹⁶.

No obstante, la naturaleza de este derecho, como un derecho de la personalidad, vinculado directamente con la dignidad del ser humano no parece resultar predicable de las personas jurídicas¹⁹⁷. Aún así, esta nota no impediría su reconocimiento, recuérdese que respecto al derecho al honor, derecho de igual naturaleza, la doctrina constitucional finalmente aceptó esta titularidad de manera limitada¹⁹⁸. Con todo, parece que el contenido del derecho a la propia imagen relativo al «aspecto físico», «las cualidades del cuerpo» o «la figura humana» determina que solo resulte aplicable a las personas individuales puesto que lógicamente las personas jurídicas carecen de estos rasgos materiales de identificación¹⁹⁹. No cabe duda de la importancia que tiene para las personas jurídicas gozar y defender una imagen propia o unos rasgos identificativos concretos, generalmente a través de su marca, de la denominación o de un logotipo, pero la protección jurídica de estos aspectos quedaría al amparo de la normativa de propiedad intelectual e industrial²⁰⁰.

194 Por todas, STC 137/1985.

195 STC 23/1989.

196 Plantea esta hipótesis, CRUZ VILLALÓN, J., «Derecho a la propia imagen y discriminación...», cit., pp. 75 y ss.

197 La doctrina civil en su mayoría niega esta titularidad, PASCUAL MEDRANO, A., *El derecho fundamental...*, cit., p. 117, ALEGRE MARTÍNEZ, M.A., *El derecho a la propia...*, cit., p. 98 y AZURMENDI ADARRAGA, A. *El derecho a...*, cit., p. 175, entre otros. No obstante se plantea en algún caso que por pura coherencia jurisprudencial se debiera admitir con matices PARDO FALCÓN, J., «La dimensión patrimonial del derecho a la propia imagen», AA. VV., (coord. BASTIDA FREIJEDO, F.J.), *Propiedad y derecho constitucional*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, p. 356.

198 SSTC 139/95 y 183/95 «En consecuencia, dada la propia sistemática constitucional, el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas. Bien es cierto que este derecho fundamental se encuentra en íntima conexión originaria con la dignidad de la persona que proclama el art. 10.1 C.E. Pero ello no obsta para que normativamente se sitúe en el contexto del art. 18 de la C.E. Resulta evidente, pues, que, a través de los fines para los que cada persona jurídica privada ha sido creada, puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad y en dos sentidos distintos: tanto para proteger su identidad cuando desarrolla sus fines como para proteger las condiciones de ejercicio de su identidad, bajo las que recaería el derecho al honor. En tanto que ello es así, la persona jurídica también puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena». (FJ 5º STC 139/95).

199 CASTILLA BAREA, M., *Las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen...*, cit., p. 38.

200 STS (Sala de lo Civil), de 15 de junio de 2011 (Rec. núm. 333/2009) «(...) de esto se sigue que, por su propia naturaleza, el derecho a la propia imagen solo tiene sentido en relación con la persona física. Los signos asociados a la imagen de las personas jurídicas, como parte de su activo cultural, están protegidos mediante la regulación de la propiedad intelectual e industrial, cuya vulneración no comporta por sí misma la infracción de un derecho fundamental».

3.6. Los límites del derecho a la propia imagen

A. Los límites generales

Los límites comunes a los tres derechos, están regulados en el art. 2 y concretados por art. 8 de la LO 1/1982 y se refieren a la existencia del consentimiento del titular del derecho, a la autorización legal o a las actuaciones de la autoridad conforme a la misma y a los supuestos en los que predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.

a. El consentimiento

Podemos afirmar que este elemento es el límite fundamental en la configuración de este derecho puesto que, por su propio contenido, la conformidad del titular al uso por los terceros de su imagen actuaría como la primera cláusula de exclusión de la antijuridicidad de la injerencia. De tal manera que, concurriendo esta, las demás causas previstas legalmente ya no serían necesarias.

Ello es así porque «la eventual autorización del titular excluiría la idea misma de intromisión» salvo la protección específica relativa a los menores o personas con capacidad limitada²⁰¹. Es más, en realidad se podría considerar que no se trata de un límite, sino que el consentimiento es la forma de ejercitar de manera positiva este derecho en el sentido de que faculta a su titular para aceptar el uso de su imagen por los demás²⁰².

Dada la importancia de este, la norma, para garantizar de manera efectiva que el titular está de acuerdo con la intromisión, exige que se preste de manera «expresa». Este término tal y como se interpreta²⁰³, no hace alusión a la necesidad de una formalización escrita, sino que requiere que el consentimiento sea inequívoco²⁰⁴, es decir, se admite su forma oral e incluso el manifestado por otras vías concluyentes o conductas significativas²⁰⁵. Aunque el consentimiento tácito se estima válido, en la práctica plantea bastantes problemas su alcance, teniendo en cuenta que

201 Respecto a los menores e incapaces existe una tutela especial. Básicamente esta cuestión se encuentra regulada en el art. 3 de la LO 1/1982 y en el art. 4 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Como norma general se admite que puedan prestar el consentimiento por sí solos cuando sus condiciones de madurez les habiliten para ello. En otro caso, deberán hacerlo sus representantes legales por escrito, con el previo conocimiento del Ministerio Fiscal, que podrá oponerse, debiendo resolver el Juez.

No obstante, a pesar de que exista el consentimiento del afectado o de sus representantes, el art. 4 de la LO 1/1996 incrementa la tutela de los menores y considera como intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre por los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses. Tal y como se justifica en la Exposición de Motivos de esta norma se persigue salvaguardar al menor «que puede ser objeto de manipulación incluso por sus propios representantes legales o grupos en que se mueve».

202 ROVIRA SUEIRO, M.E., *El derecho a la propia imagen*, Comares, Granada, 2000, p. 69.

203 En general se apoya de manera mayoritaria esta tesis aunque haya alguna voz disidente, véase, PASCUAL MEDRANO, A., *El derecho fundamental...*, cit., pp. 92 y ss.

204 Salvo en el supuesto de la autorización de los representantes legales de los menores y/o incapaces que por falta de la madurez suficiente no pueden consentir por sí mismos, que debe ser escrita.

205 «(...) dicho consentimiento, por imperativo del art. 2.2 de la LO 1/82, ha de ser expreso, lo que no equivale a que se haga por escrito; puede deducirse por tanto de actos o conductas de inequívoca significación, lo que es opuesto a lo ambiguo o dudoso» STS (Sala de lo Civil), de 25 de enero de 2002 (Rec. núm. 2689/1996) (FJ 2º) doctrina reiterada en STS (Sala de lo Civil), de 25 de febrero de 2009 (Rec. núm. 2150/2006).

se viene exigiendo una autorización concreta del titular para cada acto de disposición²⁰⁶ y que se impide el uso de las imágenes para fines diferentes a los consentidos²⁰⁷. En relación a este extremo hay que tener en cuenta la STS (Sala de lo Civil) de 15 de febrero de 2017²⁰⁸, sobre las fotografías que se suben de manera voluntaria a las redes sociales. En el caso concreto, un medio de comunicación había publicado la imagen obtenida del perfil de *Facebook* de la víctima de un suceso violento sobre el que se informaba. Se considera que el consentimiento del titular de la imagen para que el público en general pueda ver su fotografía en una cuenta abierta de una red social no supone una autorización para su publicación o divulgación posterior de forma distinta²⁰⁹. No obstante, recientemente, la STS (Sala de lo Civil), de 20 de julio de 2018, ya citada, no aprecia la lesión al derecho a la propia imagen por la publicación en una red social de fotografías que ya figuraban de manera pública en Internet. Recordemos que el Tribunal argumenta que la prestación del consentimiento para la publicación en Internet de la propia imagen supone aceptar la difusión siempre que por sus características sea una consecuencia natural del carácter accesible de estos datos en la red.

Tal vez, el asunto que ha provocado más controversias sea el amplio²¹⁰ reconocimiento que dispone la ley²¹¹ a la posibilidad de revocar el consentimiento prestado. Regulación, cuya finalidad está ligada a proteger el carácter irrenunciable de este derecho de la personalidad²¹². Lo calificamos de amplio porque la norma, a salvo de la previsión de una indemnización para los

206 «(...) el consentimiento debe versar sobre la obtención de la imagen y sobre su concreta publicación en un determinado medio de comunicación social» (FJ 5º) STS (Sala de lo Civil), de 24 de septiembre de 2014 (Rec. núm. 213/2012) que reitera doctrina de sentencias anteriores, STS (Sala de lo Civil), de 15 de junio de 2011 (Rec. núm. 421/2009).

207 En este sentido también, el ATC 300/1989 afirma que cuando el legislador emplea las palabras «captación», «reproducción» y «publicación» cada uno de esos actos sustantivos tiene un significado autónomo por lo que considera fundada la decisión de la Audiencia en relación a que el consentimiento otorgado para la captación de una fotografía no se extiende a su publicación (FJ 3º). En la misma dirección, la STS (Sala de lo Civil), de 2 de junio de 2010 (Rec. núm. 2208/2007), sobre utilización in consentida en una revista de la fotografía cedida por un soldado profesional para una campaña de reclutamiento militar en un artículo crítico sobre las Fuerzas Armadas.

208 Rec. núm. 3365/2015.

209 Sobre esta Sentencia, véase DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., «Libertad de información y derecho a la intimidad de las víctimas. Comentario a la STS (Pleno) núm. 91/2017, de 15 de febrero», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 6, IDIBE, 2017, pp. 278-291 y «Uso de imagen tomada de perfil de Facebook para ilustrar una noticia de interés público. Nuevo comentario de la STS (Pleno) núm. 91/2017, de 15 de febrero», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 6, IDIBE, 2017, pp. 302-312 y VALDECANTOS, M., «Derecho a la propia imagen y derecho a la información: las redes sociales como fuente para los medios tradicionales de comunicación y la STS 91/2017, de 15 de febrero», *Actualidad Civil*, nº 3, 2017, pp. 98-104.

210 La generosidad de esta facultad es destacada por gran parte de la doctrina civil, y, en concreto se considera que esta regulación obedece a que la ley sigue aferrada a la naturaleza extrapatrimonial e indisponible de estos derechos. Si bien esta configuración puede resultar atinada para el derecho al honor o incluso a la intimidad, no casa con la doble naturaleza del derecho que nos ocupa. Véase, IGARTÚA ARREGUI, F., «El derecho a la imagen en la jurisprudencia española», cit., p. 328.

211 «El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas». Art. 2. 3 LO 1/1982.

212 Tal y como se explica claramente la Exposición de Motivos «(...) Ahora bien, la ley exige que el consentimiento sea expreso, y dada la índole particular de estos derechos, permite que pueda ser revocado en cualquier momento, aunque con indemnización de los perjuicios que de la revocación se siguieren al destinatario del mismo (...)».

perjudicados, reconoce esta facultad sin vincularla a causa alguna²¹³, sin disponer de un plazo para su ejercicio²¹⁴, ni condicionarla –en principio– a acuerdos o contratos que pueda haber suscrito el titular de este derecho.

Este último punto es el que resulta más conflictivo, pues, despegándose del tenor de la norma, un importante sector de la doctrina civilista limita o incluso excluye esta facultad de revocación cuando haya existido una previa cesión de la propia imagen por medio de un contrato²¹⁵. Tan extensa facultad de revocación resulta incoherente y contradictoria con la misma idea del contrato²¹⁶. En esta materia subyace de nuevo la doble naturaleza o vertiente de este derecho –personal y patrimonial–, de manera que la revocación no debería operar con esta libertad cuando en la cesión predomina un interés meramente económico²¹⁷. Parece que esta tesis es la más razonable ya que la revocabilidad del consentimiento tiene como fin esencial la protección del derecho a la propia imagen como derecho fundamental. Desde esta óptica, no debería ser utilizada como una garantía para salvaguardar objetivos meramente patrimoniales, como podría ser la comercialización de la imagen en condiciones económicas más ventajosas que las anteriormente acordadas²¹⁸.

Sin embargo, aunque los tribunales mantengan esta separación entre la protección constitucional del derecho a la propia imagen como fundamental y la protección legal destinada a su explotación económica, el deslinde de ambas vertientes en ocasiones es difuso y complicado. Recordemos que en principio se considera fuera del contenido del derecho constitucional la explotación que realiza el propio titular, de naturaleza económica, comercial o publicitaria, pero no el uso inconstitucional de un tercero para iguales fines. Además, la jurisprudencia constitucional también reconoce que en determinadas circunstancias la explotación comercial consentida podría afectar al derecho fundamental a la propia imagen, aunque no haya precisado tales supuestos²¹⁹.

213 Se trata por tanto de una facultad de revocación *ad nutum*, no supeditada a la invocación ni prueba alguna de la causa justificativa para su ejercicio. CASTILLA BAREA, M., *Las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen...*, cit., p. 186.

214 La literalidad de la norma es contundente «*en cualquier momento*» aunque ha sido matizada por la STC 117/1994, que con toda lógica aclara que la revocación no puede tener efectos retroactivos «(...) trocando retroactivamente en ilegítimas intromisiones antes consentidas (...)» (FJ 6º). Considera fundadas las resoluciones judiciales anteriores que argumentaron que la publicación de las fotografías –que aún no se había producido– no era un acto instantáneo, sino parte de un proceso integrado con fases sucesivas, de las cuales algunas de las más importantes se habían producido antes de la revocación.

Razonamiento, que ha sido criticado por DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., «El consentimiento como causa de exclusión de la ilegitimidad de la intromisión» en AA. VV., (coord. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.), AA. VV., *El derecho a la propia imagen...*, cit., p. 81.

215 Se considera que la revocación legal debe ir referida a los actos unilaterales de disposición de la imagen, excluyendo a aquellos en los que haya mediado una relación contractual. HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., *Honor...*, cit., p. 242 y GITRAMA GONZÁLEZ, M., en voz «Imagen (derecho a la propia)», cit., pp. 342 y ss.

216 CASTILLA BAREA, M., *Las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen...*, cit., p. 199.

217 CABEZUELO ARENAS, A., *El derecho a la intimidad*, cit., pp. 376 y ss. e IGARTÚA ARREGUI, F., «El derecho a la imagen en la jurisprudencia española», cit., p. 327.

218 PASCUAL MEDRANO, A., *El derecho fundamental a la propia imagen...*, cit., p. 103.

219 STC 81/2000 «(...) el derecho constitucional a la propia imagen no se confunde con el derecho de toda persona a la explotación económica, comercial o publicitaria de su propia imagen, aunque obviamente la explotación comercial inconstitucional –e incluso en determinadas circunstancias la consentida– de la imagen de una persona puede afectar a su derecho fundamental a la propia imagen (...)» (FJ 2º).

De igual manera, en la doctrina constitucional, solo se intuye una posible modulación o limitación a su ejercicio en atención a los posibles acuerdos contractuales que se hayan podido suscribir por el interesado. Así, si bien la STC 117/94 reconoce la facultad en los casos de explotación comercial por su propio titular, se acepta que algunas de las consecuencias de su ejercicio pueden quedar condicionadas en atención a las relaciones jurídicas que se hayan entablado²²⁰. Se deja por tanto una vía abierta a que sean los tribunales ordinarios los que busquen una ponderación de los derechos en el caso concreto. No ha habido sentencias posteriores relativas a esta cuestión, pero teniendo en cuenta la ulterior doctrina consolidada sobre la exclusión de la vertiente patrimonial del ámbito del derecho fundamental, hemos de valorar que probablemente los supuestos de explotación de la imagen en los que se ejercita la revocación por intereses meramente lucrativos, entrarían en esta dimensión no constitucional, vedando esta posibilidad. Sin embargo, el TS sigue aceptando en las relaciones contractuales de cesión de imagen la efectividad de esta libre facultad y estima como una vulneración del derecho fundamental a la propia imagen la difusión o divulgación posterior de las fotografías o grabaciones²²¹.

b. La autorización legal

Tanto el art. 2.2 de la LO 1/1982, como de manera más concreta el art. 8.1, aluden a las limitaciones que podría establecer expresamente la ley y a las actuaciones de la Autoridad competente acordadas o autorizadas de acuerdo a aquella. Entre estas restricciones están las que prevé la propia norma y, en concreto, respecto al derecho que nos ocupa, las específicas sobre el derecho a la propia imagen que dispone el art. 8.2.

Al margen de estas, habría que tener en cuenta cualquier otra ley que actualmente o en un futuro establezca limitaciones en relación al mismo. No es el momento de realizar una

220 Reproducimos la argumentación completa, «Ciertamente que, mediante la autorización del titular, la imagen puede convertirse en un valor autónomo de contenido patrimonial sometido al tráfico comercial y ello puede inducir a confusión acerca de si los efectos de la revocación se limitan al ámbito de la contratación o derivan del derecho de la personalidad. Esto es lo que puede determinar situaciones como la que aquí se contempla porque los artistas profesionales del espectáculo (o quienes pretenden llegar a serlo), que ostentan el derecho a su imagen como cualquier otra persona salvo las limitaciones derivadas de la publicidad de sus actuaciones o su propia notoriedad, consienten con frecuencia la captación o reproducción de su imagen, incluso con afección a su intimidad, para que pueda ser objeto de explotación comercial; mas debe afirmarse que también en tales casos el consentimiento podrá ser revocado, porque el derecho de la personalidad prevalece sobre otros que la cesión contractual haya creado. Mas, en esos supuestos de cesión voluntaria de la imagen o de ciertas imágenes, el régimen de los efectos de la revocación (prevista en el art. 2.3 de la LO 1/1982 como absoluta) deberá atender a las relaciones jurídicas y derechos creados, incluso a favor de terceros, condicionando o modulando algunas de las consecuencias de su ejercicio; y corresponde a los Tribunales ordinarios la ponderación de los derechos en conflicto en tales casos, sin perjuicio de la que a este Tribunal compete, únicamente desde la perspectiva constitucional», (FJ 3º).

221 Así, la STS (Sala de lo Civil), de 21 abril de 2016, (Rec. núm. 12/2014) sobre una cláusula de un contrato de cesión de imagen lucrativo que vinculaba a su explotación a perpetuidad considera que tal pacto «más que abusivo resulta total y manifiestamente contrario a la protección legal del derecho a la propia imagen en su dimensión de derecho fundamental, porque la facultad legal de revocar el consentimiento «en cualquier momento» excluye necesariamente no solo la perpetuidad sino incluso la sujeción al plazo pactado, por más que en este último supuesto pueda proceder una indemnización a favor de la otra parte contratante» (FJ 9º). Quizás con más fundamento por tratarse de una relación contractual de cesión de imagen de carácter gratuito, la STS (Sala de lo civil), de 27 de noviembre de 2015 (Rec. núm. 3172/2014) contempla la posibilidad de revocación temporal sin justificación por parte del interesado.

búsqueda exhaustiva y un estudio minucioso de las normas que podrían restringirlo, pero su mayor afectación puede venir justificada por razones de seguridad pública o privada conforme a la normativa al respecto²²² o en relación a los procesos judiciales, bien por la necesidad de la constancia audiovisual de los juicios²²³ o por la regulación de los posibles medios de prueba²²⁴. Precisamente incidiremos en esta última cuestión al tratar de los sistemas de grabación de imagen como instrumentos de control empresarial y como medio de prueba en el proceso laboral.

c. El interés histórico, científico, o cultural relevante

Como última restricción general el precepto se refiere a los supuestos en los que «predomine» un interés «histórico, científico, o cultural relevante». Esta salvedad exige por tanto una doble condición, que exista un interés importante de esta naturaleza y que este resulte preponderante como para sacrificar la injerencia en el derecho a la propia imagen.

En general, se ha criticado esta limitación por la amplitud de los conceptos utilizados²²⁵ y por la dificultad de dar una definición estable sobre lo que puede significar un interés de carácter histórico, científico o cultural. Además, la exigencia de tal prevalencia obliga necesariamente a realizar una ponderación en el caso concreto que avoca a un estudio particular de las distintas situaciones que se pudiesen originar.

Doctrinalmente se ha tratado de acotar o definir estos valores entendiendo que el interés histórico²²⁶ podría legitimar la divulgación de la imagen personal sin el consentimiento del afectado cuando este hubiese participado o sido protagonista de acontecimientos o sucesos pasados de especial importancia o dignos de memoria. Piénsese en las ilustraciones incluidas en los libros o revistas de esta naturaleza que utilizan fotografías de las personas relacionadas con los hechos narrados.

En similares términos, la utilidad o la importancia para la ciencia o la investigación de determinados descubrimientos, avances o acontecimientos pudiesen justificar la publicación de la imagen de concretas personas vinculadas a los mismos. En cualquier caso, los ejemplos aludidos se refieren a personas de notoriedad pública, por lo que esta mayor disposición sobre su imagen, como veremos, también viene fundamentada en el polémico apartado a) del artículo 8.2 de la LO 1/1982. Más difícil parece que estos intereses pudiesen avalar la difusión de la imagen de personas anónimas.

Los casos concretos en los que los jueces han tenido que examinar la prevalencia del interés histórico o científico sobre el derecho a la propia imagen no han sido muy numerosos. Se puede

222 LO 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos y la L 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada.

223 Así, en el ámbito civil, art. 147 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; en el penal, arts. 680 y ss. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el ámbito laboral, art. 89 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS).

224 Arts. 299.2 LEC, 730 LEcrim. y 90 LRJS.

225 Se califican de «conceptos muy versátiles y con alto grado de subjetividad» PASCUAL MEDRANO, A., *El derecho fundamental a la propia imagen...*, cit., p. 167.

226 *Supra*, cit., p. 168.

destacar la STS (Sala de lo Civil), de 29 de septiembre de 1992²²⁷, que rechaza que la finalidad científica pueda justificar la publicación de las fotografías de una persona anónima antes y después de someterse a una operación de cirugía estética. También se alude en cierto modo a este interés en la STS (Sala de lo Civil), de 29 de abril del 2009²²⁸ pero en este caso para respaldar junto a otras causas la legitimidad del uso²²⁹ de la imagen de un deportista de alto nivel en la portada de un libro de divulgación científica.

Mucho más amplio como noción resulta el llamado interés cultural, y, tal vez, por esa misma razón, aumentan los pleitos judiciales en los que resulta alegado como límite al derecho fundamental a la propia imagen. No obstante, el TS mantiene una línea de interpretación restrictiva, donde llega a afirmar que el interés cultural no puede ser «una patente de corso»²³⁰ que ampare intromisiones ilegítimas, sino que debe valorarse su relevancia, examinando en qué medida es imprescindible el uso de la imagen para poder atender a ese fin²³¹.

De todas formas, en la mayoría de los supuestos conflictivos, que se producen entre el derecho a la información y el derecho a la propia imagen, los tribunales, especialmente el Tribunal Constitucional, han introducido la necesidad de que exista un «interés público» de la información en la consideración de que el valor preferente de esta libertad no puede vaciar de contenido los derechos fundamentales de los afectados, salvo que lo transmitido sea relevante para la comunidad²³².

B. Los límites específicos

Además de las restricciones generales, el art. 8.2 enumera tres límites aplicables únicamente al derecho a la propia imagen. Se trata de autorizaciones para captar y divulgar la imagen sin el consentimiento de los afectados cuyo fundamento radica en la protección de los derechos a la libertad de expresión y, especialmente, de la libertad de información, bajo la consideración de que existe un interés general que prevalece sobre el particular del individuo en evitar la publicidad de su figura o aspecto.

A ambas libertades, además de su carácter individual, se les reconoce una especial función de garantía de la existencia de una opinión pública libre, necesariamente vinculada al pluralismo

227 Roj. STS 7315/1992.

228 Rec. núm. 629/2004.

229 Se alude también a la profesión de notoriedad pública del afectado y a que la fotografía se había captado en un acto público, en concreto en una de las competiciones deportivas en las que había participado.

230 STS (Sala de lo Civil) de 7 de octubre de 1996 (Rec. núm. 2232/1993) (FJ 2º).

231 En la sentencia apuntada *supra* se constata la falta relevancia del interés cultural alegado por el Ayuntamiento de Madrid en una campaña publicitaria sobre el respeto a los mayores. En ella se utilizaba la imagen de varios adultos y de un menor, personas anónimas, captada en la vía pública. En la misma línea, la STS de 19 de octubre de 1992 (Roj. 7829/1992), a raíz de la publicación incontestada de la fotografía de un menor en una revista educativa afirma que «el hecho de que la publicación tuviera por objeto la «información educativa» y careciera de toda finalidad crematística o económica no implica que todos los trabajos en ella publicados tengan el «interés cultural relevante» a que se refiere el art. 8.1. de la Ley Orgánica 1/ 1982.» (FJ 1º).

También la STS (Sala de lo Civil), de 30 de junio de 2015, (Rec. núm. 2895/2013) reputa como intromisión ilegítima la publicación de la fotografía de un menor anónimo en una revista informativa.

232 LORENTE LÓPEZ, C., «Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en la jurisprudencia más reciente», AA. VV., (coord. FAYÓS GARDÓ, A.), *Los derechos a la intimidad y la privacidad en el S. XXI*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 132.

político. Contribuyen a ello al facilitar el acceso a una información veraz²³³ y el contraste de ideas u opiniones sobre asuntos de interés general²³⁴.

En concreto, la norma dispone de tres causas distintas que posibilitan la apropiación ajena de la imagen:

- La captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.
- La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.
- La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.

La primera de estas excepciones es la que ha dado lugar a una mayor literatura y a una amplísima jurisprudencia que ha ido evolucionando y matizando cada uno de los elementos que requiere la norma²³⁵. El precepto en principio exige que concurren dos extremos, por un lado, que la imagen se refiera a una persona que tenga notoriedad pública y, por otro, que haya sido captada en un acto público o en lugar abierto al público.

Esta idea se refleja en una frase ya clásica del TS, que ha de ser matizada, en la que afirma que para las personas públicas o con notoriedad pública «el honor disminuye, la intimidad se diluye y la imagen se excluye»²³⁶.

La regulación legal opta por ordenar el conflicto prefijando en abstracto la ponderación que los tribunales deben aplicar al caso concreto en atención a la concurrencia de las circunstancias previstas²³⁷. Además, en un principio la interpretación de las condiciones de aplicación de esta salvedad fue muy flexible, tanto respecto a quién ostenta la consideración

233 Como se sabe, uno de los principales límites a la libertad de información es la veracidad de los hechos transmitidos. Este requisito no exige la constatación o prueba de su total exactitud. Según el TC la información no ha de ser necesariamente verdadera, bastando con que se acredite una actitud diligente en el informador, que no actúe con un desprecio absoluto del respeto debido a los informados. Por todas, STC 61/2004 «sobre la veracidad se parte de que este requisito constitucional no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; todo ello sin perjuicio de que su total exactitud puede ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado» (FJ 4º).

234 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., «Intromisiones en el derecho a la propia imagen autorizadas por ley», AA. VV., (coord. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.), *El derecho a la propia imagen...*, cit., p. 93.

235 Véase para un análisis minucioso de estas limitaciones en CASTILLA BAREA, M., *Las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen...*, cit., pp. 253-348.

236 Por todas, STS (Sala de lo Civil), 24 de abril de 2000 (Rec. núm. 2196/95) (FJ 1º).

237 NAVAS SÁNCHEZ, M. M., «El uso informativo de la imagen», cit., p. 20.

de cargo público²³⁸ o ejerce profesiones de notoriedad pública²³⁹, como en relación a qué se entiende por acto público²⁴⁰ o lugares abiertos al público²⁴¹, lo que derivó en una aplicación de la misma favorable a los medios de comunicación.

En los últimos años esta tendencia se ha ido modificando por la doctrina constitucional, siguiendo los precedentes del TEDH²⁴². Se valora que no basta con el cumplimiento de las condiciones de este apartado para reputar la actuación como legítima sino que se exige otro

238 Esta noción se interpreta en su sentido más amplio, no limitándose a las personas con importantes responsabilidades institucionales (Presidente de Gobierno, Diputados, Senadores, Jueces) sino que abarca a cualquier funcionario o empleado público cuando su imagen se haya captado durante un acto público o en lugar abierto al público. De esta manera no se considera exigible que el cargo público ostente cierta notoriedad, sino que basta con esta vinculación aunque se trate de personas totalmente anónimas, [STS (Sala de lo Civil), de 14 de marzo de 2003 (Rec. núm. 2313/1997) relativa a un Sargento de la Policía Municipal, (doctrina corroborada por el TC en su STC 72/2007), STS (Sala de lo Civil), de 1 de julio de 2004, sobre un Guardia Civil (Rec. núm. 2457/1998) o STS (Sala de lo Civil), de 14 de octubre de 2009, en relación a un Policía Nacional de paisano (Rec. núm. 461/2006)].

239 Aunque el precepto vincula la proyección o notoriedad pública al ejercicio de una determinada profesión, el TS viene reconociendo esta popularidad por variadas y amplias razones, por la actividad política, por su relación con un suceso importante, por su trascendencia económica o por su relación social, entre otras. Por todas, STS (Sala de lo Civil), de 24 de julio de 2012 (Rec. núm. 355/2011 (FJ 3º) que reproduce al igual que otras muchas sentencias la doctrina de la STS (Sala de lo Civil), de 17 de diciembre de 1997 (Rec. núm. 30/1994).

Es un listado de causas abierto o una «enumeración ejemplificativa», tal y como señala la STS de 25 de octubre de 2000, que también comprende «las relaciones amorosas, matrimonio, título nobiliario o belleza, etcétera. (Rec. núm. 3770/1995).

240 En la doctrina se define el acto público como «todo hecho o evento concertado que se celebre o desarrolle ante el público o ante los medios de comunicación, siendo indiferente a estos efectos, el carácter público o privado del lugar», PASCUAL MEDRANO, A., *El derecho fundamental a la propia imagen...*, cit., p. 148. En igual sentido, ROVIRA SUEIRO, M.E., *El derecho a la propia imagen...*, cit., p. 110.

241 Quizás, la propia amplitud legal de esta noción haya influido en la falta de una interpretación uniforme por parte de la jurisprudencia que queriendo en cierta manera restringir este concepto ha dado lugar a sentencias contradictorias y a un amplio casuismo que genera una gran inseguridad jurídica.

Si atendemos a la letra de la ley se deberían incluir todos aquellos espacios que fuesen accesibles a la colectividad o al público en general, independientemente de que pudiesen ser públicos o privados. En este sentido se han incluido como tal no solo la calle o la vía pública, el campo, las playas, sino también una discoteca, un establecimiento comercial o un restaurante. Las sentencias dejan fuera de este ámbito los domicilios particulares, un vehículo, la cubierta de un yate y el probador de un establecimiento comercial. Sin embargo, respecto de determinados espacios como las playas que en principio son de acceso público los tribunales abogan por una interpretación finalista y en base a ella distinguen entre lugares públicos concurridos y lugares públicos recónditos, para excluir en este caso las posibilidades de captación de imágenes. En igual sentido, dentro de los establecimientos hoteleros se suele diferenciar entre las distintas dependencias. Véase respecto a esta cuestión, CASTILLA BAREA, M., *Las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen. Estudio...*, cit., pp. 296-325.

Sobre el concepto de lugar abierto al público hay que señalar una evolución restrictiva y finalista en la interpretación del Tribunal Supremo que no acoge aquellos lugares a los que teóricamente cualquier persona pueda tener acceso, sino que es una noción más limitada. Es muy ilustrativa la STS de 28 de noviembre de 2008 (Rec. núm. 29/2004), según la cual «no cabe entender como ‘lugar abierto al público’ todo aquel al que cualquier persona pueda tener acceso en un momento determinado –como, en el caso, una playa recóndita– sino el que resulta de uso normal por una generalidad de personas que acceden a él fuera del ámbito estricto de su vida privada y que comporta que, en tal supuesto, la persona pública, despojada en tal caso de su derecho a disponer de la propia imagen, haya de soportar simplemente las molestias que pueda causarle la captación y reproducción de su figura física sin su consentimiento» (FJ 2º).

242 Con apoyo principalmente en la muy citada STEDH As. von Hannover c. Alemania nº 1, de 24 de junio de 2004.

requisito adicional²⁴³ el denominado «interés público de la información» o «la relevancia pública de la información».

Este cambio de criterio es resultado de una evolución paulatina cuya andadura comienza principalmente con las SSTC 139/2001 y 83/2002 en las que se señala que a pesar de tratarse de personajes públicos y de imágenes captadas en lugares abiertos al público, estas por su naturaleza y contenido pueden referirse a la vida privada de los afectados y prevalecer sobre el derecho a la información. La aplicación de esta doctrina lleva a considerar que la publicación de imágenes que se refieren exclusivamente a sus relaciones afectivas o sentimentales y a otros aspectos de su vida particular suponen una vulneración del derecho a la propia imagen al no quedar amparadas por el art. 8.2 a) de la LO 1/1982. Debe tratarse de hechos de interés general que versen sobre aspectos conectados a la proyección pública de la persona a la que se refiere o a las características o circunstancias del hecho en que esa persona se haya visto involucrada. No obstante, en estas resoluciones tal planteamiento traslada cierta confusión entre el derecho a la propia imagen y el derecho a la intimidad.

Será la STC 19/2014, corroborada después por la STC 18/2015, la que marcará un punto de inflexión al referirse únicamente al derecho a la imagen. Así, el carácter noticiable de la información se califica como el criterio fundamental y decisivo que hace ceder al derecho a la propia imagen²⁴⁴. Ya no es preciso justificar que la imagen aun siendo de un personaje público y en lugar público se refiere a su vida privada, basta con que no tenga la suficiente relevancia pública la información para no legitimar su difusión. De ahí, que hasta cierto punto, los criterios que marca el art. 8.1 a) se convierten en la práctica en irrelevantes²⁴⁵.

Esta exigencia no ha de confundirse con la simple finalidad informativa de las imágenes o de la comunicación a la que estas acompañan. Se requiere que la misma sea importante para la comunidad en el sentido de que se trate de hechos noticiables que por su trascendencia social contribuyan a la formación de la opinión pública o a un debate de interés general. De ahí que el Tribunal afirme que este concepto no se refiere a lo que los propios medios de comunicación consideren en un momento determinado como noticioso o a aquello que meramente pueda despertar la curiosidad ajena sobre el aspecto físico o vida de los demás. En definitiva, con estos pronunciamientos se viene a reconocer un ámbito más amplio en el derecho a la propia imagen de las personas públicas al limitar el juego de este apartado a aquellas fotografías que manifiesten ese interés relevante. Interés que generalmente falta cuando se refieren a supuestos

243 Aunque la doctrina civil valora de manera positiva las consecuencias o efectos que ha tenido la corrección del tenor literal de la norma hay quién censura el modo o procedimiento. Introducir este «requisito implícito» genera cierta incertidumbre jurídica, cuando hubiese sido posible llegar a los mismos resultados interpretando que este artículo únicamente ampara la publicación de imágenes que estén relacionadas con el cargo público o con la profesión que les ha dado notoriedad. En este sentido, CASTILLA BAREA, M., *Las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen...*, cit., p. 340.

244 STC 19/2014 (FJ 6°).

245 «Una vez descartado el interés público del reportaje, es irrelevante, como ya hemos puesto de manifiesto, la proyección pública del personaje o la circunstancia de que las imágenes se capten incluso en un lugar abierto al uso público. Dichas circunstancias, por sí solas, no justifican la difusión de cualquier imagen, pues no cabe privar incondicionalmente a la persona de la capacidad de decidir sobre qué aspectos de ella desea preservar de la difusión pública» STC 19/2014 (FJ 8°).

relacionados con la vida privada de estas personas, en consonancia con la línea fijada por el TEDH²⁴⁶.

Con todo, hay que tener presente que este canon de enjuiciamiento de la preeminencia pública de la información es más tenue para el derecho a la propia imagen que para otros derechos de la personalidad. Ello se deriva de que la afectación a la dignidad que tiene la publicación de imágenes inocuas o neutrales es menor que la que pueden producir aquellas que, por ejemplo, muestran a la persona en situaciones desfavorables o se obtienen con métodos especialmente invasivos²⁴⁷. Se tratará de ponderar la intensidad de la intromisión con el interés general de la finalidad informativa.

En relación a la segunda limitación, el uso de la caricatura²⁴⁸, como en el caso anterior, solo afectaría a las personas que ejerzan un cargo público o una profesión con esta notoriedad²⁴⁹. Su fundamento también radica en la protección del derecho a la libertad de información y de expresión. En concreto esta previsión se justifica especialmente en esta última libertad²⁵⁰. Se acepta que el tratamiento humorístico o sarcástico de los acontecimientos que interesan a la sociedad constituye una forma de comunicación y crítica de los mismos, ligada al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, como forma de manifestación de las ideas u opiniones.

Indudablemente esta justificación no supone la exención de limitaciones en el empleo de la caricatura ya que el mismo texto legal lo sujeta al «uso social», término que a pesar de su amplitud o indeterminación, viene remitiéndose por la jurisprudencia ordinaria al respeto de los demás derechos, y, de manera primordial, del derecho al honor y de la intimidad del retratado²⁵¹.

246 Recordemos que también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los asuntos relativos al equilibrio entre la protección de la vida privada y la libertad de expresión, aunque reconoce que esta libertad se extiende también a la publicación de fotografías, pone el acento en su contribución al debate de interés general, sin que la satisfacción de la curiosidad de una parte del público en relación con detalles de la vida privada de una persona pueda considerarse contribución a tal efecto, pese a su notoriedad (por todas, STEDH As. von Hannover c. Alemania nº 1, de 24 de junio de 2004).

247 NAVAS SÁNCHEZ, M.M., «El uso informativo de la imagen», cit., p. 34.

248 Lógicamente y al margen de esta excepción el uso de la caricatura por los terceros sin el consentimiento del afectado resultaría protegido dentro del derecho a la propia imagen siempre que la persona fuera reconocible. Como es sabido, la caricatura supone la representación gráfica de la imagen o figura de una persona, si bien se presenta deformada o exagerada con fines humorísticos o de crítica social o política. Aunque comúnmente se identifica la caricatura con el dibujo, el avance en los medios técnicos que permiten la manipulación de las imágenes ha llevado a ampliar este concepto y a admitir como parte del mismo la alteración de fotografías originales o el llamado fotomontaje, STC 23/2010, (FJ 5º).

249 Tal y como reconoce el TC «aquellas personas que alcanzan cierta publicidad por la actividad profesional que desarrollan o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada, o que adquieren un protagonismo circunstancial al verse implicados en hechos que son los que gozan de esa relevancia pública, pueden ver limitados sus derechos con mayor intensidad que los restantes individuos como consecuencia, justamente, de la publicidad que adquiera su figura y sus actos» STC 23/2010, (FJ 5º).

250 Aunque también incluye la libertad de información en la medida en que el tratamiento humorístico puede constituir una forma de transmitir el conocimiento de determinados acontecimientos llamando la atención sobre los aspectos susceptibles de ser destacados mediante la ironía, el sarcasmo o la burla.

251 En palabras del TS «por consustancial que sean al género satírico tanto la ridiculización del personaje y el tono jocoso o burlón como la brevedad y rotundidad del mensaje, acudir a ese género no borra ni elimina los límites que impone la protección del derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen» (FJ 4º) STS (Sala de lo Civil), de 24 de julio de 2012, (Rec. núm. 1919/2010).

En la misma dirección, el TC aprecia que existe intromisión ilegítima en un texto, historieta o cómic, pese a su tono jocoso o burlón, cuando el llamado *animus iocandi* o intención de bromear se utiliza «precisamente como instrumento del escarnio»²⁵². Incluso se va más allá en la protección del derecho a la imagen afirmando que si bien «el animus iocandi» podría ser valorado a la hora de ponderar y modular una posible afectación de otros derechos fundamentales, notablemente el del honor, resulta irrelevante cuando lo que está en juego es la utilización y manipulación no consentida de la propia imagen.

De esta manera se considera que lo fundamental es la concurrencia o no de un interés democrático superior que pueda justificar el uso público de la imagen a través de la caricatura como pudiese ser el ejercicio de crítica política o social a través de la sátira y del humor. Interés, que debe reputarse inexistente cuando lo que se pretende es únicamente la burla o la ridiculización de la persona²⁵³.

Por último, el precepto incluye una tercera limitación, esta vez pensada para las personas que carecen de una proyección pública²⁵⁴. Se autoriza la difusión no consentida de la imagen siempre que esta sea parte accesoria de la información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público. Como se infiere, se trata de proteger de nuevo la libertad de información permitiendo que los medios de comunicación puedan suministrar las noticias tanto a través de la palabra como por medio de las imágenes. Resulta indiscutible que la comunicación gráfica resultaría muy condicionada si se precisara el consentimiento expreso de todas las personas que apareciesen de manera reconocible en las imágenes que informen sobre un suceso o acontecimiento público²⁵⁵.

No obstante, se debe tener en cuenta que son dos las circunstancias que exige la norma para que entre en juego esta limitación. Por un lado, han de ser imágenes «sobre un suceso o acaecimiento público». Aunque no sea sencillo delimitar lo que se entiende por público²⁵⁶, parece que lo determinante, en el sentido que ya prefijamos, es que la información verse

252 STC 176/95 (FJ 5º).

253 STC 23/2010 (FJ 5º). En esta Sentencia no se estima amparado por el derecho a la libertad de expresión el que una revista difunda con fines humorísticos una foto manipulada de montaje caricaturesco, en la que se implanta la cara de un personaje público en un cuerpo semidesnudo. Se aprecia que la intención de la revista al utilizar la imagen de la afectada era la de provocar, con un marcado sesgo sexista, la burla sobre la persona, obteniendo además con ello un beneficio económico. Así, se niega interés público alguno en este uso de la imagen que está desvinculado de cualquier finalidad legítima de crítica política o social, y que, por tanto, en nada contribuye a la formación de una opinión pública libre.

254 Aunque la norma en principio no lo restrinja a las personas privadas, la existencia y amplitud del primer límite referido en el apartado 1º lleva a que en la práctica solo resulte aplicable a ellas.

255 PASCUAL MEDRANO, A., *El derecho fundamental a la propia imagen...*, cit., p. 151. En igual sentido, ATC 176/2007 (FJ 2º) «Como dijimos en las SSTC 56/2004 y 57/2004, de 19 de abril, «la imagen enriquece notablemente el contenido del mensaje que se dirige a la formación de una opinión pública libre», de tal manera que si todas las personas cuya imagen aparece reproducida de manera neutral en periódicos o televisiones pudieran exigir una especial trascendencia informativa, la información gráfica se volvería prácticamente imposible, menoscabando el derecho de los ciudadanos a recibir información veraz y el de los periodistas a elaborarla y difundirla».

256 Acertadamente se apunta que a ello tampoco ayudan las sentencias porque la discusión entre las partes litigantes cuando resulta de aplicación esta causa de justificación no se centra generalmente en el examen del significado de esta condición. CASTILLA BAREA, M., *Las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen...*, cit., p. 351.

sobre hechos que susciten una atención general²⁵⁷. Se trata de que la imagen de una persona anónima, de un particular, no pueda ceder ante hechos sin ninguna relevancia²⁵⁸. Además, el requerimiento de que la información gráfica sea «sobre» este tipo de situaciones obliga a que las imágenes guarden una relación directa con lo que se narra. Aunque la imagen fuera accesoria, su difusión resultaría ilegítima si no estuviese vinculada a la información suministrada²⁵⁹, tal y como corrobora el TS²⁶⁰.

Por otro lado, el segundo requisito, relativo a la naturaleza accesoria de la imagen es el que ha concentrado un mayor número de pronunciamientos judiciales al seguirse diferentes líneas interpretativas. Con la primera²⁶¹ se atiende al tenor literal y al espíritu del precepto, así, se confirma que el carácter accesorio debe predicarse de la imagen de la persona en relación a la información meramente gráfica, es decir, respecto a la fotografía o el vídeo en la que aparece. Cumplido el requisito, en la relación entre información e imagen, no se ha de valorar la importancia que pueda tener la fotografía con la noticia o el reportaje escrito u oral al que aquella acompaña. El examen debe versar sobre el papel o función que tiene la imagen de la persona retratada respecto a la totalidad de la fotografía o vídeo para determinar si aparece de manera secundaria y accidental o se trata de un elemento principal. De ahí, que sean determinantes las circunstancias concretas de cada caso tomando como criterios indicativos para valorar el carácter accesorio o principal: el tamaño de la imagen personal en relación al formato gráfico empleado en su conjunto (la fotografía, pantalla de televisión), el plano desde que se capta la imagen (si se trata de un primer plano o un plano largo o alejado), el carácter fugaz o la reiteración de la exhibición si se trata de contenido audiovisual (el tiempo) e incluso si el texto escrito u oral al que acompaña la imagen dirigen la atención sobre la figura de la persona que en ella aparece²⁶².

257 Aunque no se pronuncie expresamente sobre estos términos, en esta línea puede citarse la STS (Sala de lo Civil), de 7 de mayo de 2014 (Rec. núm. 1978/2011) que considera como una intromisión ilegítima ilustrar un libro sobre una determinada persona con varias fotografías no consentidas de unos familiares. Si bien se admite que la inclusión de las fotografías tiene carácter accesorio, no se ve justificada su publicación por el escaso interés informativo de lo narrado en la obra sobre los recuerdos vinculados a una persona.

258 NAVAS SÁNCHEZ, M.M., «El uso informativo de la imagen», cit., p. 18.

259 PASCUAL MEDRANO, A.: *El derecho fundamental a la propia imagen...*, cit., p. 153.

260 STS de 23 de febrero de 2010, (Sala de lo Civil) (Rec. núm. 133/2007). Considera como intromisión ilegítima la publicación de una imagen que no viene justificada en relación a la noticia principal sino a colación de una información accesoria totalmente desvinculada de la primera. Con gran claridad, STS (Sala de lo Civil), de 19 de octubre de 1992, (Roj. 17382/90), «Al establecer el invocado art. 8.2 c) que el derecho a la propia imagen no impedirá la información gráfica sobre persona determinada que aparezca como meramente accesoria, se está refiriendo a aquellos casos en que la información periodística se realiza por medio de fotografías en que se plasma un suceso o acontecimiento o en que el texto escrito va ilustrado con fotografías del evento objeto de la información, no a aquellos casos en que, como en el presente, la fotografía publicada no guarda ninguna relación con el contenido de la información escrita» (FJ 2º).

261 Siguen esta interpretación entre otras, SSTS (Sala de lo Civil), de 28 de junio de 2012 (Rec. núm. 591/2011), de 17 de octubre de 2012 (Rec. núm. 299/2010 y de 22 de febrero de 2011 (Rec. núm. 308/2009).

262 Todos estos criterios son enumerados y analizados con más detalle por DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., «Intromisiones en el derecho a la propia imagen autorizadas por ley...», cit., pp. 118-120 y CASTILLA BAREA, M., *Las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen. Estudio...*, cit., pp. 355-358.

La otra variante hermenéutica, actualmente más apoyada por la jurisprudencia²⁶³, considera que el examen de la condición accesoria o principal de la imagen se refiere a la expresión gráfica en su conjunto (la fotografía, el vídeo) en conexión con la información a la que ilustra, es decir, con el reportaje o la noticia escrita o narrada. Se trata por tanto de valorar el carácter secundario o accesorio de todo el fotograma respecto del texto escrito o las palabras en las que se inserta, siendo intrascendente el examen de la figura o efigie de la persona respecto al propio fotograma que la reproduce. Siguiendo esta pauta los tribunales estiman la imagen como accesoria y su difusión como legítima cuando tiene una relación directa con la noticia porque reproduce los hechos o las circunstancias que figuran en el texto o en el reportaje oral. En sentido contrario, se entiende lesionado el derecho a la propia imagen de los retratados cuando las fotografías o vídeos no están al servicio del reportaje porque o bien no guardan vinculación con él o bien resultan innecesarias o prescindibles²⁶⁴.

Últimamente va tomando cuerpo en la jurisprudencia una postura más adecuada e intermedia que integra ambas posiciones para valorar tanto la existencia de una relación directa de la imagen con la información como la accesoriadad de la primera en relación a la fotografía o vídeo mostrado²⁶⁵.

4. La inexistencia de una regulación laboral del derecho a la propia imagen. Algunas reflexiones sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en la relación laboral

A pesar de que el desarrollo de la LO 1/1982 sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen se extiende a las relaciones *inter privadas* incluyendo las relaciones laborales²⁶⁶, se ha de tener en cuenta que el efecto típico de la sumisión de ciertos aspectos de la actividad

263 Incluso el TC parece seguir esta tesis en la STC 72/2007, donde se valoraba la publicación en la portada de un diario de la fotografía de una policía municipal. El Tribunal corrobora los postulados del TS sobre el carácter accesorio de la imagen respecto de la noticia a la que acompaña. Así, en el FJ 5º se afirma: «Además, la fotografía en cuestión (y pese a lo que se alega en la demanda de amparo) tiene carácter accesorio respecto de la información publicada y no refleja a la demandante realizando cosa distinta que no sea el estricto cumplimiento de su deber, como igualmente se explica en la Sentencia impugnada, por lo que tampoco resulta irrazonable concluir que concurre el supuesto previsto en el primer inciso del art. 8.2 c) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo».

No obstante, existe un voto particular en contra del criterio mayoritario que considera vulnerado el derecho a la propia imagen de la policía en atención a que, tal y como aparece en la fotografía (un primer plano en una imagen de grandes dimensiones), no se cumple con el requisito de la naturaleza accesoria de la imagen según el cual se precisa que la figura de la persona retratada aparezca como algo accidental, marginal o secundario.

264 Por todas, STS 11 de noviembre de 2015 (Rec. núm. 3315/2014) que reproduce la doctrina reiterada en sentencias anteriores, «(...) Es cierto que hay abundante doctrina de esta Sala que toma en cuenta el carácter accesorio de la imagen de una persona, respecto del texto escrito o el contexto de la fotografía o fotograma y que declara que existe tal carácter cuando la imagen no es elemento principal, porque no es necesaria la presencia, ni tiene especial relación con el objeto de la captación o proyección, y no hay nada desmerecedor o de desdoro para el afectado, esta doctrina está ligada siempre a un acontecimiento público (...)».

265 STS (Sala de lo Civil), de 15 de febrero de 2017 (Rec. núm. 3661/2015), «Por tanto, no puede considerarse que la imagen del demandante sea meramente accesoria dentro de otra más amplia, puesto que la fotografía tiene como único protagonista al demandante, ni que sea accesoria respecto de la información objeto del reportaje, puesto que se trata de la fotografía que identificaba a la víctima del hecho violento objeto del reportaje». (FJ 7º).

266 APARICIO ALDANA, R.K., *El derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones...*, cit., p. 228.

humana a los poderes empresariales nos conduce a un marco en que se ha de valorar en qué medida tiene vigencia este derecho y hasta qué punto debe haber una coordinación entre los intereses de ambas partes.

Es por ello que cerraremos este capítulo con una reflexión sobre la eficacia de los derechos fundamentales en la relación asalariada²⁶⁷, sin el objetivo de realizar un profundo examen de la materia, sino con la finalidad de extraer una serie de pautas que nos permitan situar sus garantías y características en el análisis de las posteriores situaciones conflictivas.

La norma laboral ni siquiera realiza un reconocimiento explícito al derecho a la propia imagen aunque hay una referencia a la consideración debida a la dignidad de los trabajadores (art. 4.2 e) ET) que, como ya hemos venido insistiendo, es un valor jurídico fundamental al que se vinculan íntimamente los derechos reconocidos en el art. 18 CE. Esta ausencia de una regulación específica en el seno de la relación laboral no es una peculiaridad únicamente relativa a este derecho que en muchas ocasiones parece «el olvidado» de los derechos de la personalidad. La anomia normativa se extiende a la mayoría de los derechos cuyo contenido no es propiamente laboral²⁶⁸, que, en «afortunada terminología»²⁶⁹, se han denominado como derechos fundamentales inespecíficos del trabajador²⁷⁰.

En la primera versión del Estatuto de los Trabajadores se optó por una norma que se reducía a regular los aspectos esenciales de la relación de trabajo perdiendo la oportunidad de establecer un sistema de garantías de los derechos de la persona del trabajador y una limitación a los poderes empresariales²⁷¹. Sorprende que la única mención a estos derechos sea la prevista en algunos de

267 Véase al respecto el reciente estudio PRECIADO DOMÈNECH, C. H., *Teoría general de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

268 Son aquellos que el trabajador disfruta no en cuanto a su condición de tal (como lo serían los contemplados en el artículo 28 de la CE, por ejemplo), sino en calidad de ciudadano. En palabras de PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. «son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercitados en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos, que, al propio tiempo son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer» en *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 31.

269 DEL REY GUANTER, S., «Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general», *Relaciones Laborales*, nº 1, 1995, p. 182.

270 Término atribuido a PALOMEQUE LÓPEZ, C., *Los derechos laborales en la ...*, cit., p. 31

271 La llamada de la Constitución a una ley que regulase un estatuto de los trabajadores originó un debate doctrinal sobre el sentido de esta expresión. Para unos, la futura norma debía de referirse al contenido amplio de una ley laboral que recogiera los aspectos esenciales de las relaciones individuales y colectivas, se trataba de realizar una versión actualizada de las antiguas normas, fundamentalmente de la Ley del Contrato de Trabajo (1944) y de la Ley Relaciones Laborales (1976). Para otros, el término debía de interpretarse en el sentido de la ley italiana que ya había recogido el fruto del debate sindical europeo sobre la necesidad de «introducir la Constitución en la fábrica». Era el momento de establecer las garantías para el ejercicio de los derechos individuales de los trabajadores y los límites a los poderes empresariales. VALDÉS DAL RE, F., «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», *Relaciones Laborales*, nº 1, 1990, pp. 277 y ss. El autor considera que «se perdió una ocasión histórica de incorporar a nuestro sistema de relaciones laborales las experiencias y prácticas legislativas más modernas y progresistas».

los apartados del artículo 4²⁷², en el artículo 17 –que consagra la versión laboral del principio de igualdad y de no discriminación– y de manera tangencial, en los artículos 18 y 20 ET. Además, en este último caso, más con una finalidad de respaldar o incluso ampliar las facultades empresariales, que de actuar como una barrera a las mismas en defensa de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Las sucesivas reformas en las más de tres décadas desde la aprobación del texto original han sido ajenas a la creciente importancia de estos derechos en el seno de la relación laboral y a la conflictividad que se deriva de su ejercicio. Especialmente, ante los nuevos escenarios de colisión favorecidos por digitalización de la empresa. Sin embargo, la reciente aprobación de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales ha colmado parte de este vacío. Además de incorporar un nuevo precepto estatutario que reconoce determinados derechos de los trabajadores en este ámbito²⁷³, ha regulado de manera más concreta sus garantías.

Pero esta postura abstencionista del legislador llevó en su momento a que la protección de tales derechos en el seno de la empresa se dejara confiada a la negociación colectiva. A falta de una respuesta promotora de esta vía convencional²⁷⁴, que incluso en ocasiones actuó en sentido contrario, con la adopción de acuerdos claramente vulneradores de los mismos²⁷⁵, la labor de tutela quedó finalmente en manos de los tribunales, especialmente del Tribunal Constitucional, sin olvidar el importante apoyo de la doctrina científica²⁷⁶.

272 Junto a los derechos estrictamente laborales, el precepto reconoce en los apartados c), d) e) y g) el derecho a la no discriminación, el derecho a la integridad física, el derecho a la intimidad y a la consideración debida a la dignidad y el ejercicio individual de las acciones derivadas del contrato de trabajo.

273 La Disp. Final Decimotercera añade un nuevo Art. 20 *bis* en el que se reconoce a los trabajadores el derecho a la desconexión digital y la protección de su intimidad frente a diferentes sistemas de control tecnológico de acuerdo a las limitaciones y garantías que se concretan en la nueva norma de protección de datos (arts. 87-91 LOPDGDD).

274 La falta de una política activa por parte de la negociación colectiva en defensa de los derechos fundamentales del trabajador se debe principalmente a un hábito negocial heredado de la época de la concertación social, que limita las transacciones entre las partes a los aspectos exclusivamente económicos de la relación laboral –el tiempo de trabajo y la retribución–. VALDÉS DAL RE, F., «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador» en AA. VV., (coord. APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A.), *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 40-41.

Así, el contenido de los convenios colectivos se va repitiendo de uno a otro, siendo inusual que existan referencias a temas tan cruciales como el control empresarial de la actividad laboral, el proceso de selección de los trabajadores u otros aspectos en los que las amplias prerrogativas empresariales podrían limitarse por este cauce. Tampoco ha ayudado a esta posibilidad la situación socio-económica atravesada. Las sucesivas crisis económicas, el alto índice de desempleo y la apuesta legislativa por la flexibilidad laboral y el recorte de derechos ha concentrado el interés sindical en la lucha por el mantenimiento del empleo y de las condiciones exclusivamente laborales.

275 Pactos, como las dobles escalas salariales son un claro ejemplo de vulneración del principio de igualdad y no discriminación. PREDRAJAS MORENO, A., «Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y los poderes empresariales: la Constitución como marco y como límite de su ejercicio» *Actualidad Laboral*, nº 1, 2000, pp. 56 y ss.

276 MARTÍN VALVERDE, A., «Contrato de trabajo y derechos fundamentales», *Revista de Derecho Social*, nº 6, 1999, p. 14.

De esta forma, el Alto Tribunal ha venido realizando una labor «cuasilegislativa», de la cual, en general, puede decirse que en una primera época apostó por construcciones de signo garantista en favor de los derechos de los trabajadores²⁷⁷. Gracias a su doctrina se han establecido «las bases e instrumentos para asegurar la operatividad de los derechos fundamentales en la empresa y el contrato de trabajo bajo la premisa de que ni la celebración del contrato de trabajo priva al trabajador de sus derechos constitucionales, ni las organizaciones productivas son ajenas a los principios y derechos constitucionales»²⁷⁸. Esta importante labor fue considerada como una «recomposición contractual del contrato de trabajo»²⁷⁹, en una doble vertiente, si bien la integración de los derechos fundamentales en la relación laboral puede condicionar el contrato de trabajo, este a su vez puede limitar o restringir el ejercicio de aquellos por parte de los trabajadores²⁸⁰.

Desde una concepción liberal de los derechos fundamentales a los que únicamente se les dotaba de una eficacia vertical, como límites a la actuación de los poderes públicos, se evoluciona hacia una nueva dimensión que reconoce su vigencia en las relaciones entre particulares, a través de la denominada «eficacia horizontal» o eficacia *inter privatos* directa o inmediata cuyo origen se asigna a la «*Drittwirkung der Grundrechte*»²⁸¹.

277 VALDÉS DAL RE, F., «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», *Relaciones Laborales*, cit., p. 292.

278 RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo» AA. VV., (coord. MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SEMPERE NAVARRO, V.A.) *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección General de Publicaciones, Madrid, 2003, p. 208.

279 DEL REY GUANTER, S., «Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional» en *Constitución y derecho del trabajo, 1981-1991:(análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 32.

280 RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «La integración de los derechos fundamentales...», cit., p. 218.

281 En la elaboración de esta doctrina sobre la eficacia inmediata de los derechos fundamentales «*unmittelbare Drittwirkung*» será clave la aportación de NIPPERDEY, laboralista alemán, que defenderá que los derechos fundamentales no solo garantizan a cada ciudadano una esfera de libertad frente al Estado, también preservan un *status sociales* en las relaciones con los demás. Principalmente en los grupos u organizaciones sociales que pueden ostentar importantes poderes o prerrogativas frente al individuo. NIPPERDEY H.C., en «Die Würde des Menschen» en AA. VV., *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Berlin, 1954, p. 18, tal y como señalan GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ BLANCO, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares: la Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1986, p. 21. Entre la doctrina alemana se postularon otras dos concepciones sobre la eficacia de los derechos fundamentales entre los sujetos privados. La mayoritaria, asumida por el Tribunal Constitucional alemán, cuyo referente doctrinal es DÜRING, defiende la eficacia mediata «*mittelbare Drittwirkung*». Se conciben los derechos fundamentales como espacios de defensa frente al Estado cuyo principal fin y limitación en las relaciones privadas debe ser proteger la autonomía de la voluntad, pilar del Derecho Privado. La aceptación de que los valores inherentes a los derechos fundamentales son la base de todo el ordenamiento y también del Derecho Privado, lleva al reconocimiento de que estos derechos tienen cabida en las relaciones privadas si bien a través de su concreto desarrollo legal o de la aplicación de determinadas cláusulas generales de derecho. Por ello, los particulares solo obtienen su tutela de forma indirecta a través de la posición jurídico-subjetiva que el legislador les haya atribuido al regular estas relaciones. NARANJO DE LA CRUZ, R., *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, BOE, Madrid, 2000, pp. 169 y ss.

La tercera teoría, minoritaria, y cuyo máximo exponente es SCHAWABE, aboga también por una eficacia inmediata de los derechos en el tráfico privado a través de la actuación de los poderes públicos. Se caracteriza por imputar a estos los perjuicios sufridos en las actividades entre particulares. NARANJO DE LA CRUZ, R., *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre...*, cit., p. 181.

Esta tesis resulta esencialmente aplicable en el contrato laboral, pues es en esta relación entre privados en la que se plantea de manera especial y con más intensidad la problemática sobre la eficacia de los derechos fundamentales. Ello obedece sin duda a que la empresa es una estructura de poder, a la que se le reconocen una serie de facultades de decisión y actuación que, por su alcance y contenido, tienen una especial virtualidad lesiva respecto del disfrute y ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores²⁸². Como ya apuntaba hace tiempo el TC, «esta garantía por parte de los poderes públicos, y en particular por parte del legislador, de la vigencia de los derechos fundamentales puede resultar singularmente apremiante en el ámbito laboral, en el que la desigual distribución de poder social entre trabajador y empresario y la distinta posición que estos ocupan en las relaciones laborales elevan en cierto modo el riesgo de eventuales menoscabos de los derechos fundamentales del trabajador»²⁸³. La posición asimétrica de las partes, derivada de la subordinación o dependencia de los trabajadores, reproduce una situación con claras semejanzas a la relación de sujeción o de sometimiento de los ciudadanos al Estado. En consecuencia puede ser un escenario donde la vulneración de estos derechos sea más habitual que en otras relaciones privadas donde teóricamente²⁸⁴ prima un vínculo de coordinación²⁸⁵.

Además, aunque el contrato de trabajo es en principio un negocio de intercambio patrimonial de trabajo y salario, donde ambas partes buscan objetivos y resultados económicos, no cabe desconocer la existencia de una importante implicación de la propia persona de los trabajadores en la ejecución de la prestación²⁸⁶. El mismo objeto del contrato, el trabajo personal, comporta que el empleado deba comprometer su persona en particular para cumplir con la prestación. De ahí, que el desempeño de su labor vaya a incidir en mayor o menor medida no solo en sus intereses profesionales (remuneración, profesionalidad, promoción) sino también en sus derechos personales (salud, integridad física, intimidad o vida privada, imagen)²⁸⁷. Es más, esta implicación individual se acrecienta por la posición de subordinación de los empleados respecto del empresario. La dependencia y ajenidad «son por definición rasgos potencialmente intrusivos»²⁸⁸ de los derechos fundamentales de la persona en lo que implican ese sometimiento al poder de dirección de otro.

282 MOLINA NAVARRETE, C., «Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales. (El paradigma de la Dritwirkung laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional)» *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 3, 1991, p. 87.

283 STC 129/1989 (FJ 3º).

284 No se puede obviar que las crecientes concentraciones de poder económico o social dejan en pura retórica la tan proclamada igualdad de las partes ante determinados negocios jurídicos privados, al emerger situaciones de dominio o supremacía que dejan en entredicho la libertad individual. En este sentido, se apela a que «el Derecho no puede ignorar el fenómeno del poder privado, tiene que afrontar esa realidad y dar una respuesta adecuada, que no podrá venir por la vía de una adhesión incondicional al dogma decimonónico de la autonomía privada» MOLINA NAVARRETE, C. y OLARTE ENCABO, S., «Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Relaciones Laborales*, nº 2, 1999, p. 365.

285 AGRA BIFORCOS, B., «El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo...», cit., p. 8.

286 Como ya recordara RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «La transformación democrática del ordenamiento jurídico-laboral y la relación individual de trabajo», *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 1, 1984, p. 61.

287 MARTÍN VALVERDE, A., «Contrato de trabajo y derechos fundamentales», cit., pp. 15-16.

288 DEL REY GUANTER, S., «Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general», cit., p. 198.

Otra de las circunstancias que contribuye a que los centros de trabajo sean un espacio de frecuentes conflictos relacionados con el ejercicio de los derechos de esta naturaleza por parte de los trabajadores es el carácter continuado y duradero de la relación laboral que se entabla. El trabajo ocupa un gran espacio del tiempo y se convierte en uno de los ejes centrales de la vida de las personas que afecta a aspectos esenciales de esta existencia. Así, «el contrato de trabajo representa, en el establecimiento y desarrollo de su marco obligacional, un condicionamiento estructural y permanente respecto a gran parte de los derechos fundamentales»²⁸⁹. Pero en ello no solo deben verse riesgos de una mayor afectación a la dignidad de la persona y a los derechos que de ella se derivan, sino que la actividad laboral puede valorarse a su vez como un medio para el desarrollo de la personalidad de cada individuo, un ámbito de posible realización personal, que requiere no solo el respeto a tales derechos sino también la promoción en su disfrute o su ejercicio²⁹⁰.

La aplicación de esta doctrina sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales del trabajador como ciudadano en el seno de empresa se inicia por el TC a principios de los años ochenta²⁹¹ bajo la premisa de que los trabajadores no dejan de ser ciudadanos cuando firman un contrato de trabajo, sus derechos como persona no pueden quedar suspendidos o desaparecer porque exista una relación laboral. Son ya clásicas por reiteradas sus afirmaciones relativas a que «la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, la trabajadora, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano» puesto que «ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el art. 38 CE legitima el que quienes prestan servicios en aquellas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales»²⁹².

De esta manera, los derechos fundamentales de los trabajadores se conciben en el ámbito laboral como un límite a los poderes empresariales. El régimen de libertades, derechos y principios constitucionales lleva inexorablemente asociado un sistema de límites a las facultades empresariales, fundamentado en la prevalencia que la Constitución otorga a los derechos de naturaleza fundamental.

No obstante, ya se apuntaba que los efectos de estos derechos en las relaciones privadas debían de ser matizados para su conciliación con la lógica interna del Derecho Privado cuyos principios estructurales y básicos comportan limitaciones o especificaciones propias²⁹³. Esta idea también es señalada por la mayoría de la doctrina laboral que mantiene que la vigencia o aplicación de los derechos constitucionales inespecíficos en la relación laboral goza de unos contornos o perfiles

289 DEL REY GUANTER, S., «Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional», cit., pp. 32-33.

290 DEL REY GUANTER, S., «Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una...», cit., p. 202.

291 En las primeras sentencias se reconocerá la vigencia de derechos como la libertad de expresión, el derecho a comunicar información, el derecho de reunión a través de una interpretación extensiva de las facultades que integran el contenido de los derechos fundamentales específicamente laborales (derecho a la huelga y libertad sindical). SSTC 81/1983, 120/1983, 141/1985.

292 Entre otras, SSTC 88/85, 104/87, 6/88.

293 BILBAO UBILLOS, J. M., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 360 y ss.

particulares en atención a que el ejercicio de tales derechos debe acomodarse a las exigencias de la actividad empresarial y a las obligaciones contraídas en el propio contrato laboral²⁹⁴.

Se habla así de una «modalización» o «modulación» de estos derechos en la relación laboral, para referirse a la debida adaptabilidad en su disfrute a fin de tratar de armonizar su observancia y protección con los requerimientos que se derivan del usual desenvolvimiento de la actividad productiva y de la organización y dirección empresarial de la misma²⁹⁵.

La doctrina constitucional también alude a esta acomodación partiendo de que ningún derecho fundamental es absoluto o ilimitado y, como tal, puede ceder en la relación laboral ante intereses constitucionalmente relevantes. En este sentido, en una de las primeras sentencias sobre la libertad de expresión de los trabajadores se afirma que «las manifestaciones de un derecho que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente en el ámbito de la relación laboral»²⁹⁶. Se acoge que en la relación laboral se puede producir una limitación o modulación en el ejercicio de tales derechos en la medida en que se despliegan en el seno de una organización que refleja otros bienes o derechos reconocidos constitucionalmente y en atención a la propia relación contractual que genera un complejo de facultades y obligaciones recíprocas que podría condicionarlos.

Así, los poderes empresariales encuentran su fundamento constitucional en el art. 38 de la CE que reconoce «la libertad de empresa en una economía de mercado»²⁹⁷. En el contenido de este derecho se integra por un lado la iniciativa económica privada, esto es, «el derecho a participar libremente con la aportación de recursos privados en la fundación de empresas económicas»²⁹⁸. La segunda vertiente de esta libertad comprende «un principio de ordenación económica», que justifica la facultad de cada empresa «para decidir sobre sus objetivos y establecer su planificación»²⁹⁹. En parecidos términos, el TC define este derecho, que opera como garantía institucional, como «el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no solo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado»³⁰⁰.

294 Se trata de una doble adaptación, los derechos fundamentales se insertan en la dinámica contractual laboral integrando el contenido del contrato «modalizando el contrato y siendo modalizados por este». RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo» AA. VV., (coord. MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SEMPERE NAVARRO, V.A.) *El modelo social en la Constitución española de 1978*, cit., p. 216.

295 RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo», *Relaciones Laborales*, n° 1, 1996, p. 113.

296 STC 120/1983 (FJ 2°).

297 RIVERO LAMAS, J., «Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 80, Civitas, Madrid, 1996, p. 983. Sobre la naturaleza, contenido y tutela de la libertad de empresa, véase GARCÍA SALAS, A.I., *Necesidades empresariales y derechos fundamentales de los trabajadores*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.

298 GARCÍA PELAYO, M., «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», AA. VV., (ed. RAMÍREZ, M.), *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Facultad de Derecho de Zaragoza, Pórtico Ediciones, Zaragoza, 1978, p. 39.

299 *Ibidem*, p. 39.

300 STC 225/1995 (FJ 3°).

De este modo, la firma del contrato de trabajo implica para los empleados la inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario empresarial, donde la empresa ostenta variadas facultades –la contratación de trabajadores, la adaptación de la organización a los requerimientos del mercado, el establecimiento de los medios de control y de las reglas de conducta y disciplina laborales o la imposición de sanciones por faltas o incumplimientos contractuales³⁰¹– que pueden modular o limitar el ejercicio de sus derechos fundamentales.

Además, del contrato de trabajo –como fuente reguladora de la relación que se entabla– pueden derivar pactos explícitos e implícitos entre las partes que articulen o maticen el contenido de determinados derechos o libertades de los trabajadores. Mayor riesgo que lo conocido de antemano –en virtud del pacto o de la fijación unilateral por medio de los códigos de conducta– es la permanente y cambiante definición que puede realizar la empresa del contenido obligacional del contrato y de la conducta de los empleados en aras a cumplir el fin del mismo. Así, puede decirse que se aprecia un carácter expansivo de los poderes empresariales de organización y dirección ya que al no estar totalmente fijada o determinada la posición de los trabajadores desde el inicio de la relación con exactitud, el empleador va concretando y acomodando esas «zonas de indefinición»³⁰² a la actividad económica, al logro de una mayor productividad. De ahí, las posibles confrontaciones y desencuentros entre las partes. El ejercicio del poder de dirección, ya sea por acción o por omisión, es un medio señaladamente propicio para ignorar o lesionar los derechos del trabajador como ciudadano³⁰³. Pese a que este poder se encuentra sometido a límites, siendo el principal, el respeto a los derechos fundamentales de los empleados, sus tan difusos contornos y su presumible legitimidad causal –las necesidades organizativas de la empresa– conducen a que generalmente, en la práctica, sean los derechos de la parte trabajadora los que en muchas ocasiones se vean limitados o condicionados. Así, el conjunto de poderes empresariales originados por el contrato de trabajo y reconocidos por la norma junto a las razones de la organización empresarial constituyen «una férrea alianza, que pone en jaque los derechos de la persona del trabajador»³⁰⁴.

En las líneas anteriores hemos entremezclado las dos maneras en las que cabe clasificar la posición doctrinal y jurisprudencial sobre la tan problemática eficacia horizontal de los derechos fundamentales de los trabajadores en la relación laboral. Trataremos de ahondar en esta explicación a pesar de que no se trata de un asunto sencillo dado que cada una de estas dos opciones contempla a su vez diferentes enfoques o puntos de vista y además en la práctica judicial se toman, aúnan y mezclan elementos de una y otra postura³⁰⁵.

Ambas direcciones parten, como es lógico, del reconocimiento de que la eficacia horizontal de los derechos fundamentales no es absoluta sino limitada, pero difieren en la justificación o en las razones de esta relatividad.

301 GARCÍA SALAS, A.I., *Necesidades empresariales y derechos fundamentales...*, cit., p. 35.

302 DEL REY GUANTER, S., «Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una...», cit., p. 204.

303 VALDÉS DAL-RÉ, F., «Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia», *Relaciones Laborales*, nº 2, 2003, pp. 89 y ss.

304 *Supra*, cit., p. 90.

305 ÁLVAREZ ALONSO, D., «Modulación laboral de los derechos fundamentales, ponderación y principio de proporcionalidad ¿Un paradigma en retroceso?», Comunicación presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AA. VV., (AEDTSS) *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 4.

De acuerdo a la primera propuesta, el punto de partida es la consideración de que los derechos fundamentales no obligan de igual manera en las relaciones frente al Estado que en las relaciones *inter privadas*. La razón que principalmente fundamenta esta conclusión es el entendimiento de que en los vínculos o negocios entre particulares el ejercicio de los derechos fundamentales debe resultar compatible con la autonomía privada o la autonomía de la voluntad, principio básico y dogma del Derecho Privado.

Para la segunda teoría la eficacia limitada de los derechos deriva de la posibilidad de que estos colisionen con otros derechos, bienes o valores constitucionales, conflicto, que en tal caso debe solucionarse con la ayuda de los instrumentos típicos aplicables a los desencuentros entre normas constitucionales, principalmente a través del juicio de ponderación. Lo que se busca por tanto es la necesaria acomodación de los derechos fundamentales con otros derechos o bienes constitucionales que operan por tanto como límites externos.

En realidad, las dos construcciones se enmarcan en cada una de las posiciones con las que la dogmática constitucional ha afrontado la existencia de límites en los derechos fundamentales. Como se sabe, tradicionalmente se ha venido distinguiendo entre la «delimitación» frente a la «limitación» de los derechos constitucionales, es decir, entre el reconocimiento de la existencia de los llamados límites internos o intrínsecos o la presencia de los límites externos o límites en sentido estricto³⁰⁶.

Para la primera orientación, inspirada en construcciones doctrinales y jurisprudenciales procedentes de Alemania, se podría decir que en realidad no existe un problema de colisión o conflicto entre dos derechos porque cada uno de ellos tiene un ámbito o un contenido concreto que resulta protegido por la norma. Se parte de la existencia de una supuesta armonía o equilibrio entre todos los derechos que vendría dada por la correcta delimitación de cada uno de ellos respecto a los demás. Con una acotación rigurosa o estricta del contenido de cada derecho se evitarían los conflictos o colisiones entre ellos eludiendo así la ponderación. Técnica, que es censurada porque conduce a una interpretación extensiva originadas precisamente por falta de una previa configuración más concreta³⁰⁷.

Por todo ello, se aboga por la presencia de los límites internos, que más que una restricción externa, suponen una especificación o «delimitación» de los derechos examinados. De lo que se trata es de determinar el contorno de cada derecho definiendo quiénes son sus titulares, cuál es su objeto o el bien jurídico que se pretende proteger y cuál es el contenido o conjunto de facultades que se otorgan a su titular para hacer efectivo su ejercicio. Estos límites internos o sobreentendidos derivan de la propia naturaleza de cada derecho fundamental, y, con independencia de su coexistencia con los demás derechos, vienen configurados por la propia Constitución, bien de manera expresa o literal³⁰⁸, bien de forma implícita, siendo concretados

306 AGUIAR DE LUQUE, L., «Los límites de los derechos fundamentales», cit., pp. 9 y ss.

307 DE OTTO PARDO, I., «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución» en MARTÍN-RETORTILLO, L. y DE OTTO PARDO, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 137 y ss.

308 Así, en concretas ocasiones son los propios artículos constitucionales los que establecen por sí mismos límites a los derechos, a veces en el mismo precepto que reconoce el derecho, y, en otros casos, en otro artículo de la Constitución. Véase como ejemplo del primer supuesto las libertades del art. 20 CE que una vez enunciadas son limitadas conforme al apartado cuarto del mismo precepto «por el respeto a los derechos reconocidos en este

o especificados por las leyes de desarrollo³⁰⁹ o por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional al aplicar directamente la norma fundamental.

Aunque esta teoría pretende limitar la capacidad de los operadores jurídicos, tanto del legislador, como, especialmente, del Tribunal Constitucional, para restringir los derechos constitucionales, coincidimos en que en la práctica, se deja la cuestión en «terrenos más nebulosos»³¹⁰ al ser difícil realizar una delimitación de cada derecho bajo criterios estrictamente jurídicos³¹¹. De hecho, parte de la doctrina apoyada por numerosas sentencias del Alto Tribunal, que también se suman a esta dirección, condicionan o «delimitan» el alcance de los derechos fundamentales mediante la aplicación de cláusulas y principios generales del derecho como la buena fe o el abuso de derecho. Utilizan estas pautas en calidad de límites implícitos de carácter inmanente, esto es, como un presupuesto consustancial o inherente previo al ejercicio de cualquier derecho³¹².

Efectivamente, se puede decir que ha sido precisamente el ámbito laboral, el escenario en donde, ante la reivindicación de determinados derechos fundamentales no laborales por parte de los trabajadores, se ha utilizado con frecuencia el recurso a cláusulas de este tipo, especialmente la relativa a la buena fe contractual, para delimitar, y restringir su ejercicio o las concretas manifestaciones o aplicaciones. En esta línea se enmarca la tan conocida y ya repetida premisa de la que suele partir el Alto Tribunal –ya señalada– referente a que la inserción de los empleados en la organización productiva empresarial provoca que manifestaciones que en otro contexto serían legítimas, no lo sean cuando su ejercicio se valora en el marco de una

Título en los preceptos de las leyes que los desarrollen, y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

309 Teniendo en cuenta en este caso el obligado respeto a lo que se denomina «límites de los límites», es decir, al conjunto de requisitos formales y materiales que restringen la capacidad limitadora del legislador en esta materia. Fundamentalmente nos referimos a tres: la reserva de ley, el necesario respeto del contenido esencial de cada derecho y la justificación de la restricción.

Respecto a la noción del contenido esencial recuérdese la trascendental la STC 11/1981 que marca los dos caminos a seguir: «(...) El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho (...) El segundo posible camino (...) consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos». Siguiendo estas vías complementarias se define el contenido esencial de acuerdo a cada una de ellas. Conforme a la primera, «aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose». En atención a la segunda, «aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos». (FJ 8º).

Sobre esta cuestión, DE OTTO PARDO, I., «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», cit., pp. 115 y ss. y PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pp. 139-176.

310 AGUIAR DE LUQUE, L., «Los límites de los derechos fundamentales», cit., p. 24.

311 Como bien apunta ÁLVAREZ ALONSO, D., «el problema está precisamente en el modo de determinar exactamente dónde situar esa línea de frontera delimitadora, sobre todo cuando, como ocurre la mayoría de las veces, las previsiones constitucionales a conciliar tienen una estructura abierta, de derechos o garantías enunciados en términos abstractos y genéricos» en «Modulación laboral de los derechos fundamentales, ponderación y principio de proporcionalidad ¿Un paradigma en retroceso?», cit., p. 7.

312 En defensa de la aplicación de la buena fe con esta función delimitadora, entre otros, MONTOYA MELGAR A., *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 88 y ss. y MARTÍN VALVERDE, A., «Contrato de trabajo y derechos fundamentales», cit., pp. 20-22.

relación laboral³¹³. Así, la jurisprudencia constitucional ha utilizado el recurso a la buena fe como un criterio delimitador para valorar el ejercicio de determinados derechos fundamentales de los trabajadores³¹⁴, especialmente del derecho a la libertad de expresión y a la libertad de información³¹⁵.

Si bien el TC insiste –en ocasiones, más de una manera teórica que real– en que la buena fe en un sistema constitucional de relaciones laborales no puede identificarse con un deber genérico de lealtad «con un significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial»³¹⁶, en la práctica, se ha venido aplicando en muchas ocasiones un concepto de la buena fe cercano a la fidelidad exigiendo requisitos adicionales únicamente a la parte trabajadora que reducen el ejercicio de sus derechos fundamentales³¹⁷. Es por ello que entre la doctrina científica muchos manifiestan una opinión crítica hacia la aplicación de esta cláusula³¹⁸, que «entraña un riesgo más alto de inseguridad y de subjetividad, porque existe el peligro de magnificar el interés de empresa y de contribuir a obstaculizar el ejercicio de los derechos fundamentales, reduciendo el juego aplicativo de los mismos en el seno de la relación laboral»³¹⁹.

Para la segunda teoría las limitaciones en el ejercicio de los derechos fundamentales se originan por su colisión con otros derechos o bienes constitucionales. Es «un problema de limitación, de integración sistemática del derecho constitucional en el conjunto de normas

313 La ya citada en su momento y, entre otras, SSTC 73/1982, 120/1983, 19/1985, 170/1987, 6/1988, 129/1989, 126/1990 y 20/2002.

314 SSTC 120/1983, 88/1985, 6/1988, 4/1996, 106/1996, 204/1997.

315 En realidad en el análisis de la legitimidad del ejercicio de estos derechos se ha venido realizando una doble operación, primero, se verifica si el derecho se ejercita conforme a los límites generales constitucionales, para después, siempre que se supere este inicial filtro, examinar si tal conducta se ajusta a las limitaciones propias de la relación contractual laboral, en concreto, a las pautas de comportamiento que se derivan del deber de buena fe que debe presidir la vinculación entre ambas partes. GOÑI SEIN, J.L., «Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?», AA. VV., (AEDTSS) *Los derechos fundamentales inespecíficos...*, cit., p. 49.

Ello conduce a que se tomen en consideración otros elementos que restringen estos derechos en su versión laboral, como la intención del trabajador al transmitir la información o si las expresiones utilizadas le ocasionan a la empresa más gravámenes que el de tolerar las meras críticas o malestar de los trabajadores.

316 STC 120/1983 SSTC 106/96, FJ 5; 186/96 FJ 3; 204/97, entre otras.

317 Ejemplo ya clásico es la cita de la STC 126/2003 que añade como elemento adicional al ejercicio de la libertad de información la previa comunicación o advertencia a la empresa antes de informar públicamente de las irregularidades cometidas en la misma. Un comentario muy interesante sobre esta resolución SEGALÉS FIDALGO, J., «La reaparición del deber de lealtad como referencia para medir las condiciones de ejercicio de la ciudadanía en la empresa. Notas acerca de la STC 126/2003», *Revista de Derecho Social*, nº 23, 2003, pp. 147 y ss.

318 Así, en contra de la aplicación de este principio se han pronunciado desde antiguo, entre otros, BAYLOS GRAU, A., *El Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991, p. 99, VALDÉS DAL RE, F., «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», cit., p. 293 y MOLINA NAVARRETE, C., «Hacia una revisión constitucional de la buena fe contractual en las relaciones jurídico laborales», *Relaciones Laborales*, nº 1, 1992, pp. 338 y ss. que propone una relectura bidireccional de este deber que atañe a ambas partes contractuales. En la misma dirección, más recientemente CONDE MARÍN, E., *La buena fe en el contrato de trabajo. Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo*, La Ley, Madrid, 2007.

319 GOÑI SEIN, J.L., «Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?», cit., p. 50.

(reglas y principios) iusfundamentales»³²⁰. Se trata de resolver la controversia en la situación específica que enfrenta a los derechos bajo el criterio de valorar en qué medida, mayor o menor, la pretensión de cada parte consigue la finalidad de optimización de los principios y valores constitucionales³²¹. La configuración de esta problemática como un conflicto entre derechos de rango constitucional lleva a acudir a las técnicas de la ponderación través del principio de proporcionalidad³²².

No obstante, la llamada «ponderación» o el «juicio de comparación» y el «principio de proporcionalidad» no siempre se emplean con el mismo significado, según se utilicen en términos amplios o más estrictos, ni se refieren exactamente a los mismos métodos³²³. En la distinción entre ambos procedimientos³²⁴ se valora que el juicio de proporcionalidad es un sistema más estricto puesto que al añadir el elemento de necesidad y la indispensabilidad, impide las intervenciones más agresivas a los derechos fundamentales cuando existen medidas menos lesivas pero también eficaces³²⁵. Conduce a ponderar en el caso concreto el peso de los sacrificios y las ventajas de acuerdo al sistema constitucional y obliga a valorar el grado de injerencia y sus consecuencias en atención a la relevancia del interés.

En cualquier caso, ambas teorías coinciden en su base o fundamento que predica que en caso de conflicto entre intereses jurídicos contrapuestos a los que la norma no otorga una clara solución debe ser el intérprete o juez el que valore los bienes o derechos enfrentados sopesando a cual se le debe otorgar «mayor peso» o protección jurídica³²⁶. La técnica de la ponderación en sentido amplio, quizás, ante el riesgo de cierto subjetivismo judicial se ha ido perfilando y concretando para la mayoría doctrinal en el llamado juicio de proporcionalidad³²⁷ que sujeta al operador jurídico a atender a las circunstancias concretas del caso estimando la superación de los

320 VALDÉS DAL-RÉ, F., «Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia», cit., p. 91.

321 SANGUINETI RAYMOND, W., «Poderes empresariales y derechos de la persona del trabajador: el difícil equilibrio», *Trabajo y Derecho*, nº 7, 2018, p. 3.

322 CASAS BAAMONDE, M. E., «La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe», *Relaciones Laborales*, nº 12, 2004, pp. 17 y ss.

323 ÁLVAREZ ALONSO, D., «Modulación laboral de los derechos fundamentales, ponderación y principio de proporcionalidad ¿Un paradigma en retroceso?», cit., p. 3.

324 GOÑI SEIN, J.L., distingue entre el juicio de comparación y el principio de proporcionalidad en base al peso específico de los derechos invocados. «No todos los derechos fundamentales expresan el mismo valor. El contenido lícito de algunos derechos puede tener una trascendencia mayor al ser portadores de otros intereses o estar dotados de una relevancia especial y, en consecuencia, pueden conformar un núcleo más resistente al choque con otros bienes o derechos constitucionales». Para este caso se utilizaría el juicio de comparación, reservando el juicio de proporcionalidad para derechos «equiparados». GOÑI SEIN, J.L., «Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?», cit., p. 47.

325 CASAS BAAMONDE, M. E., «La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe», cit., p. 18.

326 ÁLVAREZ ALONSO, D., «Modulación laboral de los derechos fundamentales, ponderación y principio de proporcionalidad ¿Un paradigma en retroceso?», cit., p. 5.

327 De todos es conocida la trascendental aportación de ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 86 y ss.

tres niveles que conforman esta pauta de evaluación: juicio de idoneidad, juicio de necesidad y juicio de proporcionalidad en sentido estricto³²⁸.

La introducción de la ponderación por parte del TC desde mediados de los años noventa³²⁹, depurada paulatinamente hasta avanzar a un más elaborado juicio de proporcionalidad a través del triple test³³⁰, cambió la perspectiva a la hora de enjuiciar en el ámbito laboral la colisión de los derechos de empresa y personal. De resolverse las controversias desde el examen de la adecuación del ejercicio del derecho por parte de los trabajadores a las pautas contractuales, se dará paso a que el juez valore a través de un juicio equilibrador en qué medida las limitaciones empresariales al derecho ejercitado resultan necesarias en atención a causas razonables y justificadas relativas a la actividad laboral y productiva.

Si en una primera etapa pudo apreciarse una apuesta por la máxima irradiación de los derechos fundamentales, partiendo de la prevalente posición que ocupan en el ordenamiento jurídico³³¹, en las casi dos décadas en su aplicación no se ha logrado una construcción clarificadora y se ha ido generalizando cierta aplicación retórica o formal. En su versión laboral mayoritaria se acude a valorar la idoneidad de la medida empresarial y su justificación legítima, se recurre solo en ocasiones a la necesidad del medio y se obvia prácticamente en todos los asuntos la realización de una verdadera ponderación del peso de los derechos en liza desde la perspectiva constitucional (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

De esta manera, por norma general, son los derechos de la parte trabajadora los que deben ceder cuando se entiende que la restricción es imprescindible para atender a un interés empresarial legítimo y no existe una medida menos limitadora. Esta formulación ha servido como un principio de intervención mínima empresarial en los derechos fundamentales de los trabajadores³³² que impide «las medidas empresariales absurdas y extravagantes de invasión»³³³ o aquellas fundamentadas en una utilización acausal, arbitraria, desorbitada o incluso caprichosa

328 En síntesis,

- El juicio de idoneidad: se supera cuando la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto o la finalidad pretendida, cuando la restricción de derechos satisface el interés empresarial protegido.
- El juicio de necesidad: se cumple cuando la restricción se entiende necesaria porque no hay otras medidas más moderadas pero eficaces. Si hubiese otras posibilidades menos restrictivas de satisfacer el interés empresarial respecto a los derechos en cuestión habría que emplear estas últimas.
- El juicio de proporcionalidad en sentido estricto: se salva cuando la medida se entiende ponderada y equilibrada porque de ella se derivan más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, siempre respetándose el contenido esencial de los derechos fundamentales afectados.

329 Precisamente el inicio de esta orientación jurisprudencial se produce con una sentencia sobre el derecho a la propia imagen, la STC 99/1994, que declara lesivo el despido de un trabajador, deshuesador de jamones, por negarse a obedecer la orden empresarial de exhibir su imagen en un acto promocional con presencia de los medios de comunicación.

330 SSTC 98/2000 y 186/2000.

331 TERRADILLOS ORMAETXEA, E., *Principio de proporcionalidad, constitución y derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 100 y ss.

332 SANGUINETI RAYMOND, W., «Poderes empresariales y derechos de la persona del trabajador: el difícil equilibrio», cit., p. 3.

333 APARICIO TOVAR, J., «Los derechos fundamentales y el juicio de proporcionalidad degradados a mera retórica (A propósito de la STC 170/2013, de 17 de octubre de 2013)», *Revista de Derecho Social*, nº 64, 2013, p. 142.

de los poderes empresariales. Pero no es una respuesta suficiente, conduce a dar prevalencia al ejercicio de las facultades empresariales confundiendo los fines o intereses con los medios, tal y como aprecia en la última doctrina constitucional relativa a la potestad de control y sanción de los sospechados incumplimientos laborales en el entorno digital. No parece que en aras de facilitar y obtener una exitosa prueba se pueda justificar el empleo de medios ilegítimos³³⁴.

Aunque profundizaremos más sobre estas cuestiones en las diferentes situaciones de conflicto, se ha de apuntar que en los últimos tiempos la respuesta de los tribunales al ejercicio de la mayoría de los derechos del art. 18 CE (especialmente, derecho a la intimidad, propia imagen, protección de datos personales y secreto en las comunicaciones) en las empresas digitalizadas ha supuesto un recorte de las garantías e incluso una afectación del que hasta entonces se consideraba como contenido esencial de tales derechos. Los derechos de ciudadanía *on line* de los trabajadores en la empresa parecen recortarse ante un reconocimiento cada vez más amplio de una autoridad digital a la empleadora.

Los procedimientos utilizados no son idénticos aunque lleguen a parecidas consecuencias. Los escenarios son distintos (control del correo electrónico, acceso a las redes sociales o videovigilancia, entre otros) e incluso los derechos sobre los que se busca el amparo pueden divergir (secreto de las comunicaciones, protección de datos personales, intimidad). No obstante, podemos adelantar algunas valoraciones.

Por un lado, se aprecia una tendencia del TC a recurrir por exceso al tan dúctil principio de proporcionalidad. Así, se acude al mismo cuando no existe una verdadera colisión y necesidad de equilibrio o acomodación entre derechos, por cuanto la conducta empresarial ha afectado al ámbito no claudicante de su contenido esencial³³⁵. Muestra de ello, son las resoluciones que ante la falta de transparencia o el incumplimiento del deber de información previa sobre los controles empresariales, salvan la intromisión acudiendo a la idoneidad y necesidad de la medida, prescindiendo o rebajando la esencialidad de este elemento en la configuración del derecho a la protección de datos³³⁶ o de la expectativa de intimidad³³⁷. En verdad, se recurre a la técnica de la delimitación del derecho para relajar su contenido, sin atender la inviolabilidad de aquello que es esencial, incluso para el legislador.

Este procedimiento también es usado pero en sentido contrario para cercenar o vaciar el contenido del derecho al secreto de las comunicaciones digitales en la empresa o restringir la expectativa de privacidad. En esta sede, la información previa de la empresa, ni siquiera del control, basta del uso, se convierte en la pieza que conforma el contenido de los derechos del

334 Véase en este sentido, MOLINA NAVARRETE, C., «El derecho al secreto de las comunicaciones en la relación de trabajo: la dilución en «tópica» y «retórica» de su tutela constitucional», *Trabajo y Derecho*, nº 7, 2018, p. 10.

335 Interesante reflexión sobre los tres escenarios de controversia: abuso, conflicto y exclusión, puede verse en SEGALÉS FIDALGO, J., «Nuevamente sobre la buena fe como límite al ejercicio de los derechos fundamentales dentro la relación obligatoria laboral», *Revista de Derecho Social* nº 17, 2002, pp. 133 y ss. y «La reaparición del deber de lealtad como referencia para medir las condiciones de ejercicio de la ciudadanía en la empresa. Notas acerca de la STC 126/2003», cit., p. 158. Bajo esta clasificación, nos hallaríamos en este caso ante un escenario de abuso, donde la libertad constitucional no puede dar cobertura al interés empresarial por afectar al contenido esencial del derecho del trabajador.

336 STC 39/2016.

337 SSTC 241/2012 y 170/2013.

trabajador, fundamentada en una concepción liberal de la titularidad dominical empresarial de los medios utilizados³³⁸. Los criterios marcados e informados por la propia empresa, incluso de manera indirecta, son los que delimitan el contenido protegido. Aún así, se ha de apuntar que lejos de estas incorrectas utilizaciones o de las laxas aplicaciones del juicio de proporcionalidad por los tribunales este sigue siendo una «garantía indefectible»³³⁹ para la defensa de los derechos sociales³⁴⁰.

Ante estas construcciones, había una esperanza en que la última jurisprudencia correctora del TEDH³⁴¹ y la necesaria adaptación al Reglamento Europeo de Protección de Datos, ya en vigor, impulsara un reajuste de la normativa y de los precedentes jurisprudenciales³⁴², que no estaban siendo atendidos por el TS³⁴³. Como ya señalamos, esta expectativa parece parcialmente cumplida con la actual aprobación de la LOPDGDD que aporta unas garantías y límites más precisos al control de los dispositivos digitales proporcionados al personal y a la utilización empresarial de sistemas de videovigilancia o grabación de sonidos o de mecanismos de geolocalización. Pero no es suficiente. Parece ineludible que esta reforma se realice de manera más ambiciosa a través de normas de Derecho del trabajo que doten de contenido constitucional al Estatuto de los Trabajadores³⁴⁴ reconociendo los derechos fundamentales de los empleados en la relación laboral. Esta reiterada demanda por la doctrina académica coincide también con una de las propuestas aportadas por el grupo de reflexión FIDE en el documento «*Por un nuevo marco legislativo*

338 MOLINA NAVARRETE, C., «El derecho al secreto de las comunicaciones en la relación de trabajo: la dilución en «tópica» y «retórica» de su tutela constitucional», cit., pp. 6-9.

339 TERRADILLOS ORMAETXEA, E., «El principio de proporcionalidad como referencia garantista de los derechos de los trabajadores en las últimas...», cit. p. 142.

340 Como veremos en el siguiente capítulo al examinar la imagen en conexión con la libertad religiosa, este juicio no siempre resulta el procedimiento más adecuado para valorar el ejercicio de los derechos del trabajador en la empresa. Así, está especialmente indicado para equilibrar los casos en los que se examinan medidas restrictivas de los derechos del trabajador que implican una parcela de exclusión (derechos de inmunidad). Derechos, que no comportan una conducta activa de la empresa de acomodación que satisfaga su disfrute, como claramente puede ser el derecho a la intimidad o incluso el derecho a la propia imagen. Su uso en este ámbito lo ha convertido en una herramienta para que los derechos fundamentales del trabajador se blinden ante determinados ejercicios del poder de dirección o disciplinario de la empresa. Sin embargo, su aplicación no resulta tan operativa para garantizar los derechos que para su efectivo disfrute requieren de una acción de la empresa (libertad religiosa o ideológica, derecho a la educación, entre otros), que generalmente consiste en una modificación o adaptación de las condiciones laborales. En estos casos se aboga por la aplicación de la pauta utilizada por la jurisprudencia americana la *reasonable accommodation* con el límite del *undue hardship*. Esto es, se vincularía a la empresa a facilitar el disfrute del derecho del trabajador siempre que no suponga un excesivo perjuicio o carga excesiva. Véase esta distinción, GOÑI SEIN, J.L., «Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?», cit., pp. 36 y ss.

341 STEDH As. Barbulescu c. Rumania de 5 de septiembre de 2017 (Gran Sala) y STEDH, As. López Ribalda y otros c. España, de 9 de enero de 2018. Véase también STEDH As. Libert c. Francia de 22 de febrero de 2018, sobre el acceso al ordenador y el registro de los documentos privados de un empleado público.

342 TERRADILLOS ORMAETXEA, E., «El principio de proporcionalidad como referencia garantista de los derechos de los trabajadores en las últimas sentencias del TEDH dictadas en materia de ciberderechos: un contraste con la doctrina del Tribunal Constitucional español», *Revista de Derecho Social*, nº 80, 2017, p. 162.

343 De ello es muestra la STS (Sala de lo Social), de 8 de febrero de 2018 (Réc. núm. 1121/2015), en la cual el TS no parece entender que el ya denominado «Test Barbulescu» impone una aplicación de un juicio de proporcionalidad más estricto y riguroso.

344 CASAS BAAMONDE, M.E., «Informar antes de vigilar. ¿Tiene el Estado la obligación positiva de garantizar un mínimo de vida privada en la empresa en la era digital? La necesaria intervención del legislador laboral», *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 2, 2018, p. 119.

*laboral. Conclusiones del grupo FIDE sobre una nueva ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones laborales*³⁴⁵». Así, en su recomendación 5ª se aludía a la necesidad de que el ET se dotara de «un nuevo título para regular los derechos fundamentales de los trabajadores en las relaciones laborales, despejando las incertidumbres del ejercicio de dichos derechos fundamentales en igualdad y sin discriminaciones y en relación con las tecnologías de la información y la comunicación, con el entorno tecnológico digital que es una realidad insoslayable, virtualmente ausente del ET».

345 (2016), Accesible en <www.fidefundacion.es/attachment/764963/>.

Véase, CASAS BAAMONDE, M.E., «Una nueva ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones laborales. Conclusiones del debate de grupo FIDE», *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 3, 2016, pp. 295-300.

Capítulo II.

**El respeto a la apariencia
física-externa de los
trabajadores en la relación
laboral**

El trascendental valor que tiene la imagen en la sociedad actual también despliega efectos evidentes en el mundo empresarial y en las relaciones laborales. Las empresas buscan una identidad propia que les caracterice a través de «la imagen corporativa» incorporando tanto elementos físicos visuales (marca, logo, nombre comercial) como un código de valores que buscan la diferencia respecto a las demás y la atracción de los clientes y los consumidores³⁴⁶. Desde esta perspectiva, la proyección visual de los empleados puede tener una importante significación, especialmente en aquellas actividades de servicios donde el empleado trabaja cara al público y en cierta medida traslada al exterior la imagen o «marca» de la empresa³⁴⁷.

En este sentido la imagen personal de los trabajadores cuando desempeñan la actividad laboral pasa a ser también una imagen profesional que podría quedar condicionada por las exigencias de la propia actividad en relación a diversas justificaciones. La empleadora en tales casos podría apropiarse del «trabajo estético», al igual que ocurre con otras aptitudes o capacidades laborales y moldear o condicionar la apariencia externa del empleado a los requerimientos empresariales³⁴⁸. Incluso puede suceder que tal aspecto o rasgos físicos sean elementos que se utilicen en la fase de reclutamiento como determinantes para la no contratación o que fundamenten durante la relación laboral un trato desfavorable o discriminatorio en las condiciones laborales.

Vivimos en una época en que la sociedad está obsesionada por la imagen externa. Los medios de comunicación nos bombardean e invaden imponiendo un estereotipo o estándar de belleza que muchos tratan de alcanzar con amplios sacrificios³⁴⁹. Una imagen personal ajustada a los cánones sociales dominantes se asocia al éxito profesional y a unas mejores perspectivas laborales. Pero en la actualidad ya no solo se utiliza el atractivo físico de los trabajadores en determinadas empresas vinculadas al consumo (tiendas de moda, bares, restaurantes) sino que en la mayoría de los sectores se generaliza la imposición de un código de apariencia y vestuario que traslada al exterior la imagen de la empresa, especialmente en los puestos de trabajo en los que hay relación con terceros o contacto con el público.

346 SÁNCHEZ TORRES, E., «Mercadotenia y derechos fundamentales de los trabajadores: a propósito de la STC 84/2006, de 27 de marzo», *IUSLabor*, n° 3, 2006, p. 1.

347 CRUZ VILLALÓN, J., «Derecho a la propia imagen y discriminación de la mujer en el trabajo», cit., pp. 76-77.

348 ALVAREZ DEL CUVILLO, A., «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», *Trabajo y Derecho*, n° 10, 2015, p. 3.

349 De ahí que tanto adolescentes como adultos, especialmente las mujeres «se someten a hambruna voluntaria en forma de dietas, toman pastillas, preparados milagrosos, suplementos quemagrasas y se aplican productos hasta ahora inimaginables en todas las partes de su anatomía. Otros afrontan cirugías que recortan, estiran, alisan, disimulan, disminuyen o aumentan determinadas zonas de su cuerpo», GARCÍA ÁLVAREZ, M.R., «Discriminación laboral sobre la base de la apariencia física», *Trabajo y Derecho*, n° 35, 2017, p. 1.

Más preocupante es la sospecha corroborada por algunos estudios³⁵⁰ de que las personas que no se ajustan a ese modelo de belleza que maneja la mayoría social sufren discriminaciones en diferentes ámbitos, siendo el más propicio de ellos el laboral³⁵¹.

Se aprecia que en la relación laboral son variados los escenarios en los que la apariencia física o externa puede suscitar conflictos entre las partes, como también se intuye que, dependiendo de las circunstancias concretas, serán también múltiples los derechos de los trabajadores posiblemente vulnerados ante determinados actos o conductas empresariales. Estos problemas en orden a estructurar su tratamiento podrían clasificarse en dos grandes grupos:

- Los relativos a la influencia que puede tener la apariencia de los trabajadores en el acceso al empleo y su potencial impacto en las condiciones de trabajo.
- La limitación o control de la imagen de los empleados en el seno de la relación laboral, imponiendo o restringiendo su aspecto.

Aunque resulte innegable que en la esfera laboral la imagen externa de los trabajadores pueda ser fuente de numerosas controversias, en la práctica existe poca conflictividad judicial, quizás motivada entre otros factores³⁵², por la falta de un respaldo normativo claro y por la percepción de los trabajadores de la escasa posibilidad de éxito de sus reclamaciones. Además, el estudio de estas cuestiones, muchas veces se acerca a un análisis o un derecho de casos, por la ausencia de una

350 Véase el interesante trabajo elaborado por el Grupo de Investigación ALTER de la Universidad Pública de Navarra *Los perfiles de la discriminación en España: análisis de la encuesta CIS-3000. Percepción de la discriminación en España* que además de analizar los factores tradicionales (edad, sexo, orientación sexual, discapacidad, origen racial o étnico) estudia aspectos más novedosos como el padecimiento de una enfermedad infecciosa o crónica, la identidad sexual o la apariencia física. Respecto a esta variable, se han de destacar los siguientes datos: «el ámbito de mayor riesgo del aspectismo es el laboral: el 3'9% de la población ha sido discriminada por su aspecto en este sector, lo cual quiere decir que más de la mitad de las personas que han sido discriminadas por tal razón lo han sido en el empleo». Además, en el análisis se considera que «estos datos pueden parecer elevados, sin embargo, si consideramos la creciente normalización de prácticas que claramente favorecen este tipo de discriminación (como la inclusión de una fotografía en el currículum), podemos más bien hipotetizar una subestimación, en esta encuesta, de la discriminación por aspecto físico», pp. 100-114. Disponible en:

www.mscbs.gob.es/gl/ssi/igualdadOportunidades/noDiscriminacion/documentos/Perfiles_discriminacion.pdf.

351 Aunque la doctrina laboral no se ha preocupado de este asunto hasta el momento actual, hace ya bastantes años que se publicó un artículo sobre esta cuestión donde se cita un estudio americano *Journal article Facial Discrimination: Extending Handicap Law to Employment Discrimination on the Basis of Physical Appearance*, *Harvard Law Review* Vol. 100, No. 8 (Jun. 1987), pp. 2035-2052 que corroboraba las importantes discriminaciones en el ámbito laboral derivadas de esta causa. Véase SERRA CALLEJO, J., «La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 127, 1993, p. 57.

En Estados Unidos han sido numerosos los estudios que constatan este tipo de discriminación, lo que probablemente ha favorecido el que existan normas que prohíben la discriminación laboral por la apariencia física o por circunstancias asociadas a la misma. Véase, GONZÁLEZ DE BIEDMA, E., «La apariencia física del trabajador y el contrato de trabajo: una aproximación al problema» AA. VV., (coord. CASAS BAAMONDE, M.E., CRUZ VILLALÓN, J. y DURÁN LÓPEZ, F.), *Las transformaciones del derecho del trabajo...*, cit., pp. 676 y 677 y GARCÍA ÁLVAREZ, M.R., «Discriminación laboral sobre la base de la apariencia física», cit., p. 2.

352 Las nuevas modalidades de empleo precario y la degradación de las condiciones laborales a las que hemos asistido en esta última década convierten en una utopía las reclamaciones laborales de protección a los derechos de ciudadanía en la empresa. Véase sobre la cuestión, GOÑI SEIN, J.L., «Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?», cit., pp. 68 y ss.

construcción teórica sólida de los tribunales en aquellos asuntos en los que se han pronunciado³⁵³. Lo que ha impedido también una jurisprudencia asentada.

Sin embargo, de manera aparentemente contradictoria, la mayoría de las sentencias al respecto han sido foco de atención de los medios de comunicación y su conocimiento se ha extendido más allá del ámbito jurídico o académico a gran parte de la sociedad³⁵⁴. Consideramos que al margen de la «vistosidad de los hechos litigiosos»³⁵⁵ este interés también es un reflejo de la trascendencia que tiene para la sociedad el respeto a las características físicas individuales y las posibles limitaciones arbitrarias de la esfera personal en el ámbito laboral.

Tal y como ha ocurrido en otros países, es predecible que este tipo de contenciosos se pueda incrementar en los próximos años. Progresivamente la uniformidad nacional cultural y religiosa en nuestro país se va transformando y enriqueciendo con una diversidad de orígenes, etnias, razas que incorporan sistemas culturales y credos religiosos diferentes. La plantilla ya no es «uniforme en sus rostros y vestidos»³⁵⁶. Cada vez serán más frecuentes los supuestos en que los trabajadores adopten una determinada apariencia externa en atención a sus convicciones religiosas o por razones étnicas o culturales³⁵⁷.

Esta variedad tiene muchas veces un origen externo, se produce y configura por las corrientes migratorias que incorporan personas o grupos de otro lugar con un contexto cultural distinto, pero también es fruto de una formación interna³⁵⁸. La evolución de la sociedad hacia una mayor apertura y pluralismo lleva a que emerjan diferentes opciones ideológicas, distintos comportamientos, impensables en un entorno cerrado y totalitario. La aceptación y visibilidad de diversas orientaciones sexuales, de la discapacidad, de las enfermedades crónicas, entre otros ejemplos, son signos de la configuración de una colectividad más plural e inclusiva. Esta sociedad heterogénea, multicultural y globalizada provoca la necesidad de una adecuada gestión de la diversidad en el seno de la empresa que garantice la no discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones laborales y la no vulneración de los derechos fundamentales del «diferente».

1. Delimitación de conceptos: aspecto/imagen o apariencia, apariencia física, apariencia externa/estética o indumentaria

Parece necesario comenzar con una aclaración sobre este concepto al que se le han otorgado múltiples denominaciones «la apariencia, el aspecto, la imagen...», puesto que comprende elementos de diferente naturaleza que pueden afectar a su posterior valoración jurídica. Por de

353 ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», cit., pp. 2-3.

354 Refleja también este hecho, CÁMARA BOTÍA, A., «La libertad de vestir del trabajador», *Aranzadi Social*, nº 6, 2013, p. 1.

355 SEMPERE NAVARRO, A.V., «Modulación laboral de los derechos cívicos: STC 99/94, de 11 de abril», *Persona y Derecho*, nº 54, 2006, pp. 472-473.

356 OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2010, p. 478.

357 GIL Y GIL, J.L., «Poder directivo y apariencia externa del trabajador», cit., p. 211.

358 GARCÍA MURCIA, J. «Prólogo» en RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*, Consejo Económico Social del Principado de Asturias, Oviedo, 2009, pp. 14-15.

pronto, es fácil coincidir en la idea de que una discriminación basada en unas de las características físicas innatas de la persona, difícilmente modificables (rasgos faciales, estatura...) o que escapan de su control, resultaría más preocupante y rechazable en términos de justicia social que otras formas de trato desfavorable motivado por una apariencia estética voluntaria y alterable (la forma de vestir o el peinado)³⁵⁹.

Utilizamos el término «aspecto, apariencia, o imagen» de los trabajadores en un sentido amplio para incluir el conjunto de características o rasgos de cualquier clase que están presentes en cada individuo y que fundamentalmente son aprehendidos por el sentido de la vista³⁶⁰. Es el aspecto o la imagen exterior de una persona, las características físicas y estéticas particulares que proyectadas al exterior le diferencian de los demás³⁶¹.

A efectos de la valoración de las controversias que se pueden originar en el lugar de trabajo se ha de distinguir dentro de esta noción general entre la apariencia física en sentido estricto y la apariencia estética o indumentaria³⁶². La primera comprende aquellas diferencias fisiológicas del aspecto que son inherentes a la persona, se trata de elementos de la apariencia integrados en el cuerpo: la altura, el peso, la forma corporal, la musculatura, el color de la piel, los caracteres sexuales, los rasgos faciales o el tipo de pelo, entre otros. Como regla general estos rasgos están asociados a otros elementos innatos de la persona³⁶³ y aunque algunos de ellos sufrirán cambios a largo plazo ocasionados por el propio envejecimiento (pérdida de pelo, arrugas...) o por los acontecimientos de la vida de cada cual (accidentes, enfermedades, hábitos de alimentación...) normalmente son difíciles de modificar³⁶⁴ o en muchos casos resultan inmutables o irreversibles.

Sin embargo, la «indumentaria» o apariencia estética comprende los elementos personales de la imagen exterior que generalmente son de elección voluntaria y pueden ser fácilmente modificables

359 GARCÍA ÁLVAREZ, M. R., «Discriminación laboral sobre la base de la apariencia física», cit., p. 4.

360 En algunos casos, también se podrá utilizar una definición más amplia, que contemple otros rasgos como la voz, perceptibles por otros sentidos, porque la imagen que proyecta cada persona es el resultado de una percepción global por los demás de los rasgos identificativos, ALVAREZ DEL CUVILLO, A., «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», cit., p. 2.

361 Incluye también en la apariencia externa del trabajador tanto la fisonomía y la constitución física, como el aspecto exterior y la indumentaria, GIL Y GIL, J.L., «Poder directivo y apariencia externa del trabajador», cit., p. 212.

362 Este último término es cada vez más utilizado por la doctrina, entre otros, ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», cit. CÁMARA BOTÍA, A., «La libertad de vestir del trabajador», *Aranzadi Social*, nº 6, 2013, PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., «La indumentaria del trabajador y otros elementos que afectan a su aspecto e imagen externa durante el trabajo (miscelánea jurisprudencial)», *Actualidad Laboral*, nº 12, 2008, GARCÍA MURCIA, J., y RODRÍGUEZ CARDO, I.A., «Signos religiosos en la indumentaria de trabajo y principio de no discriminación. Las primeras aportaciones del Tribunal de Justicia», *La Ley Unión Europea*, nº 49, 2017, ROMERO BURILLO, A.M., «Poder de dirección, indumentaria de trabajo y derechos fundamentales de los trabajadores», *Revista de Derecho Social*, nº 58, 2012, pp. 69 y ss.

363 Están relacionados con la raza, el sexo y la edad. GONZÁLEZ DE BIEDMA, E., «La apariencia física del trabajador y el contrato de trabajo: una aproximación al problema», cit., p. 678.

364 Aunque como se apunta, existen diferentes estrategias de desigual intensidad para cambiar o disimular tales elementos, desde el uso de instrumentos estéticos (maquillaje, lentillas de colores, prótesis, etc.), hasta cambios en el estilo de vida (ejercicio físico y dieta) o técnicas más agresivas (cirugía plástica, sea reparadora, estética o de reasignación sexual), ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», cit., p. 3.

por cada individuo³⁶⁵. Por ello, es en este aspecto de la apariencia, donde cada persona diseña su imagen externa de acuerdo con sus preferencias, su comodidad, su capacidad económica, su moral e incluso sus creencias religiosas. Es un ámbito de libertad en el cual se manifiesta la personalidad a través de la imagen, la apariencia constituye así un medio de expresión del ser individual³⁶⁶. Dentro de esta esfera se incluyen numerosos elementos: el vestuario en general (ropa, calzado, sombrero...), la elección sobre el pelo (largura, corte de pelo o peinado), la opción sobre el vello facial (barba, perilla y bigote), la forma o adorno de las uñas, el uso de cosméticos, maquillaje o pinturas, los objetos decorativos (collares, pulseras y anillos) las modificaciones corporales como los *piercings* y tatuajes e incluso otros objetos funcionales, temporalmente unidos al cuerpo (gafas, adornos en el pelo, *pins* en la ropa o accesorios, bolsos, mochilas).

Aunque esta vertiente de la imagen exterior puede valorarse en una primera aproximación como menos trascendente, se ha de incidir en la importancia que estas opciones pueden llegar a tener para la persona. Los vestidos y adornos pueden reflejar «su conformidad, amenaza, liberación sexual, oposición a la autoridad o la pertenencia a un grupo particular o subcultura» siendo especialmente significativos aquellos que expresan las creencias religiosas, por cuanto dependiendo del tipo de credo, una concreta indumentaria podría ser una práctica obligatoria para sus miembros. Por ello, estos elementos en cuanto reflejan la visión de los trabajadores más allá de su faceta laboral pueden cobrar una mayor relevancia que otras condiciones de trabajo³⁶⁷.

Así, con el término imagen o aspecto vamos a aludir a estos dos ámbitos que bien se reflejan en la siguiente frase que tomamos prestada «la imagen o apariencia de la persona resulta tanto de lo que es (varón o mujer, blanco o negro, viejo o joven, alto o bajo, grueso o delgado, bello o feo,...) como de lo que viste»³⁶⁸, comprendiendo en el vestido todos aquellos objetos que integran la indumentaria.

2. Una primera aproximación a los derechos constitucionales vinculados a la imagen o apariencia de los trabajadores

Se ha de partir de la inexistencia en el ámbito laboral de una regulación legal general que concrete o reconozca el respeto a la apariencia física de los trabajadores y la libertad para conformar la imagen externa. Por ello, la mayoría de las contiendas generadas en este espacio terminan resolviéndose acudiendo a la interpretación que realizan los tribunales sobre los posibles derechos constitucionales vulnerados.

En la delimitación de estos derechos o libertades enfrentados se ha de seguir la división entre la apariencia física en sentido estricto y la apariencia estética. Respecto a la primera, no suelen suscitarse conflictos durante la relación laboral, a salvo de la posibilidad de que se establezca

365 Algunos de ellos pueden presentar una mayor dificultad para su reversión como los tatuajes, por ello hay autores que utilizan otros criterios de clasificación comprendiendo en la apariencia física cualquier elemento de la imagen que queda integrado en el cuerpo (longitud del cabello, tatuajes, largura de las uñas) ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», cit., p. 3.

366 PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «Sobre el derecho a la propia imagen», cit., p. 78

367 CÁMARA BOTÍA, A., «La libertad de vestir del trabajador», cit., p. 3.

368 *Supra*, cit., p. 1.

un trato desfavorable cuyo móvil obedezca a los rasgos físicos que configuran el aspecto, donde podría entrar en juego, como veremos, la tutela antidiscriminatoria. Repárese en que se trata de elementos derivados de la herencia genética, sobre los que se posee escaso margen de decisión a título personal³⁶⁹. O bien son inmutables o de difícil alteración (operaciones quirúrgicas, cambios de estilo de vida...), pero aún en el caso de que pudiesen modificarse, estos cambios tienen tanta trascendencia personal que deben quedar al arbitrio o a la decisión de cada individuo. La inserción en la relación laboral no puede constituir un título que justifique limitaciones o modulaciones de este calado, por lo que *a priori* no puede haber colisión de intereses entre el ejercicio del poder de dirección y la apariencia física del trabajador³⁷⁰.

Por ello, la esfera más propicia en la que las circunstancias físicas pueden tener una mayor repercusión y generar controversias es la fase de selección o reclutamiento cuando las causas de la no contratación se deriven de exigencias no justificadas en atención a la prestación o a las tareas a desarrollar. En efecto, la apariencia física, o algún rasgo particular de la misma podría ser determinante para la obtención de un empleo cuando se precisa para la ejecución del trabajo unas concretas condiciones físicas, la superación de unos estándares mínimos o incluso contar con una «adecuada o buena imagen».³⁷¹ De nuevo aquí, la potencial protección de los trabajadores viene de la mano del derecho a la no discriminación³⁷², como se analizará con más detalle.

Sin embargo, la apariencia estética, al integrarse por elementos «mutables», supone un claro espacio de libertad, de opción personal, siendo más «factible que pueda colisionar con los intereses del empleador, de manera que puede condicionar, en determinados supuestos y circunstancias, desde el acceso al trabajo, la ejecución o desarrollo de la prestación laboral, hasta la propia extinción contractual de la relación de trabajo»³⁷³. Aunque la imagen externa también podría ser un elemento que fundamentara una discriminación en el acceso al empleo, los principales problemas que se generan en la práctica están relacionados con la modulación o limitación empresarial del aspecto de los empleados, bien imponiendo una determinada indumentaria o bien restringiendo el uso de concretos elementos. Estas modificaciones pueden ser perfectamente legítimas cuando están justificadas racionalmente en atención a diversas causas relacionadas con la actividad empresa o con el trabajo a desarrollar, pero no cabe que la relación laboral ampare decisiones caprichosas o arbitrarias fruto del ejercicio de un poder de dirección carente de todo fundamento. Es aquí donde los derechos constitucionales de los trabajadores podrían operar como un límite a la facultad empresarial de control y decisión sobre la imagen de sus empleados. Por ello nos hemos de plantear si existe una protección constitucional de este reducto de autodeterminación y dónde se ubica.

369 RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*, Consejo Económico Social del Principado de Asturias, Oviedo, 2009, pp. 83 y ss.

370 DE VICENTE PACHÉS, F., «El derecho a la libre apariencia física-estética en las relaciones de trabajo: una aproximación desde una perspectiva de sexo-género», Comunicación presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, en AA. VV., (AEDTSS), *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral*, cit., p. 8.

371 Supra, p. 9. En igual sentido, ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», cit., p. 4.

372 Será el art. 14 CE y la prohibición de no discriminación la norma que «permite decidir lo justo o lo injusto de una decisión empresarial relativa a una circunstancia personal del trabajador, como es la apariencia física», GARCÍA ÁLVAREZ, M. R., «Discriminación laboral sobre la base de la apariencia física», cit., pp. 9 y ss.

373 DE VICENTE PACHÉS, F., «El derecho a la libre apariencia física-estética en las relaciones de trabajo: una aproximación desde...», cit., p. 8.

A pesar de que no exista un precepto constitucional que de manera explícita reconozca esta libertad, actualmente no hay duda de su vinculación a los principales valores constitucionales por su clara conexión con la libertad (art. 1.1 CE), la dignidad de la persona³⁷⁴ (art. 10.1 CE) y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Como ya se indicó en otro momento, la apariencia externa es uno de los elementos que nos concreta como individuos y nos hace únicos respecto a los demás, tanto por las características físicas que nos vienen dadas, como fundamentalmente por aquellas en las que tenemos capacidad de decidir y podemos configurar según nuestro criterio. Es en este espacio donde cada individuo refleja sus gustos, su manera de pensar, su manera de ser, en definitiva, su individualidad o personalidad. De ahí, que se acepte que la imposición de significativas limitaciones no justificadas a esta facultad pueda menoscabar la libertad y dignidad de la persona.

La posición doctrinal unánime respecto a la salvaguarda constitucional se rompe cuando se trata de ubicar esta expresión de la autonomía en alguno de los derechos fundamentales expresamente previstos en la CE. A salvo de situaciones pluriofensivas en las que en atención a las circunstancias concurrentes podrían verse comprometidos variados derechos fundamentales, la doctrina científica está dividida entre quienes apuntan al contenido del derecho a la intimidad y quienes consideran que es una de las dimensiones amparadas por el derecho a la propia imagen.

A favor de la primera tesis se cuenta con el concepto tradicional y restrictivo que mantiene la mayoría de la doctrina civil³⁷⁵ sobre el contenido de este último derecho, en base a su propio desarrollo legal (LO 1/1982) que únicamente se refiere a su configuración «gráfica». Idea que parece corroborada por la única sentencia del TC que se ha pronunciado sobre la posibilidad de limitación de la apariencia estética en el seno de la relación laboral (STC 170/87), sobre el popular caso del despido del camarero que se negó a afeitarse la barba³⁷⁶. Aunque lo discutido en el proceso era si la decisión personal sobre la apariencia física del trabajador «puede o no limitarse o condicionarse en virtud de las relaciones laborales en que desarrolla su actividad profesional», el Alto Tribunal eludió este pronunciamiento al constatar que tal cuestión, regulada en una costumbre sectorial, no tenía «entidad constitucional». Se trataba de un asunto de legalidad ordinaria decidido correctamente por la jurisdicción laboral. Esta argumentación difícilmente compartida³⁷⁷ creemos que obedece a la antigüedad de la resolución, dictada en una época en la que imperaba una clara contractualización de los derechos fundamentales no laborales. Además,

374 Sobre la conexión de la autodeterminación de la apariencia física con la dignidad, véase OJEDA AVILÉS, A. e IGARTUA MIRÓ M. T., «La dignidad del trabajador en la doctrina constitucional», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n° 73, 2008, p. 159.

375 Reiteramos, salvo una minoría de autores, el resto apoya una concepción clásica de este derecho. Para un análisis más detallado puede consultarse el Capítulo I. Entre los primeros, podemos citar a ALEGRE MARTÍNEZ, M.A., *El derecho a la propia...*, cit., pp. 88-91, BLASCO GASCÓ, F.P., «Algunas cuestiones del derecho a la propia...», cit., p. 23 y *Patrimonialidad y personalidad de la imagen. El derecho a la propia imagen*, cit., p. 68., CORDERO SAAVEDRA, L., «Derecho a la propia imagen y contrato de trabajo», cit., pp. 249-267.

376 La Sentencia 170/1987 resuelve un recurso de amparo por supuesta violación del derecho a la intimidad y a la propia imagen, presentado por un trabajador que prestaba servicios como barman y que, tras once años de antigüedad en el mismo hotel, decidió dejarse la barba. La empresa se opuso a ello, requiriendo al trabajador para que se rasurara. Ante la reiterada negativa de este último, que fue sancionado por dos veces con suspensión de empleo y sueldo, finalmente es despedido con fundamento en el art. 54.2.b) ET por incumplimiento de la orden empresarial.

377 Tal y como expresa, GONZÁLEZ DE BIEDMA, E., «La apariencia física del trabajador y el contrato de trabajo: una aproximación al problema», cit., p. 692.

la sentencia «presenta una ambigüedad notable y un desarrollo teórico deficiente»³⁷⁸ del que poder obtener conclusiones. De hecho, casos similares han sido resueltos de manera distinta por doctrina judicial posterior³⁷⁹.

También se aduce para incluir esta libertad en el derecho a la intimidad personal y familiar la evolución y extensión que ha tenido el contenido de este derecho³⁸⁰ que, junto a las dos dimensiones básicas, la intimidad territorial e informativa, ha incorporado un espacio de autonomía en la adopción de opciones personales³⁸¹, en la decisión sobre el propio proyecto vital³⁸², conectado al libre desarrollo de la personalidad. Concepción, inspirada en la propia del TEDH, sobre el respeto a la vida privada en la aplicación del art. 8 CEDH. Igualmente se ha argumentado que este derecho en la relación laboral cuenta con una base normativa en el art. 4.2 ET, de la que carece el derecho a la propia imagen³⁸³.

Sin embargo, nuestra postura se posiciona con la mayoría doctrinal laboralista³⁸⁴ que integra esta libertad en el derecho a la propia imagen. Como ya alegamos en su momento, una noción puramente subjetivista de la intimidad que comprendiera cualquier decisión sobre la vida personal diluye este derecho y «corre el serio riesgo de concluir con el descubrimiento de la libertad a secas»³⁸⁵. Además, la peculiaridad de nuestro texto constitucional de incorporar el derecho a la propia imagen como independiente de la intimidad, bien merece dotarle de un valor propio y autónomo que pueda integrar en su contenido esencial desde la perspectiva laboral la libertad de elegir la apariencia externa y la indumentaria³⁸⁶.

378 ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», cit., p. 6.

379 STSJ de Madrid, de 26 de marzo de 1992 (Rec. núm.15752/1989), STSJ de Madrid, de 18 de abril de 2001 (Rec. núm. 1405-MG/2001) y STSJ de Comunidad Valenciana, de 29 de mayo de 1996 (Rec. núm. 3551/1995).

380 Entre otros, ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y RUBIO SÁNCHEZ, F., *El derecho de los trabajadores a la intimidad, Cuadernos de Aranzadi Social*, nº 26, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 61, DE VICENTE PACHÉS, F., *El derecho del trabajador...*, cit., p. 363, GIL Y GIL, J.L., «Poder directivo y apariencia externa del trabajador», cit., p. 212, SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., «Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva», cit., p. 300.

381 MIERES MIERES, J.L., *Intimidad personal y familiar. Prontuario de jurisprudencia constitucional*, cit., pp. 24-25.

382 SERRANO OLIVARES, R., «El derecho a la intimidad como derecho de autonomía personal en la relación laboral», cit. pp. 97-124.

383 GIL GIL, J.L., «Poder directivo...», cit., p. 213. En esta línea también, se valora que en la normativa laboral el derecho a la propia imagen queda subsumido en la intimidad, al no existir una referencia autónoma o explícita, DE VICENTE PACHÉS, F., *El derecho del trabajador...*, cit., p. 363.

384 Entre otros, APARICIO ALDANA, R.K., *El derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones jurídico-laborales*, cit., pp. 225 y ss., AGUILAR MARTÍNEZ, M.C., «Vulneración del derecho a la imagen por extralimitación del poder de dirección empresarial», cit., pp. 2-3, AGRA BIFORCOS, B., «El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. La propia imagen en sentido positivo», cit., pp. 3 y ss. ARGÜELLES BLANCO, M.R., «Uniformidad, apariencia externa y poderes empresariales», cit., p. 4, BALLESTER PASTOR, I., «Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador. Límites a la expresión del derecho a la propia imagen en el desarrollo de la relación laboral», cit., pp. 27 y ss., CRUZ VILLALÓN, J., «Derecho a la propia imagen y discriminación de la mujer en el trabajo», cit., pp. 62 y ss., GONZÁLEZ DE BIEDMA, E., «La apariencia física del trabajador y el contrato de trabajo: una aproximación al problema» cit., p. 685, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «Sobre el derecho a la propia imagen», cit., pp. 75 y ss., ROMERO BURILLO, A.M., «Poder de dirección, indumentaria de trabajo y derechos fundamentales de los trabajadores», cit., p. 78.

385 FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «La intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo» cit., p. 623.

386 Se argumenta que se ha de dar un valor propio y autónomo a la mención expresa de este derecho en el texto constitucional que lo diferencie respecto a la intimidad. CRUZ VILLALÓN, J., «Derecho a la propia imagen

Desde este punto de vista, al tradicional contenido negativo de este derecho como de exclusión, se le añade una previa dimensión positiva³⁸⁷ consistente en la libertad de configurar la imagen que queremos ofrecer a los demás. El derecho a la propia imagen presentaría dos vertientes, el denominado contenido gráfico, en virtud del cual su titular tiene la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico, lo que conlleva el derecho a determinar la información gráfica que puede ser captada o tener difusión pública y el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado³⁸⁸. La otra dimensión, la estética, es una libertad anterior³⁸⁹ que supone «el derecho a definir, a determinar, a configurar y a modificar libremente la propia apariencia exterior»³⁹⁰. Se ampara en positivo la facultad de decidir y conformar la imagen externa de acuerdo a las preferencias, gustos, creencias, capacidad económica..., opciones ligadas muchas veces a cuestiones de carácter religioso, ideológico, social o afectivo³⁹¹. Y en negativo, supone la no intervención de terceros en esta libertad de manera injustificada.

Esta facultad se halla estrechamente ligada a la libertad y la dignidad de la persona³⁹². A través de la apariencia el individuo muestra su individualidad y conforma su identidad que le permite distinguirse de los demás. Es el «derecho a la no uniformidad física»³⁹³, a decidir y exteriorizar una concreta imagen que particularice al sujeto de acuerdo con su propia estética. En esta configuración de la imagen, en lo que tiene de decisión personal, cada individuo imprime, refleja o manifiesta su singularidad, la imagen se trastoca en un «modo de ser personal»³⁹⁴, es una expresión del libre desarrollo de la personalidad³⁹⁵.

De ahí deriva, que determinadas restricciones a la apariencia en el ámbito laboral puedan afectar a otros derechos fundamentales. La imagen como manifestación de ese modo de ser en el que se plasman o proyectan los gustos, las ideas, las creencias religiosas o incluso los sentimientos, como el pudor, está íntimamente ligada a otras libertades. A estos efectos, téngase en cuenta que el derecho o derechos implicados dependerán en gran medida de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. Así, las limitaciones al vestuario o a símbolos vinculados a la religión o a determinadas

y discriminación...», cit., p. 72. En parecido sentido y cambiando de criterio respecto a trabajos anteriores, propone adecuar «a la realidad actual el contenido del derecho a la propia imagen, y más desde el momento de la sustantivación con entidad propia en nuestra CE», DE VICENTE PACHÉS, F., «El derecho a la libre apariencia física-estética...» cit., p. 3.

387 PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «Sobre el derecho a la propia...», cit., p. 78.

388 STC 72/2007.

389 «El derecho a la propia imagen debe ser, en primer lugar y ante todo, un derecho a la imagen somática, es decir, corporal; a exteriorizar la imagen con el que el sujeto se identifique y se individualice», BLASCO GASCÓ, F., *Patrimonialidad y personalidad de la imagen...*, cit., p. 70.

390 BLASCO GASCÓ, F., *supra*, p. 70.

391 BALLESTER PASTOR, I., «Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador...», cit., p. 28.

392 «(...) la efectividad del derecho a la dignidad, en cuanto se proyecta o manifiesta en el ejercicio del derecho a la propia imagen en el ámbito de las relaciones sociales, requiere necesariamente que se respete igualmente la vertiente positiva del derecho», GARCÍA ORTEGA, J., «La protección del derecho a la imagen en el ámbito de las relaciones laborales», AA. VV., (coord. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.), *El derecho a la propia imagen desde todos...*, cit., p. 344.

393 BLASCO GASCÓ, F., *Patrimonialidad y personalidad de la imagen...*, cit., p. 70.

394 PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «Sobre el derecho a la propia...», cit., p. 78.

395 Sobre la conexión de este derecho con el libre desarrollo de la personalidad donde se entiende ubicada la llamada cláusula general de libertad, se ha afirmado que «aceptar el libre desarrollo de la personalidad implica, por tanto, admitir la vigencia de la libertad de vestir» CÁMARA BOTÍA, A., «La libertad de vestir del trabajador», cit., p. 26.

convicciones podrían afectar a la libertad ideológica o religiosa (art. 16 CE), a la libertad de expresión (art. 20 CE) o incluso a la libertad sindical (art. 28 CE) si se trata de distintivos de ese carácter³⁹⁶.

Por otro lado, la indumentaria también cabe conectarla directamente con el derecho a la intimidad cuando se imponen vestimentas que de manera injustificada afectan a la intimidad corporal³⁹⁷, esto es, al derecho a no exhibir partes especialmente privadas que según las pautas sociales imperantes sobre el sentido del pudor, deben estar al resguardo de la observación ajena. La alegación de este último derecho también resulta adecuada cuando las exigencias de apariencia estética condicionan la vida privada de los empleados porque afectan a su aspecto externo más allá del espacio temporal y espacial de su actividad laboral. Ello sucede cuando estas exigencias se refieren a elementos de difícil reversibilidad inmediata (corte de pelo, afeitado de la barba...)³⁹⁸. Este tipo de medidas u otras similares, (pendientes, *piercings*...) o incluso más extremas o desproporcionadas (operaciones quirúrgicas, controles de peso) inciden en la integridad corporal, por lo que podrían vulnerar el derecho a la integridad física (art. 15 CE)³⁹⁹. También este precepto, en su dimensión de integridad moral, o el derecho al honor (art. 18.1 CE) podría ser alegado en aquellas situaciones de imposición de una apariencia denigrante o humillante que afectara a la dignidad de la persona⁴⁰⁰.

Como analizaremos, otro de los derechos que ha tenido un gran impacto en esta problemática ha sido el principio de no discriminación (art. 14 CE), especialmente el trato discriminatorio por razón de sexo, derivado del establecimiento de pautas de indumentaria diferentes entre hombres y mujeres o de exigencias de vestuario y apariencia a las mujeres que suponen una carga estética desigual respecto a los hombres o perpetúan estereotipos sexuales inaceptables.

3. La apariencia física y/o estética en el proceso de selección y contratación

En nuestro país, los escasos estudios sobre la discriminación en el acceso al empleo por circunstancias relacionadas con la apariencia física y/o estética y la casi absoluta ausencia de resoluciones judiciales al respecto, podrían llevar a pensar que sea una práctica inexistente, que únicamente se produce fuera de nuestras fronteras. Sin embargo, probablemente este tipo de discriminación haya existido siempre, pero ha sido en los últimos tiempos cuando ha emergido

396 ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», cit., p. 5. Sobre la libertad estética en colisión con la libertad religiosa y la libertad sindical, véase también, VILLALBA SÁNCHEZ, A., «Los derechos fundamentales inespecíficos como límite al poder de dirección del empresario: cuestiones relativas a la imagen del trabajador», Comunicación presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, AA. VV., (AEDTSS), *Los derechos fundamentales inespecíficos...*, cit., pp. 11-14.

397 CÁMARA BOTÍA, A., «La libertad de vestir del trabajador», cit., p. 27.

398 ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», cit., p. 6.

399 También, ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», cit., p. 5 y CÁMARA BOTÍA, A., «La libertad de vestir del trabajador », cit., p. 27.

400 GONZÁLEZ DE BIEDMA, E., «La apariencia física del trabajador y el contrato de trabajo: una aproximación al problema», cit., p. 686.

una consciencia y sensibilidad individual y colectiva ante esta clase de desigualdad⁴⁰¹. De ahí, que comiencen a encontrarse análisis jurídicos⁴⁰² e incluso iniciativas políticas sobre la cuestión⁴⁰³.

La falta de litigiosidad no se debe únicamente a la no regulación expresa de este motivo discriminatorio. Realmente, los asuntos que llegan a los tribunales por discriminaciones basadas en otros criterios expresamente prohibidos en la fase de reclutamiento son verdaderamente contados. Ello procede tanto del carácter reservado que reviste el proceso de selección y su decisión como de las escasas restricciones normativas a esta libertad empresarial. De ahí, la ausencia de reacción de los candidatos a empleados, coartados probablemente también por la gran dificultad probatoria, por la carencia de unos mecanismos jurídicos eficaces de protección⁴⁰⁴ y por la pobre compensación que en el ámbito privado pudieran obtener en el caso de prosperar en su pretensión⁴⁰⁵.

La selección es un proceso especialmente propicio para que se produzcan lesiones en el derecho a la propia imagen o decisiones injustas basadas en la apariencia del candidato⁴⁰⁶. Sin que ello signifique que no quepan exigencias absolutamente legítimas respecto a una determinada apariencia para el acceso a un empleo. La ejecución del trabajo puede requerir superar unos estándares determinados o el interés comercial empresarial podría justificar la proyección de una determinada imagen exterior. En este sentido, es indudable, utilizando un ejemplo ya clásico, que la contratación de un actor o de un modelo publicitario llevará en principio a la determinación del sexo y a la exigencia de unos concretos rasgos físicos que dependerán del papel a representar o de la imagen que se pretende proyectar.

No obstante, otras situaciones pueden ofrecer una mayor problemática, en la medida en que la apariencia no sea esencial a la actividad realizada sino un «envoltorio estético»⁴⁰⁷ para la ejecución de otras tareas o servicios en las que generalmente hay un contacto directo con usuarios o clientes (hostelería, comercio, restauración, etc.). En estos casos la empresa requiere de los trabajadores

401 GARCÍA ÁLVAREZ, M. R., «Discriminación laboral sobre la base de la apariencia física», cit., p. 2.

402 Entre otros, ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», cit., GONZÁLEZ DE BIEDMA, E., «La apariencia física del trabajador y el contrato de trabajo: una aproximación al problema», cit., pp. 675 y ss., VELASCO PORTERO, M.T., «La discriminación por razón de apariencia física», AA. VV., (coord. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016 pp. 589-595, GARCÍA ÁLVAREZ, M. R., «Discriminación laboral sobre la base de la apariencia física», cit., p. 3.

403 En el año 2012 el Gobierno socialista valoró, aunque no se llevó a cabo, la inclusión de la apariencia física entre los motivos de no discriminación en el 121/000130 Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación. <www.abc.es/20100713/sociedad/igualdad-201007071536.html>.

Actualmente, en la 122/000077 Proposición de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista al Congreso de los Diputados, no se contempla esta causa, si bien se incluye la enfermedad. (BOCG-12-B-97-1, 10 de marzo de 2017).

404 GARCÍA FERNÁNDEZ, M., «Autonomía individual y principio de igualdad en la colocación y ascenso en la empresa», *Actualidad Laboral*, nº 1, 1996, p. 45.

405 GONZÁLEZ DE BIEDMA, E., «La apariencia física del trabajador y el contrato de trabajo: una aproximación al problema» cit., p. 676.

406 Se ha calificado del ámbito «más peligroso» a efectos de posibles discriminaciones tanto por la mayor impunidad que hay en esta fase, como por sus consecuencias, la no suscripción del contrato AGRA BIFORCOS, B., «El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo...», cit., p. 31.

407 ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», cit., p. 4.

una apariencia externa que coincida con la imagen o estética que desea manifestar frente a los clientes a fin de incrementar u obtener ventajas comerciales⁴⁰⁸. Como línea de principio, aunque podría ser una argumentación discutible, resulta admisible que la empresa reclute a aquellas personas que mejor reflejan la imagen que se quiere trasladar al exterior. En las sociedades capitalistas no se plantean impedimentos morales o jurídicos para que los trabajadores puedan ceder a la empresa su trabajo físico, intelectual e incluso emocional; por tanto, no parece haber tampoco obstáculos *a priori* para que puedan «vender» también su «trabajo estético»⁴⁰⁹. Por ello, como norma general, no hay impedimento para que diversos elementos del aspecto físico puedan ser valorados en el momento de la contratación como una cualidad profesional. ¿Dónde están entonces los límites?

Como ya avanzamos, la limitación prevista por la normativa⁴¹⁰ está en el principio de no discriminación. Nos situamos en un escenario en el que convergen la libertad de empresa (art. 38 CE) en cuyo amplio contenido se integra la gestión de personal⁴¹¹, –por tanto, la libertad de selección y contratación de la plantilla– y el derecho de los candidatos a no sufrir una discriminación en el acceso al empleo. En este proceso de reclutamiento el empresariado privado goza de una generosa libertad para elegir y contratar a los trabajadores que considere más adecuados.

Partiendo de la tesis dualista que preside la interpretación doctrinal y jurisprudencial del art. 14 CE⁴¹², el principio de igualdad no vincula al empresario privado, no limita esta libertad de opción imponiendo un trato igual a los candidatos. Así, a falta de restricciones acordadas en la negociación colectiva, la empresa privada dispone de amplio margen de discrecionalidad. Ni está obligada a valorar el mérito y la capacidad ni debe en principio justificar de manera objetiva y razonable su decisión. Esta podría ser «razonable, cuestionable e incluso caprichosa»⁴¹³.

408 GARCÍA ORTEGA, J., «La protección del derecho a la imagen en el ámbito de las relaciones laborales», cit., p. 352.

409 ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», cit., p. 4.

410 La regulación interna se integra por el art. 14 CE y art. 9.2 CE, su versión laboral, arts. 4.2 c) y e) y 17 del ET, siendo el primero el que se refiere al derecho a no ser discriminado directa o indirectamente «para el empleo», el art. 35 del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo (LE), los arts. 32 y ss. Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social y los arts. 6-13 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH). Muchas de estas normas o su modificación han sido fruto de la trasposición de las Directivas sobre igualdad de trato (Directiva 2000/43 sobre igualdad por motivo racial o étnico, 2000/78 sobre igualdad en el empleo y la ocupación y 2006/54 sobre igualdad entre hombre y mujer).

411 SSTC 208/1993, 225/1993.

412 Se distingue en el precepto entre el principio de igualdad (primer inciso) y la prohibición de no discriminación (segundo inciso). El primero, únicamente vinculante para los poderes públicos, no en las relaciones privadas, contempla la igualdad de trato (igualdad de todos los ciudadanos ante la ley o principio de igualdad formal), obliga a un tratamiento igualitario a los individuos que se encuentran en la misma situación, admitiendo el trato diferenciado si existe causa justificada, fundada y razonable. El principio de no discriminación como un mandato específico respecto a la igualdad, veta los perjuicios o desventajas imponiendo la paridad de trato por determinadas circunstancias personales o sociales. Estas merecen una específica protección porque están ligadas históricamente a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas. SSTC 128/1987, 27/2004, 41/2006, entre otras. Véase, RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 64 y ss.

413 ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estudios previos al contrato y discriminación*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 94-95.

Ahora bien, el derecho a la no discriminación vetaría los tratos desiguales más detestables, odiosos y reprochables porque además de afectar a la dignidad se dirigen hacia las personas especialmente vulnerables, a aquellos que han sufrido históricamente formas de opresión o de segregación social por su pertenencia a distintos grupos o colectividades. Este principio se construye a partir de la existencia de un trato peyorativo derivado de una de las circunstancias personales o sociales que el ordenamiento jurídico valora como merecedoras de una protección agravada y especial. De esta manera, su ámbito personal es más amplio que el mandato de igualdad por cuanto resulta vinculante tanto para los poderes públicos como entre los agentes privados, pero su protección no alcanza a todos, solo se activa en presencia de los factores de discriminación previstos.

No se impide un trato desigual, se prohíben las diferencias perjudiciales en base a una o varias de las causas contempladas. Se trata de preservar las condiciones de igualdad de las personas integrantes de grupos identificables y cohesionados que por razón de una circunstancia ligada a su integridad y dignidad como seres humanos han padecido a lo largo del tiempo el rechazo y la discriminación⁴¹⁴. La finalidad es erradicar el mantenimiento de las diferencias que «han situado a sectores de la población, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones no solo desventajosas sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona»⁴¹⁵.

Este límite a la libertad de contratación –siempre que entre en juego un factor discriminatorio que al menos pueda probarse con indicios– impone una carga de justificación, que deberá determinar que la decisión sea valorada como una desigualdad de trato admisible, no un supuesto discriminatorio⁴¹⁶. De ahí, la importancia de delimitar las posibles causas o factores de discriminación en el acceso al empleo.

Nos encontramos con una materia que es «una diana en movimiento» por cuanto no se trata de una lista de causas que haya permanecido inalterable a lo largo del tiempo, sino que las normas han ido incorporando nuevos motivos «en una loca persecución imposible de la realidad social»⁴¹⁷. Si realizamos un análisis y combinación de los principales preceptos que acotan la cuestión en el ámbito laboral en relación al acceso al empleo (arts. 14 CE, 4.2 c) y 17.1 ET)⁴¹⁸ podemos extraer las siguientes circunstancias: nacimiento, raza, origen racial o étnico, sexo/género, estado civil, por razón de lengua dentro del Estado español, edad «dentro de los límites marcados por esta ley», orientación o condición sexual, discapacidad «siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo

414 GARCÍA ÁLVAREZ, M. R., «Discriminación laboral sobre la base de la apariencia física», cit., p. 11.

415 FJ 3º. STC 17/2003.

416 FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «Igualdad en el empleo y la ocupación», *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social* nº 91, 2007, p. 144.

417 ÁLVAREZ ALONSO, D. y ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela antidiscriminatoria», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 132, 2006, p. 1000.

418 El art. 314 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP) al tipificar el delito de discriminación en el empleo contempla también «la situación familiar», «la enfermedad» o «por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores».

El art. 35 de la LE que regula la no discriminación en el acceso no especifica las causas, si bien estas se enumeran en el art. 33.4 f) respecto a las agencias de colocación.

de que se trate», religión o convicciones, ideas políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes o relacionadas con la empresa «o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

La falta de una referencia expresa a la apariencia física/estética como factor que pueda justificar el trato desigual nos lleva a la cláusula general del art. 14 CE «cualquier otra condición o circunstancia personal o social»⁴¹⁹, que parece dejar abierto o entreabierto⁴²⁰ el listado de motivos prohibidos⁴²¹. No obstante, aunque este inciso se ha utilizado por la doctrina constitucional para incorporar otras condiciones⁴²², también se ha afirmado que tal interpretación ha de ser restrictiva, «(...) no todo criterio de diferenciación, ni todo motivo empleado como soporte de decisiones causantes de un perjuicio, puede entenderse incluido sin más en la prohibición de discriminación del art. 14 CE, pues, (...) en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta»⁴²³.

Por ello, el TC ha tratado de establecer el canon de valoración para la incorporación de otras circunstancias, así, «para determinar si un criterio de diferenciación no expresamente listado en el art. 14 CE debe entenderse incluido en la cláusula genérica de prohibición de discriminación por razón de «cualquier otra condición o circunstancia personal o social», resulta necesario analizar la razonabilidad del factor, teniendo en cuenta que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE)⁴²⁴». No obstante, ni la jurisprudencia constitucional ni la ordinaria⁴²⁵ han llegado a fijar una doctrina

419 Con este planteamiento y afrontando las dificultades de esta operación, se pronuncia la mayoría de la doctrina científica que ha valorado esta cuestión. Entre otros, GONZÁLEZ DE BIEDMA, E., «La apariencia física del trabajador y el contrato de trabajo: una aproximación al problema», cit., pp. 679-680 y GARCÍA ORTEGA, J., «La protección del derecho a la imagen en el ámbito de las relaciones laborales», cit., pp. 351-353.

420 Se ha calificado como un «epígrafe semiabierto», RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, cit., p. 232.

421 El TC reconoce en numerosas sentencias que el art. 14 no establece un *numerus clausus* de causas, así, entre otras, SSTC 75/1983, 17/2003, 182/2005, 63/2011 «Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación» (FJ 3°).

422 Entre otras, SSTC 37/2004 la edad para el acceso a la función pública, 41/2006 la orientación sexual, 176/2008 la transexualidad, 62/2008 la enfermedad como elemento de segregación de la persona que la padece o 26/2011 las responsabilidades familiares.

423 STC 62/2008 (FJ 5°).

424 STC 62/2008 (FJ 5°), en parecido sentido, SSTC 128/1987 (FJ 5°), 166/1988, (FJ 2°), 145/1991, (FJ 2°).

425 Siguiendo criterios similares el TS rechaza que el vínculo temporal laboral sea un factor discriminatorio. Sobre la admisibilidad de «nuevas» circunstancias, se indica que «la discriminación consiste, como ya se ha anticipado, en utilizar un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista» STS, de 17 de mayo de 2000, (Rec. núm. 4500/1999) (FJ 5°).

acabada⁴²⁶, si bien tales pautas indican que deben ser condiciones que guarden cierta analogía con las específicamente enumeradas en la norma⁴²⁷.

En cualquier caso, la posible inclusión de la apariencia física y/o estética entre los factores discriminatorios nos lleva a reflexionar sobre la multitud y variedad de circunstancias que integran la imagen (altura, delgadez u obesidad, atractivo físico, indumentaria). Quizás, no todas ellas puedan recibir igual valoración teniendo en cuenta que de los factores previstos en la norma y de los que específicamente se han ido incorporando dentro de esta cláusula general se extrae la idea de que tienen como objetivo último prohibir la discriminación por una circunstancia personal o social que «sea esencial o integral a la persona para conformar su identidad y, como corolario, su dignidad»⁴²⁸.

Pero antes de realizar la valoración de algunas de estas circunstancias se ha de recordar que en el acceso al empleo no todo tratamiento diferenciado en base a características relacionadas con los factores protegidos se integra en el concepto de discriminación.

Por un lado, tanto el legislador de la Unión Europea como el derecho interno en las diferentes normas antidiscriminatorias (arts. 5.3 LOIMH, art. 34. 2.º Ley 62/2003, 14.2, art. 35.2 LE, art. 14.2 Directiva 2006/54, art. 4 Directiva 2000/78 y art. 4 Directiva 2000/43) acogen la salvedad relativa al «requisito esencial y determinante» para el desempeño de la profesión⁴²⁹. Así, se admite un trato diferenciado en base a características relacionadas con las causas protegidas (sexo, origen racial...) siempre que aquellas, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, constituyan un «requisito profesional esencial y determinante». Además, en estos casos, el objetivo ha de ser legítimo y el requisito proporcionado. En la normativa y práctica judicial estadounidense existe una salvedad similar para diferencias de trato explícitas, la *bona fides occupational qualification* (BFOQ) –cualificación profesional de la buena fe–⁴³⁰.

El «requisito profesional esencial y determinante» no constituye en sentido estricto una excepción a la prohibición de discriminación directa vinculada a la protección de los intereses empresariales, sino que se trata de una configuración del propio concepto de discriminación. De él se excluyen las diferencias de trato basadas en una característica relacionada con el factor protegido cuando el trato desigual obedece a una finalidad objetiva. Así, se podrían

426 ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estudios previos al contrato y discriminación*, cit., p. 171.

427 Se niega también la inclusión de la fecha de ingreso en la empresa o de la vinculación temporal en la referencia del art. 14 relativa a «cualquier otra condición o circunstancia de carácter personal o social» porque «esta cláusula no puede interpretarse en el sentido de que comprenda cualquier tipo de condición o de circunstancia, y ha de entenderse referida a condiciones que guarden cierta analogía con las específicamente enumeradas en el artículo 14 de la Constitución Española.» STS, de 3 de noviembre de 2008 (Rec. núm. 102/2007) (FJ 7º).

428 GARCÍA ÁLVAREZ, M.R., «Discriminación laboral sobre la base de la apariencia física», cit., pp. 13-14.

429 Aunque no vamos a entrar en su análisis, principalmente la Directiva 2000/78 permite exclusiones en relación a determinadas causas y trabajos (edad y discapacidad en las Fuerzas Armadas art. 3.4) garantizar determinados fines (art. 2.5) o establece matizaciones (art. 6 respecto a la edad o art. 4.2 por religión en relación a la actividad en Iglesias o entidades similares).

430 Así, el Título VII de la *Civil Rights Act* (1964) admite que un empresario contrate a trabajadores con base en la religión, sexo, origen nacional cuando esas características sean de buena fe y razonablemente necesarias para la operación normal de una determinada empresa.

exigir condiciones relativas a la apariencia física (vgr. altura) cuando en sí mismas hayan de entenderse necesarias para la realización de las tareas laborales⁴³¹. Serían entonces objeto de legítima apreciación para acceder al empleo cuando de la actividad a desarrollar y del contexto se desprenda tal requerimiento. En este sentido, en el ámbito del empleo público⁴³², sería admisible la exigencia de una altura determinada para el ingreso en las Fuerzas Armadas o en los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado u otros cuerpos policiales cuando exista una relación entre esa determinada constitución física y las funciones policiales a desarrollar⁴³³.

Por otra parte, en relación a las discriminaciones indirectas se ha de contar con la posible legitimidad del establecimiento de determinadas condiciones relacionadas con la apariencia, que aun siendo criterios neutros, puedan causar un impacto adverso en un determinado colectivo de los protegidos (por razón de sexo, edad, origen racial o étnico...). La normativa⁴³⁴ admite esta posibilidad siempre que puedan justificarse de manera objetiva en un fin legítimo y los medios utilizados para su logro sean necesarios y adecuados. Por ello, además de la finalidad, que podría estar fundamentada en la actividad a desarrollar, se requiere la superación de la medida constitucional de proporcionalidad⁴³⁵. Así, por ejemplo, la exigencia de una determinada estatura, justificada objetivamente en relación a la prestación, vincularía a establecer tallas mínimas para cada sexo a fin de evitar el impacto adverso hacia el colectivo de las mujeres. En este sentido, la STJUE de 18 de octubre de 2017⁴³⁶ resuelve que una normativa del Estado griego que supedita la admisión de los candidatos al ingreso en la Escuela de Policía a un requisito de estatura física mínima de 1,70 m, independientemente de su sexo, puede constituir una discriminación indirecta

431 VELASCO PORTERO, M.T., «La discriminación por razón de apariencia física», cit., p. 592.

432 Esta exigencia en relación a una mínima talla es común en todos los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado (policía nacional, autonómica, local...), pero también puede afectar al empleo privado, ya que para el acceso a las pruebas selectivas de escolta privado se exige como requisito específico una estatura de al menos 1,70 metros para los hombres y de 1,65 metros en el caso de las mujeres. Véase, art. 1.3 Resolución de 29 de noviembre de 2017, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueban las bases de las convocatorias de pruebas de selección para vigilante de seguridad y su especialidad de vigilante de explosivos y escolta privado, para el año 2018.

433 Aunque se plantea desde la vulneración del principio de igualdad, es el caso de la STSJ (Sala Contencioso Administrativo), de 2 de noviembre de 2005, (Rec. Núm. 842/2003). El conflicto se presenta por la exigencia para el ingreso a la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil de una talla mínima de 170 cm. en el caso de los varones y 1,65 cm. a las mujeres frente al requisito común de una talla mínima de 1,60 cm. para el acceso a la Escala Superior y Ejecutiva. El diferente tratamiento se entenderá justificado en las diferentes funciones más operativas y funcionales para los Cabos y Guardias, que en la Escala Ejecutiva cuyas labores de coordinación y dirección no conllevan ninguna exigencia física. Por ello, «no es razonable exigir la misma constitución física a una persona destinada primordialmente a realizar tareas de intervención directa que a una cuya función principal va a ser la de mando, en la cual han de primar otras condiciones».

Manteniendo la misma argumentación se considerará discriminatorio la exigencia de una estatura mínima para ejercer funciones de Intendente de los *Mossos d'Esquadra* dado que prevalecen las tareas de gestión y mando, STSJ de Cataluña (Sala Contencioso-Administrativo), de 4 de abril de 2002 (Rec. núm. 2513/1997). Así se afirma «todos los integrantes de los cuerpos policiales tienen encomendadas funciones que requieren de unas determinadas aptitudes físicas en sus intervenciones; pero este requisito de capacidad no va unido a una determinada apariencia física en el caso de los inspectores, sino más bien de superación de un reconocimiento médico y de unas pruebas físicas que la propia convocatoria establece». (FJ 5º). Ya se había resuelto el mismo conflicto en igual sentido en la STSJ de Cataluña (Sala Contencioso-Administrativo), de 20 de diciembre de 1999 (Rec. núm. 1954/1995).

434 Tantos las Directivas de igualdad de trato art. 2.1 b) Directiva 2000/43, art. 2.2 b) i) Directiva 2000/78, art. 2.1 b) Directiva 2006/54 como el derecho interno art. 6.2 LOIMH y art. 28.1 c) L 62/2003.

435 ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estadios previos al contrato y discriminación*, cit., p. 102.

436 C-409/16 As. Ypourgos Esoterikon y Ypourgos Ethnikis Paideias kai Thriskevmaton contra Maria-Eleni Kalliri.

contraria a la normativa comunitaria porque supone una desventaja para un número mucho mayor de personas de sexo femenino y no parece adecuada ni necesaria para alcanzar el objetivo legítimo que persigue⁴³⁷. Recientemente en esta línea se ha modificado la estatura para el ingreso en las Fuerzas Armadas, que de una talla mínima común de 1.60 cm. se ha pasado a un límite de 1.55 para las mujeres y 1.60 para los varones. No obstante, ello no impide que ante una causa más fundamentada, pueda exigirse una talla mínima o máxima común para una actividad aunque pueda generar una desventaja para los varones o para las mujeres⁴³⁸. Es el caso de la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 22 de septiembre de 2010⁴³⁹, sobre la contratación de conductores de línea, en el que la exigencia de una talla mínima indistinta de 1,50 cm estaba justificada por razones de seguridad y salud laboral, puesto que en el modelo de vehículo a conducir una estatura inferior a la requerida afectaba a la capacidad de visión y al alcance de los elementos necesarios para una conducción correcta y segura del vehículo⁴⁴⁰.

Retomando la cuestión sobre qué tipo de exigencias físicas y/o estéticas pudiesen ser consideradas como condiciones personales o sociales integradas en la tutela del principio de no discriminación, de la doctrina constitucional se pueden extraer una serie de notas o características⁴⁴¹:

- Deben ser factores especialmente rechazables u odiosos en lo que hay una objeción moral a la diferenciación por su afectación a la dignidad de la persona.
- Se trata de condiciones personales innatas u opciones elementales, expresión del ejercicio de las libertades más básicas ligadas a la dignidad de la persona.
- Afectan a un grupo, colectivo o sector de la población reconocible e identificable.
- Son elementos que históricamente han estado ligados al rechazo, la segregación o la exclusión de un colectivo.

La enumeración que hemos realizado no es un cúmulo de requisitos que necesariamente haya de cumplir una condición personal o social para merecer la tutela antidiscriminatoria, pero nos orienta hacia la determinación de qué tipo de exigencias físicas o estéticas podrían configurar un factor protegible. De hecho, el elemento histórico de la desventaja o exclusión, aunque se reitere por la doctrina constitucional y se acoja por la doctrina judicial⁴⁴² consideramos que no ha de ser

437 Se ha de destacar que el Tribunal admite que no todas las funciones de la Policía requieren una aptitud física particular, y, si así fuera, el requisito de poseer unas condiciones físicas y psíquicas adecuadas no parece que esté necesariamente relacionada con la posesión de una estatura física mínima, por lo que se podría verificar a partir de las pruebas específicas, que cumplieran el objetivo de la normativa sin perjudicar tanto a las personas del sexo femenino.

438 O incluso para una minoría étnica, ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estudios previos al contrato y discriminación*, cit., p. 102.

439 Rec. núm. 1024/2010.

440 En el ámbito del empleo público, la STSJ (Sala Contencioso-Administrativo) de Madrid, de 7 de marzo de 2011 (Rec. núm. 690/2006), admitirá el establecimiento de una talla mínima de 1.65 cm. para ambos sexos, amparándose en el tipo de funciones a realizar por los bomberos-conductores adscritos a la escala de servicios especiales y extinción de incendios.

441 Algunas de ellas son reflejadas por GARCÍA ÁLVAREZ, M. R., «Discriminación laboral sobre la base de la apariencia física», cit., p. 11 y ss.

442 STSJ (Social) de Valencia, de 9 de mayo de 2012 (Rec. núm. 823/2012), «no podemos compartir que el sobrepeso en sí tenga una trascendencia a efectos de discriminación diversa, que la alteración que para la salud de quien

significativo porque privaría de virtualidad a la cláusula abierta que incorpora la CE. Su finalidad no es otra que la prohibición de discriminación pueda acomodarse a los cambios que supongan la aparición en el futuro de nuevas causas de discriminación diferentes a las ya previstas⁴⁴³. Como ya valoramos, el derecho antidiscriminatorio está llamado a una constante evolución y adaptación a un contexto socio-cultural que no permanece inalterable pudiendo originar «nuevos» factores de discriminación, necesitados de una protección agravada.

Sin embargo, sí parece determinante que tales causas pongan en desventaja a grupos sociales identificados o determinados, lo que plantea dificultades a la hora de precisar o delimitar esta categoría, pues la noción de apariencia, como ya vimos, es imprecisa⁴⁴⁴. Con todo, hay que tener en cuenta que tampoco todas las causas de discriminación tradicionales acotan con la misma intensidad el sector de la población protegido, aunque algunas categorías son evidentes como la nacionalidad o el origen racial o étnico, otras, presentan perfiles más imprecisos como la edad⁴⁴⁵ y la discapacidad⁴⁴⁶. Ahora bien, compartimos la idea de que cuanto más impreciso o menos cohesionado sea el grupo susceptible de tutela, habrá mayor margen a la libertad empresarial para tomar decisiones sin temor a incurrir en la responsabilidad derivada de la prohibición de discriminación⁴⁴⁷.

La configuración por tanto de los aspectos susceptibles de protección en la apariencia se ha de combinar con los dos primeros elementos que tienen una estrecha relación entre sí. Ha de tratarse de circunstancias que según el común sentido de la justicia son particularmente reprobables. La diferenciación o separación en base a ellas ha de resultar de manera señalada injustificada, arbitraria e intolerable por ir en contra de la dignidad de las personas y afectar al libre desarrollo de su personalidad.

Esta especial censura se ha vinculado con aquellos rasgos de la apariencia física que son inmutables⁴⁴⁸. La discriminación por lo que cada uno «es» basada en factores que escapan del control personal (estatura, constitución física, rasgos faciales...) puede suponer un mayor desvalor desde la óptica de la justicia social. Pero una interpretación restrictiva de este concepto dejaría fuera de la protección elementos de la apariencia física que aún siendo reversibles son difícilmente

lo padece supone, sin que ni la normativa nacional, ni la comunitaria, haga referencia a esta circunstancia como causa de discriminación en sí prohibida y sin que pueda hablarse de una histórica segregación de las personas aquejadas de obesidad, máxime cuando en las sociedades actuales, es esta una enfermedad que afecta a la mayor parte de la población» (FJ 1º).

443 ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», cit., p. 18.

444 Por ello, se considera que la «apariencia física» u otra expresión que tenga el mismo grado de generalidad no puede ser una causa de discriminación, ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», cit., p. 17.

445 Tal y como se afirma «todo el mundo tiene una edad: ¿qué edad se protege?», GARCÍA ÁLVAREZ, M. R., «Discriminación laboral sobre la base de la apariencia física», cit., p. 12.

446 De ello es muestra, la ampliación de su concepto a determinadas enfermedades de larga duración conforme a la última doctrina del TJUE (STJUE de 11 de julio de 2006, «Asunto Navas Chacón» (C-13/05), de 11 de abril de 2013, «Asunto Ring» (C-335/11 y C-337/11) y de 1 de diciembre de 2016 «Asunto Daouidi» (C-395/15).

447 GARCÍA ÁLVAREZ, M. R., «Discriminación laboral sobre la base de la apariencia física», cit., p. 12.

448 GONZÁLEZ DE BIEDMA, E., «La apariencia física del trabajador y el contrato de trabajo: una aproximación al problema» cit., pp. 681 y ss. incorpora en la cláusula abierta del art. 14 CE los rasgos inmutables de la apariencia de un trabajador, aludiendo al peso, atractivo facial, porte físico, altura u otro rasgo físico similar.

modificables y que además implican una decisión personal que ha de quedar amparada en la libertad individual de cada persona. ¿Quedaría así fuera de la prohibición de discriminación la obesidad por su posible reversión? De ahí, que se haya de atender a un concepto más amplio que comprenda aquellos rasgos o elementos físicos inmutables o relativamente reversibles, en lo que atañe tanto a su complejidad para el cambio como fundamentalmente al respeto a la libre determinación personal.

En el sentido que indicamos, los tribunales norteamericanos que tradicionalmente han aplicado esta doctrina⁴⁴⁹, han evolucionado hacia una noción más amplia que comprende aquellas características inmodificables o tan fundamentales para la identidad o la conciencia de los individuos que no debería exigirse su cambio por requerir una modificación física especialmente relevante o un cambio traumático de identidad⁴⁵⁰. El concepto así entendido permitiría amparar no solo rasgos puramente físicos sino también rasgos estéticos (indumentaria fundamentalmente) que estén tan estrechamente vinculados al individuo (por razones culturales, religiosas, étnicas...) que podrían considerarse inherentes a su persona⁴⁵¹ y por ello relativamente inmutables⁴⁵². En cualquier caso, en la mayoría de estas situaciones quizás fuese más sencillo acudir a la prohibición de discriminación en virtud de las causas tradicionales (religión, etnia...).

A nuestro parecer, tanto la estatura, el atractivo físico o la buena imagen y el peso, especialmente el sobrepeso o la obesidad podrían ser tres factores merecedores de una tutela especial ante el trato desigual⁴⁵³. Respecto a la obesidad, existe un numeroso grupo de investigaciones⁴⁵⁴ que evidencian los prejuicios sociales que se asocian al sobrepeso (falta de voluntad, disciplina y

449 CÁMARA BOTÍA, A., «La libertad de vestir del trabajador», cit., p. 10. Sitúa el origen de esta doctrina en los llamados *haircut cases* de la primera mitad de los años setenta: reclamaciones de trabajadores frente a decisiones empresariales que prohibían el pelo largo a los varones, pero no a las mujeres. Así, en un principio, en la medida en que era un elemento mutable, quedaba al margen de la tutela.

450 GARCÍA ÁLVAREZ, M. R., «Discriminación laboral sobre la base de la apariencia física», cit., p. 13.

451 En este sentido, se ha aludido a la protección frente a las discriminaciones del «aspecto físico vinculado a elementos no accesorios ni temporalmente fugaces, sino conformados por una condición esencialmente permanente y consustancial al individuo, sea la indumentaria asociada a la profesión de determinada religión (*kippa, caftán, streimel, bucle, hiyab, chador...*), un elemento físico no discapacitante (v.g. tic, acné, cicatrices...) o el peso corporal superior al peso saludable (identificado médicamente como el inferior a un Índice de Masa Corporal, IMC, superior a 25), RIVAS VALLEJO, P., «¿Es la obesidad causa de discriminación tutelable en el ámbito laboral?», *Iuslabor*, nº 1, 2015, p. 3.

452 ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», cit., p. 8. Pone como ejemplo las prácticas religiosas que exigen de manera obligatoria a sus miembros una determinada indumentaria en su vida cotidiana.

453 Por ejemplo, la *Equal Opportunity Act* de 2010 del Estado de Victoria (Australia), prohíbe la discriminación por rasgos físicos (art. 6), definidos como la altura, el peso, el tamaño u otras características corporales.

454 Además de los numerosos estudios e informes realizados en otros países que se encuentran referenciados por RIVAS VALLEJO, P., «¿Es la obesidad causa de discriminación tutelable en el ámbito laboral?», cit., pueden consultarse MAGALLARES, A., MORALES, J.F. y RUBIO, M.A., «Group identification, discrimination and psychological health in an obese sample», *International Journal of Psychology and Psychological Therapy*, 2014, nº 14, 3, pp. 421-431. Disponible en <www.redalyc.org/pdf/560/56032544008.pdf>, DOMINGO BARTOLOMÉ, M. y LÓPEZ GUZMÁN, J., «La estigmatización social de la obesidad», *Cuadernos de bioética*, Vol. 25, nº 84, 2014, pp. 273-284. Disponible en <<http://aebioetica.org/revistas/2014/25/84/273.pdf>> y GARCÍA OLIVA, M., «Obesidad y estigma. Procesos de desvalorización y discriminación social». Comunicación presentada al X Congreso Español de Sociología, Grupo de Trabajo 28 <www.fes-web.org/congresos/X/grupos-trabajo/grupo.php?numero=28>, Federación Española de Sociología, 2013; comunicación disponible en <www.fes-web.org/uploads/files/modules/congress/10/grupos-trabajo/ponencias/168.pdf>.

autocontrol, pereza, desidia, gula, entre otros) y la percepción de esta como un estigma social que provoca el rechazo en cualquier ámbito de relación. Los prejuicios que sufren estas personas comienzan en su infancia y continúan a lo largo de su vida, afectando también al ámbito laboral. Así, son víctimas potenciales de una discriminación en el acceso al empleo, de sufrir una vez empleados la imposición de peores condiciones laborales (puestos de categoría inferior, salarios más bajos, menores posibilidades de promoción) o incluso de padecer situaciones de acoso laboral⁴⁵⁵.

Por ahora, no ha habido una respuesta jurídica a este grave problema de discriminación, que seguramente irá en aumento en una sociedad tan contradictoria y paradójica como la que vivimos. Por un lado, se ha instaurado un estilo de vida poco saludable (sobrealimentación y sedentarismo) que incrementa de manera preocupante el porcentaje de personas con sobrepeso, pero, al mismo tiempo se está implantando una cultura que sobredimensiona la importancia de la estética, se exigen cuerpos casi perfectos ajustados a los estándares ideales marcados por la industria de la moda y la publicidad.

Únicamente el Derecho Comunitario⁴⁵⁶, en la línea de las prácticas ya consolidadas en Estados Unidos y Canadá⁴⁵⁷, ha acogido los supuestos más extremos de obesidad en el concepto de discapacidad, con la STJUE, de 18 de diciembre de 2014⁴⁵⁸. Para ello, la obesidad ha de implicar una situación prolongada que produzca una limitación que impida o dificulte el ejercicio del empleo o el acceso al mismo sea por «una movilidad reducida» o «por concurrencia de otras patologías» resultando indiferente en qué medida la persona haya podido o no contribuir a su propia discapacidad⁴⁵⁹. Esta doctrina permitiría proteger los casos de obesidad intensa (por ej. obesidad mórbida) en el acceso al empleo. Así, se podrían calificar como discriminatorias las decisiones de no contratación basadas en una presunción de inhabilidad para la actividad que no se correspondiera con una incapacidad real.

Aunque suponga un importante avance, siguen quedando sin protección muchos trabajadores, penalizando sus oportunidades laborales. Una causa autónoma de discriminación que contemplara

455 RIVAS VALLEJO, P., «¿Es la obesidad causa de discriminación tutelable en el ámbito laboral?», cit., p. 7 y ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», cit., p. 18.

456 En relación a si otras causas de discriminación no enumeradas expresamente tendrían cabida en los Tratados Fundacionales, e incluso, en las Directivas de desarrollo, el TJUE se mantiene firme y considera que los factores protegidos en los distintos preceptos de los Tratados Fundacionales y en art. 1 de la Directiva 2000/78/CE, suponen una enumeración exhaustiva o cerrada que impide que la protección pueda extenderse a otros o colectivos. Entre otras sentencias, STJUE, de 11 de julio de 2006, «Asunto Chacón Navas» (C-13/05) (apartado 56).

457 Sobre estas soluciones, véase, RIVAS VALLEJO, P., «¿Es la obesidad causa de discriminación tutelable en el ámbito laboral?», cit., pp. 20-23.

458 «Asunto Kaltoft (C-354/13)».

459 Véase, entre otros, PÉREZ ANAYA, R.M., «La obesidad como causa de despido: desde la perspectiva comunitaria», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, nº 1, 2015, pp. 139-159, RUIZ CASTILLO, M.M., «Discriminación por causa de discapacidad y obesidad», AA. VV., (dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el derecho de la Unión Europea: un estudio de jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 633-688 y SALINAS ALCEGA, S., «Obesidad y no discriminación en el empleo. La obesidad como causa de discriminación en el empleo, de manera directa o integrada en el concepto de discapacidad: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 18 de diciembre de 2014 –Fag og Arbejde y Kommunernes Landsforening– (Asunto C-354/13)» *Unión Europea Aranzadi*, nº 2, 2015, pp. 47-50.

la obesidad podría evitar aquellos casos en los que, al entrar en juego los estereotipos y prejuicios asociados al sobrepeso, se excluye arbitrariamente a estas personas del trabajo.

Ello no impide que haya situaciones justificadas en las que las condiciones o rasgos asociados a esta circunstancia pudiesen ser de manera objetiva requisitos determinantes o esenciales para la prestación laboral a desarrollar⁴⁶⁰. Una obesidad de cierta intensidad podría ser incompatible con determinadas exigencias estéticas del puesto de trabajo y, por tanto, en los casos en los que la apariencia física sea relevante ¿Podría considerarse como una causa objetiva que fundamentara la diferencia de trato en el acceso sin existir una discriminación?

Desde esta perspectiva, la obesidad puede unirse al estudio de otro de los factores en el que valorábamos la oportunidad de su inclusión en la tutela antidiscriminatoria: el requerimiento de que el empleado tenga una «buena imagen» o un determinado atractivo físico o «belleza» que se halle dentro de los estándares fijados socialmente. Si bien se acepta que este elemento es más impreciso puesto que se construye sobre la percepción de los demás, es variable en el tiempo y dependiente del contexto socio-cultural⁴⁶¹, no es menos cierto que quien no se ajusta a los patrones de la buena apariencia imperantes (por sus rasgos faciales, constitución...) corre el riesgo de ver limitadas sus oportunidades laborales⁴⁶².

Al margen de las investigaciones realizadas en otros países, uno de los estudios elaborados en España⁴⁶³ se refiere a la importante incidencia que en el ámbito laboral tiene el «aspectismo», esto es «el no ajustarse a los parámetros hegemónicos de belleza y a los estereotipos sociales ligados a la idea de normalidad y corrección en términos estéticos»⁴⁶⁴.

En estos casos el debate se suscita fundamentalmente en la interpretación del «requisito esencial y determinante». Dejando fuera los ejemplos clásicos sobre las actividades que no ofrecen duda alguna (modelos, actores para un determinado papel...), estarían todas aquellas situaciones en las que se alega un interés empresarial o comercial digno de protección en tanto en cuanto el empleado proyecta al exterior la imagen de la empresa.

460 La STSJ de Valencia, de 9 de mayo de 2012 (Rec. núm. 823/2012) se refiere a la falta de llamamiento de un trabajador fijo discontinuo, basado en el informe de no aptitud emitido por el servicio médico de empresa. Sin embargo, en la instancia se considerará el despido como nulo por discriminatorio, resolución que será revocada al considerar que la obesidad, como alteración de la salud, no es una causa de discriminación prohibida ni por la normativa nacional, ni por la comunitaria.

461 GARCÍA ÁLVAREZ, M. R., «Discriminación laboral sobre la base de la apariencia física», cit., pp. 3-4.

462 Aunque en el ámbito del empleo público, la STSJ (Contencioso-Administrativo), de 7 de enero de 2003, (Rec. núm. 155/1998) anuló la exclusión de un candidato en las pruebas para el ingreso en el Cuerpo de Mossos d'Esquadra de la Generalitat de Catalunya. Había sido declarado como no apto en las pruebas médicas por las cicatrices que tenía en el tórax y en el rostro, cuando en ningún caso producían una limitación funcional. Así, se razonará que «admitir que pueda excluirse a un aspirante por la simple circunstancia de que posea una cicatriz en la cara, ya que ello puede favorecer su identificación, en modo alguno resulta proporcionado, y menos aún cuando esta limitación puede obedecer a simples razones estéticas. Además, lo paradójico de este caso es que el demandante posee esa cicatriz en un lugar tan visible que resulta sorprendente que se le haya permitido participar en todo el proceso selectivo (que dura unos dos años) para ser finalmente excluido con la simple mención de que posee dicha cicatriz» (FJ 2°).

463 En *Los perfiles de la discriminación en España: análisis de la encuesta CIS-3000*, cit., pp. 110 y ss.

464 *Supra*, p. 110.

No existen prácticamente resoluciones judiciales que atiendan a esta cuestión. Aunque antigua, puede citarse la STS (Social), de 27 de diciembre de 1999⁴⁶⁵, que se pronuncia sobre los requisitos para acceder a una convocatoria de plazas de tripulantes de cabina en Iberia LAE. Entre ellos, se requería una «buena imagen», que se entenderá justificada en atención a que precisamente estos trabajadores, los auxiliares de vuelo, proyectan al exterior la imagen de la compañía y porque aquella ha de ser buena para mantenerse en la actividad⁴⁶⁶.

Lo que está fuera de cualquier discusión por ser abiertamente una discriminación por razón de sexo es la exigencia de este tipo de requisitos estéticos únicamente a uno de los sexos, generalmente a la mujer, en iguales o equivalentes puestos de trabajo. Rescatamos en este sentido la vetusta STCT de 21 de diciembre de 1984⁴⁶⁷ según la cual «la mujer, por sus condiciones físicas, aconseja y hasta impone, en el ejercicio de las funciones de auxiliar de vuelo, una presencia atractiva que normalmente demanda el personal receptor de estos servicios y, por tanto, unas peculiaridades que no son exigibles al hombre y que, estando en función de la edad, aconsejan posibilitar la anticipación del cese de la mujer en tal servicio». Argumento que fue considerado «con toda evidencia inaceptable» por la STC 207/1987.

La tendencia de la jurisprudencia norteamericana interpreta que este tipo de requerimientos físicos no pueden justificarse en la mera conveniencia empresarial, la estrategia competitiva, la distinción de la empresa en el mercado y las preferencias de los clientes o consumidores. Utiliza el criterio de *–business necessity–* o la esencia del negocio, que implica que los requisitos han de ser necesarios para la actividad productiva⁴⁶⁸. Aunque para un asunto diferente, el despido de una trabajadora por llevar un velo islámico, esta es la doctrina de la STJUE de 14 de marzo de 2017⁴⁶⁹. Expresamente se indica que «el requisito profesional esencial y determinante, ha de ser objetivamente dictado por la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o por el contexto en que esta se lleve a cabo». En cambio, no puede cubrir consideraciones subjetivas, como la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares del cliente.

Si atendemos a los criterios normativos, recuérdese que llaman a valorar «la actividad concreta y el contexto», «el objetivo legítimo» y la «proporcionalidad» de la exigencia. Se ha considerado que entre tales objetivos puede estar el interés comercial de la empresa o la proyección de su imagen a través de los empleados⁴⁷⁰, pero no por una mera conveniencia empresarial o por la sola expectativa de que fuese provechoso para el negocio⁴⁷¹. ¿En qué medida determinados prejuicios

465 Rec. núm. 1959/1999.

466 «(...) no hay factores relevantes que hagan discriminatoria la exigencia, pues se trata de una empresa privada de servicios que opera en régimen de libre competencia, en el sector de líneas aéreas, en el que precisamente los Tripulantes de Cabina o Auxiliares de Vuelo, son quienes de manera constante y habitual proyectan sobre los clientes la imagen de la compañía, que, naturalmente, debe ser buena para poder mantenerse en esa actividad en condiciones razonables de igualdad con otras empresas dedicadas a la misma actividad» (FJ 2º).

467 RTCT 1984\9861.

468 ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estudios previos al contrato y discriminación*, cit., pp. 106-108.

469 C-188-2015.

470 No obstante, GARCÍA ORTEGA, J., considera que dada la relevancia que tiene en la sociedad actual la estética, es lógico y justificado que la empresa trate de acomodarse a la valoración positiva de los usuarios que tanta importancia dan a la imagen. «La protección del derecho a la imagen en el ámbito de las relaciones laborales», cit., p. 353.

471 ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estudios previos al contrato y discriminación*, cit., pp. 175 y ss. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», cit., p. 9.

sociales o estereotipos que impone la sociedad o la clientela pueden ser asumidos por la empresa y alegados en defensa del interés comercial o de la buena marcha de la misma?⁴⁷²

La clave puede estar en la vinculación de las exigencias al mantenimiento de la posición de la empresa y a la esencialidad de las tareas laborales de proyección de la imagen de la entidad⁴⁷³. Podrían encuadrarse aquí tareas comerciales o promocionales en las que una buena apariencia o un cierto atractivo físico aportan un valor añadido a la prestación del servicio y coadyuvan a la consecución del interés comercial empresarial⁴⁷⁴.

La realidad es tan rica que aconseja una búsqueda del equilibrio y ponderación según las circunstancias concretas⁴⁷⁵. Así, resulta coherente que quien vaya a vender o asesorar sobre determinados productos (dietas para adelgazar, productos antiacné...) posea una apariencia física que no repercuta de manera negativa en el mensaje y en la propia actividad. En un establecimiento de productos dietéticos ¿Quién contrataría a un dependiente para vender productos de dieta o a un asesor dietista con sobrepeso?⁴⁷⁶ Incluso puede encontrarse razonable que para comercializar concretos artículos se busquen y seleccionen candidatos cuya imagen física y/o estética promueva la venta de los mismos⁴⁷⁷. En definitiva, aunque no es fácil, se trata de huir de los estereotipos que consideran mejor comercial a quien reúne una apariencia física agradable independientemente de otras capacidades o aptitudes o de las máximas que legitiman que en las todas las actividades de cara al público o de trato con clientes o con terceros se hayan de desempeñar por personas cuya imagen encaja con unos cánones de belleza socialmente establecidos. En realidad, la tutela antidiscriminatoria lo que trata es de luchar contra esos prejuicios que anteponen el hecho diferencial vedado a las características reales de cada persona en cuestión⁴⁷⁸.

472 Los estudios revelan que los usuarios o clientes verdaderamente actúan con prejuicios, dando un valor muy especial a la imagen. Véase, SERRA CALLEJO, J., «La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas», cit., pp. 59-60.

473 En igual sentido RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*, cit., pp. 68 y ss. propone examinar el interés comercial y el contenido de la prestación laboral del puesto de trabajo a cubrir.

474 RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *Supra*, cit., pp. 88 y 94.

475 Por ejemplo, ÁLVAREZ DEL CUVILLO, en el examen del impacto que podría tener la exigencia de una determinada apariencia física en la discriminación por razones de edad defiende una interpretación abiertamente restrictiva. Así considera que sería admisible que los modelos publicitarios de una gama de ropa orientada a un público juvenil tengan «aspecto de jóvenes» (con independencia de su edad real) mientras que resultaría inadmisibles no contratar a personas maduras para la venta de esta ropa.

Tal diferencia se debe a que que en el primer supuesto la esencia de las tareas contratadas es precisamente la proyección de una imagen determinada. En cambio, en el segundo caso, «la imagen se superpone a las tareas esenciales de la profesión, relacionadas con la venta del producto, como un elemento adicional basado en una previsión respecto a las preferencias de los clientes». «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», cit., pp. 9-10.

476 Se trataría de casos en los que la «esencia del negocio» justificarían tales restricciones.

477 Cuanto mayor es la especialidad del producto parece ser más razonable la justificación de una determinada apariencia (ej. tiendas de ropa para determinadas «tribus urbanas») en base a la línea del negocio o la creación de esa imagen de marca distintiva. RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*, cit., pp. 140-142.

478 GONZÁLEZ DE BIEDMA, E., «La apariencia física del trabajador y el contrato de trabajo: una aproximación al problema», cit., p. 683.

En relación a la talla, como ya se puso de manifiesto, la mayoría de las sentencias que se han pronunciado sobre la necesidad de contar con una altura mínima o máxima para el acceso a determinados puestos, se han producido en el ámbito del empleo público para el ingreso en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Bomberos, la Policía Autonómica y la Policía Local. Tales exigencias se entienden razonables y proporcionadas en atención a las tareas concretas que requiere cada puesto de trabajo, valorándose su justificación cuando las mismas precisan de una determinada corpulencia o constitución física. Es también conocida en este sentido la STS de 27 de diciembre de 1999, ya mencionada, que además de una «buena imagen» requería para acceder a las plazas de tripulantes de vuelo de una estatura comprendida entre 1.64 y 1.82 para las mujeres y entre 1.74 y 1.90 para los hombres. Se admitirán estas medidas como plenamente justificadas por las dimensiones de los espacios en los que los trabajadores deben desarrollar su labor (pasillos, cabinas...) que impiden llevar a cabo el trabajo adecuadamente por encima o por debajo de ellas, en la altura en la que están situadas las repisas de los equipajes y en las dimensiones de las puertas de acceso o de emergencia.

Sin embargo, el Tribunal alude a otra justificación añadida que debiera ser matizada, relativa a mantener una homogeneidad de talla de la que se obtenga una imagen de la empresa ante los clientes y en relación a otras compañías aéreas. Se trata del mismo conflicto ya abordado anteriormente sobre la posibilidad de determinar unos rasgos físicos, en este caso, la talla, como condición para el acceso al empleo en determinadas actividades donde se pueda considerar que existe el suficiente interés comercial o empresarial en conexión a la esencialidad de las tareas pactadas. De nuevo, en determinadas prestaciones como la de modelo, tal exigencia estaría plenamente justificada, pero quizás en otras no habrá un fundamento suficiente. Repárese en este sentido de nuevo en la STC 207/1987, que consideró que el atractivo físico no era una circunstancia esencial para la labor de los auxiliares de vuelo, ni para los hombres ni para las mujeres⁴⁷⁹. De ahí, que marcar una talla mínima de acceso en determinadas actividades como la de los tripulantes de vuelo en base únicamente a la proyección de la imagen de la empresa en su trabajo de cara al público se valore como desproporcionado.

Pero a falta de un reconocimiento expreso normativo o jurisprudencial de la discriminación por razón de la apariencia física, hay que tener presente que, dependiendo de las circunstancias de cada caso, la no selección o contratación por motivos relacionados con estos elementos (estatura, peso, rasgos...) podría ser un acto de discriminación, directa o indirecta, vinculado a algunas de las categorías tradicionales (origen nacional, sexo, origen racial o étnico...). Como ya vimos, la obesidad prolongada que puede limitar o impedir determinadas actividades laborales se ha calificado por la doctrina comunitaria como una discapacidad. Si es así, podrán calificarse como discriminaciones las decisiones de no contratación basadas en una suposición de incapacidad para el puesto de trabajo que no se corresponda con la situación física real, teniendo además en consideración la obligación de realizar ajustes razonables⁴⁸⁰.

Otras muchas situaciones se pueden reconducir a la discriminación por razón de género. Los conflictos relacionados con la apariencia de los trabajadores no son neutros desde la perspectiva

479 «Pueden existir, sin duda, actividades laborales en que la presencia física tenga una importancia decisiva, pero no es este el caso de los auxiliares de vuelo, cuya función consiste en prestar determinados servicios que competen por igual a los auxiliares masculinos y femeninos» (FJ 2º).

480 Véase art. 40 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

de género porque la propia sociedad no lo es. Así «los roles femeninos están sobrecargados de responsabilidades estéticas en comparación con los roles masculinos»⁴⁸¹. Como veremos en otro apartado, una vez iniciada la relación laboral, a la mujer generalmente se le exige en su indumentaria o apariencia externa mayores requerimientos estéticos (tipo de vestuario, peinado, maquillaje, depilación, cuidado de uñas...) amparados en los usos sociales que priman la importancia de la imagen de esta respecto a la del hombre y que, en ocasiones, perpetúan estereotipos sexuales inaceptables⁴⁸².

Esta idea también se traslada a la propia apariencia física en el ámbito laboral de tal manera que se otorga una mayor relevancia a la capacidad de atraer o de cautivar a los rasgos de esta naturaleza de las mujeres que a los de los varones. De ahí, que sobre ellas pueda recaer la proyección al exterior de la imagen de la empresa con la exigencia de determinados requisitos físicos no exigidos al sexo masculino. Ello sucedería cuando por razones estéticas o de imagen exterior de la empresa se establecen la buena imagen⁴⁸³, el peso o la altura como limitaciones para el acceso al puesto de trabajo solo para las mujeres o cuando hay una desproporción entre los valores de peso o altura exigidos a un sexo u otro⁴⁸⁴ (generalmente, en desventaja para el femenino al que se le reclama una silueta más esbelta)⁴⁸⁵.

Con mayor incidencia estas prácticas se suelen producir en aquellos empleos en los que sigue existiendo una segregación ocupacional, (repcionista, secretaria, ATS...) donde se tiende a requerir una «buena o atractiva» imagen a las mujeres, totalmente desvinculada de sus tareas esenciales. Incluso en determinadas actividades puede producirse una «sexualización» del trabajo, que imponga a las mujeres requisitos físicos que suponen un trato degradante o humillante⁴⁸⁶. Pero mientras las mujeres poco atractivas están en desventaja en los empleos tradicionalmente

481 ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», cit., p. 11.

482 CÁMARA BOTÍA, A., «La libertad de vestir del trabajador», cit., pp. 9 y ss.

483 Los estereotipos hombre-mujer se trasladan a la apariencia física e imagen externa, amparando bajo el concepto «buena presencia» discriminaciones directas por razón de sexo, así no es extraño que en la práctica requisitos como la belleza o la juventud operen solo respecto a las mujeres. FABREGAT MONFORT, G., *La discriminación de género en el acceso al mercado de trabajo. Las posibilidades de una nueva tutela a la luz de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 103.

484 Sobre esta cuestión, CÁMARA BOTÍA, A., aporta dos decisiones judiciales de Estados Unidos, ambas relativas a empresas de transporte aéreo a propósito de las reglas sobre el peso máximo de los trabajadores. En *Gerdom v. Continental Airlines, Inc.* [692 F.2d 602 (9th Cir.1982)], se imponían restricciones en el peso a las azafatas, pero no respecto a los auxiliares varones, con el objetivo de crear la imagen de compañía y en *Frank v. United Airlines* [216 F.3d at 854 (9th Cir.2000)] se establecían criterios de peso distintos para varones y mujeres, así, mientras los hombres podían mantener un peso acorde a una estructura corporal grande, las mujeres debían ajustarse a una estructura corporal mediana.

En los dos conflictos se estimará la discriminación por razón de sexo puesto que la exigencia a las azafatas no tenía conexión alguna con sus tareas (recibir a los pasajeros, empujar los carritos, mover el equipaje y prestar asistencia física en las emergencias). En «La libertad de vestir del trabajador», cit., p. 9.

485 Sobre el impacto de género en la obesidad y la discriminación múltiple de la mujer, véase, RIVAS VALLEJO, P., «¿Es la obesidad causa de discriminación tutelable en el ámbito laboral?», cit., pp. 17 y ss.

486 Así, ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., refiere una oferta de empleo para azafatas en el Salón del Cómic de Barcelona que solicitaba chicas «morenas, de altura superior a 1,70 y con talla de pecho mínimo de 95». «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», cit., p. 12.

La polémica despertada ante esta oferta sexista, denunciada por CC.OO., sigue figurando actualmente en Internet: <www.elperiodico.com/es/sociedad/20140411/un-anuncio-que-pedia-azafatas-con-pecho-enciende-Internet-3247663> (consultado en diciembre de 2018).

femeninos, por el contrario, en los puestos de dirección o mando, ocupados mayoritariamente por varones, el atractivo físico de la mujer puede resultar un condicionante para su acceso o promoción, bajo el estereotipo o presunción de su menor competencia o habilidad⁴⁸⁷.

Al margen de los casos descritos, en otras ocasiones, la discriminación en el acceso al empleo tanto por la apariencia física como por la estética se podría proteger de manera indirecta por su vinculación a las categorías ya tuteladas o servir precisamente para la construcción de indicios de discriminación directa por estas causas en el proceso judicial o administrativo sancionador⁴⁸⁸. Los rasgos físicos y la indumentaria son elementos que permiten identificar a muchos de los grupos protegidos por los factores tradicionales (el origen racial o étnico, la religión, la edad, la discapacidad...).

Cuando a través de estos rasgos distintivos se adscribe a las personas de manera real o errónea a una categoría protegida y se le otorga relevancia laboral al contenido de los roles, prejuicios o estereotipos que afectan a ese grupo, como fundamento para un trato desigual, puede valorarse como un acto discriminatorio. Así sucedería, por ejemplo cuando a través de la apariencia física y la vestimenta se adscribe a una determinada persona al colectivo gay o se le identifica como transexual y en base a los prejuicios asociados a estos grupos se opta por la no contratación. O cuando a través de los rasgos físicos y la indumentaria de posible simbología religiosa se relaciona al candidato con una determinada etnia y/o religión y se le rechaza por ello.

Por otra parte, no basta con que el requerimiento de determinados rasgos físicos sea aparentemente neutro y que pudiese estar plenamente justificado por las tareas a desarrollar, es preciso para evitar posibles actos de discriminación indirecta, valorar el impacto adverso que podría desencadenar en los grupos especialmente protegidos, sometidos sistemáticamente a una posición socio-jurídica de inferioridad en nuestra sociedad. De ahí, como vimos, el establecimiento de una altura mínima vincularía a establecer parámetros diferentes para mujeres y varones a fin de impedir el efecto desfavorable, colectivo, grave y persistente⁴⁸⁹ para el acceso al empleo de las primeras⁴⁹⁰. Igualmente, estos requerimientos físicos u otros podrían causar una repercusión negativa para otras categorías⁴⁹¹. En cualquier caso, pese a las desventajas que se pudiesen originar, la empresa podría acreditar que tal criterio neutro, ajeno a cualquier intención discriminatoria, obedece objetivamente a un interés legítimo superando la regla de la proporcionalidad (la adecuación y la necesidad)⁴⁹².

487 De nuevo, entra en juego el machista y discriminatorio estereotipo de «las rubias son tontas». GARCÍA ÁLVAREZ, M. R., «Discriminación laboral sobre la base de la apariencia física», cit., p. 6.

488 En parecido sentido, ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», cit., pp. 6-8.

489 ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estudios previos al contrato y discriminación*, cit., p. 85.

490 STJUE de 18 de octubre de 2017, ya citada.

491 La estatura podría dejar fuera a determinadas grupos que, salvo excepciones, no van a alcanzar con carácter general determinados estándares (como los asiáticos). O la belleza y el atractivo físico, normalmente vinculado a la juventud, podría llegar a causar una discriminación indirecta por razón de edad. GARCÍA ÁLVAREZ, M.R., «Discriminación laboral sobre la base de la apariencia física», cit., p. 7.

Tampoco es imposible que «en ocasiones los ideales de belleza estén teñidos de prejuicios raciales que supongan un impacto desfavorable sobre determinados grupos étnicos», ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», cit., p. 17.

492 VELASCO PORTERO, M.T., «La discriminación por razón de apariencia física», cit., p. 592.

Aunque confrontar estas exigencias de imagen con la prohibición de discriminación directa o indirecta de los grupos tradicionalmente protegidos puede suponer una importante restricción a la arbitrariedad y discrecionalidad empresarial⁴⁹³, la discriminación en el acceso al empleo por la apariencia física puede ser más amplia y operar fuera de las categorías genéricas tradicionales⁴⁹⁴. Quizás, el espacio que queda abierto gracias a la cláusula general del inciso final del art. 14 CE pueda ser la vía para limitar en el ámbito laboral el trato desigual en base a estas circunstancias especialmente rechazables⁴⁹⁵. La importancia que la imagen tiene actualmente en nuestra sociedad puede estar incrementando este tipo de conductas, hasta el punto de irse perfilando grupos, como las personas obesas o con sobrepeso, que de manera significativa están más expuestos a la discriminación en el acceso al empleo. Si todos tenemos un sexo, una raza o una orientación sexual que esperamos que no repercuta de manera negativa en el acceso al empleo y en nuestro trabajo, es de justicia confiar en que de forma irrazonable otras circunstancias personales innatas, irreversibles o difíciles de modificar –como la estatura, el peso o los rasgos faciales– no nos puedan originar menores oportunidades laborales⁴⁹⁶. A salvo, naturalmente, de que tales rasgos puedan ser un requisito esencial y determinante para la realización de determinadas actividades laborales.

Con todo, se reconoce que, siendo difícil en la realidad conseguir una tutela real y efectiva ante las discriminaciones clásicas en la fase de acceso al empleo, es casi una utopía la proposición de una protección suficiente ante nuevos factores de exclusión. A pesar de la introducción de diferentes instrumentos para facilitar la defensa en los supuestos de discriminación, fundamentalmente el reconocimiento de la legitimación colectiva (art. 177. 1º y 2º LRJS) y la prueba indiciaria (art. 96.1º LRJS), las dificultades para aportar indicios suficientes en esta fase de acceso y para una verdadera restitución *in natura*⁴⁹⁷ al perjudicado desalientan para el planteamiento de reclamaciones de esta naturaleza.

4. Limitaciones a la apariencia durante el desarrollo de la relación laboral

Una vez celebrado el contrato de trabajo e iniciada la relación laboral, los posibles conflictos relacionados con la apariencia física/estética de los empleados generalmente pueden ser de dos tipos: los concernientes a la repercusión que puede tener la imagen de los empleados respecto a

493 ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», cit., p. 17.

494 GARCÍA ÁLVAREZ, M.R., «Discriminación laboral sobre la base de la apariencia física», cit., p. 6.

495 De este modo, se plantea que desde un punto de vista sociológico, las categorías tradicionales pueden ser ampliables a otros motivos de discriminación significativos en el ámbito laboral, como la apariencia física, JIMÉNEZ RODRIGO, M.L., «El abordaje de la discriminación múltiple en el empleo: revisión de políticas y buenas prácticas en la Unión Europea», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, nº 3, 2018, p. 202.

496 *Supra*, p. 14.

497 En el ámbito privado, aunque se tendrán que asumir responsabilidades patrimoniales, la hipótesis de vincular a la empresa a la selección o la contratación del discriminado no parece encajar con la libertad de contratación empresarial. Además, dependiendo de la fase en que se encuentre el proceso de selección puede que el candidato únicamente ostente una expectativa de derecho. Por ello, muchos de estos procedimientos culminan con la declaración de la discriminación y la condena al pago de una indemnización de daños y perjuicios. Para un estudio exhaustivo del tema donde se relatan los pequeños avances hacia una restitución íntegra, puede consultarse ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estudios previos al contrato y discriminación*, cit., pp. 330-373.

sus condiciones laborales y los derivados de la pretensión empresarial de controlar la apariencia del personal a través de su modificación para adaptarla a las necesidades de la empresa y de la actividad laboral, bien imponiendo unos determinados rasgos o indumentaria, o bien limitando o prohibiendo los mismos. A ellos también se unirá la problemática relativa a la extinción de la relación laboral fundamentada en el cambio del aspecto del empleado que será objeto de tratamiento en un epígrafe distinto.

4.1. La influencia de la imagen sobre las condiciones de trabajo

La apariencia de los trabajadores, al igual que puede ser un elemento que determine o limite sus posibilidades de acceso al empleo, también podría operar como razón o fundamento de un trato comparativamente desfavorable hacia determinados empleados⁴⁹⁸. En concreto, cabe imaginar⁴⁹⁹ que por este motivo⁵⁰⁰ se puedan establecer diferencias en cualquier condición laboral: en materia retributiva, de tiempo de trabajo, en el acceso a la formación o en las posibilidades de promoción, entre otras muchas. Parece infrecuente que esto suceda respecto a los elementos que conforman la apariencia física dado que esta «es la que es», se refiere a los rasgos físicos que poseen los trabajadores y se perciben en el momento de la contratación. Ahora bien, a lo largo de la relación laboral podrían producirse determinados cambios, como el sobrepeso, que sean el motivo que desencadene un tratamiento desigual. Pero parece más probable que estas situaciones conflictivas en la práctica puedan estar más relacionadas con la apariencia externa o indumentaria del personal.

Cuando el trato peyorativo únicamente obedezca a la aplicación de los prejuicios, convencionalismos o estereotipos que se vinculan al aspecto físico o exterior de la persona, este tipo de conflictos se asimilan a los ya tratados respecto al acceso al empleo, en los que la libertad y discrecionalidad empresarial vendría solo restringida por el principio de no discriminación. Como se sabe, respetando los límites legales y convencionales, al empresario no se le impone el principio de igualdad de trato –solo reservado para los poderes públicos–, tal es así, que con fundamento en la autonomía individual puede tomar determinadas decisiones (cambios de funciones, ascensos...) y establecer diferencias en las condiciones laborales⁵⁰¹, siempre que no

498 Incluso podría ser la causa de un acoso laboral, véase RIVAS VALLEJO, P., «¿Es la obesidad causa de discriminación tutelable en el ámbito laboral?», cit., pp.19-20.

499 RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*, cit., pp. 90-91.

500 Es ya un clásico el estudio sociológico de HAMERMESH, D.A., BIDDLE, J.E., «Beauty and the Labor Market», *Am. Econ. Rev.*, nº 84, pp. 1174-1194, 1994 que demuestra que el atractivo físico puede condicionar las condiciones laborales, revelando que las personas menos agraciadas perciben salarios más bajos. Accesible en <www.nber.org/papers/w4518.pdf>.

501 STC 34/1984 «Pues bien, tal principio falta en el presente caso. La legislación laboral, desarrollando y aplicando el art. 14 de la Constitución, ha establecido en el art. 4.2 c) del Estatuto de los Trabajadores y en el 17 de igual norma la prohibición de discriminación entre trabajadores por una serie de factores que cita, pero, según general opinión, no ha ordenado la existencia de una igualdad de trato en el sentido absoluto. Ello no es otra cosa que el resultado de la eficacia del principio de autonomía de la voluntad que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del Trabajo, por virtud entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, no desaparece, dejando un margen en que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador respetando los mínimos legales o convencionales. En la medida, pues, en que la diferencia salarial no posea un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad». (FJ 2º).

incurra en una discriminación directa o indirecta. Ello sucederá cuando la causa del distinto tratamiento atienda a uno de los factores especialmente protegidos, postergando a un determinado grupo o colectivo⁵⁰².

No incidiremos de nuevo en lo ya examinado en el apartado anterior, plenamente aplicable a esta situación. Nos referimos a las dificultades para conseguir el reconocimiento de la discriminación que se derivan de la falta de una mención expresa a la apariencia física como posible móvil discriminatorio. Aunque recordamos que esta ausencia se puede paliar de manera limitada con la posibilidad de conectar estos rasgos físicos con otras categorías protegidas para acudir a su tutela. Al menos, todo parece indicar que una vez vigente la relación laboral a los trabajadores les puede resultar más fácil acreditar los indicios suficientes de la existencia de un tratamiento desigual que en la fase de acceso al empleo⁵⁰³. Las consecuencias de una reclamación exitosa, serán similares, la declaración de la existencia de discriminación, el mandato de cese de la práctica o decisión discriminatoria y la reparación económica del daño causado⁵⁰⁴.

Por otra parte, puede suceder que este tipo de conductas procedan de un intento frustrado de la empresa de modular o limitar el aspecto de los trabajadores, por lo que además de un posible tratamiento discriminatorio, dependiendo de las circunstancias concurrentes, entraría en juego valorar la posible afectación o acomodación de otros derechos fundamentales (derecho a la propia imagen u otros como la libertad religiosa, la no discriminación por razón de sexo). Son las situaciones que vamos a analizar a continuación.

4.2. El control empresarial de la imagen de los trabajadores

En la práctica, durante la relación laboral es frecuente en las empresas que el personal deba atender unas determinadas pautas respecto a su indumentaria y aspecto externo. No nos resulta extraño que en concretos sectores (sanidad, hostelería, comercio, transportes...) atendiendo a diversas causas los trabajadores deban portar una uniformidad y seguir unas reglas concretas sobre su aspecto. En principio este tipo de obligaciones pueden ser plenamente legítimas y razonables y no implicar problemática alguna ni desde la perspectiva de la legalidad ordinaria, ni mucho menos desde la perspectiva constitucional. El cumplimiento de una determinada indumentaria en el trabajo no tiene porqué ser en sí misma una conducta lesiva de ningún derecho, sea este fundamental o no, siendo perfectamente admisible que el cumplimiento de la prestación de trabajo implique ciertas restricciones a la imagen del empleado durante el desarrollo de su actividad.

502 La STC 182/2005 apreció una discriminación directa por razón de sexo, en la conducta de relegar en sus funciones y cambiar el puesto a una trabajadora con perjuicio a su derecho a la promoción profesional, conducta vinculada a su triple maternidad y no justificada de manera objetiva y razonable.

503 ÁLVAREZ DEL CUVILLO, M., «Marco teórico para la solución de conflictos jurídicos relativos al aspecto del trabajador y la discriminación», Comunicación presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, AA. VV., (AEDTSS) *Los derechos fundamentales inespecíficos...*, cit., p. 7.

504 Al tratarse de supuestos condicionados a la libertad de decisión de la empresa (una mejora individual, un ascenso) no hay posibilidad de una restitución *in natura* para el agraviado. Así, percibirá, en su caso, una compensación económica. Por ejemplo, la STSJ de Cataluña, de 15 de mayo de 2008 (Rec. núm. 902/2008) declara discriminatorio por razón de género el sistema de promoción pero no condenará a una indemnización ante la falta de solicitud de las dos demandantes.

La complejidad que suscita el tratamiento de esta materia es la variedad de situaciones que en ella se comprenden. Así, desde la legítima y elemental obligación de cualquier empleado de respetar unas normas mínimas de limpieza, de aseo o corrección en su apariencia hasta la imposición empresarial de determinadas exigencias (rasurarse la barba, no portar símbolos religiosos) que podrían incidir en la esfera personal de los trabajadores y limitar de manera injustificada uno o varios de sus derechos fundamentales.

Como ya anticipamos, el respeto a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad ha llevado a un reconocimiento de la dimensión constitucional de la libertad de configurar la apariencia externa (derecho a la imagen y/o derecho a la intimidad) en cuyas manifestaciones o expresiones, de ser restringidas, puedan verse afectados otras libertades u derechos fundamentales (la libertad religiosa, el derecho a la no discriminación...). De ahí, que si bien la imagen de los empleados pueda limitarse o condicionarse en atención a las relaciones laborales en las que desempeñan su actividad profesional, ello no significa que el contrato de trabajo pueda totalmente privar o «expropiar»⁵⁰⁵ a los empleados de esta libertad y de los posibles derechos a ella vinculados.

Por ello, junto a los casos que no ofrecen ninguna conflictividad porque la limitación de la imagen es esencial para la realización de la prestación laboral, en muchos otros, se asiste a un conflicto de intereses que por su dimensión constitucional (libertad de empresa - derechos fundamentales de los trabajadores), se ha de resolver por medio de la ponderación a través del juicio de proporcionalidad, de tal manera que la medida empresarial deberá superar el triple test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad para que sea válida.

Muchas y variables son las circunstancias concurrentes que se han de tener en cuenta a la hora de estimar la legitimidad de estas restricciones pero en todo caso consideramos que se ha de atender especialmente a la fuente u origen de la limitación, a la causa que la justifica y a la intensidad o naturaleza de la medida concreta. Resulta también evidente que las limitaciones que solo afectan a la libertad de conformar el aspecto externo no deben ofrecer la misma valoración que las conductas potencialmente pluriofensivas que comprometen otros derechos o libertades fundamentales del personal, situaciones que serán analizadas en otros apartados.

4.2.1. La fuente u origen de las limitaciones. El poder de dirección como modulador de la apariencia

Una de las principales características que presenta esta materia es que siendo una condición laboral habitual en muchas actividades, no existe una norma legal expresa que de manera general atienda a esta cuestión⁵⁰⁶. Se encuentran, sin embargo, disposiciones normativas que contienen pautas sobre la uniformidad o ropa de trabajo, establecidas para determinados sectores de actividad y tareas. La intervención heterónoma suele obedecer a causas relacionadas con la protección de otros bienes prevalentes o a cuestiones de interés general.

505 CÁMARA BOTÍA, A., «La libertad de vestir del trabajador», p. 29.

506 Se refieren a la «la pobreza o escasez de normas reguladoras (legales y aun convencionales)» PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., «La indumentaria del trabajador y otros elementos que afectan a su aspecto e imagen externa durante el trabajo (miscelánea jurisprudencial)», cit., p. 9.

Por un lado, están todas las exigencias relativas a las prendas de trabajo que vengán requeridas por la normativa de seguridad y prevención de los riesgos. Así, la norma estatal⁵⁰⁷ les impone a los trabajadores el uso adecuado de los equipos de protección que les facilita el empresario a fin de proteger su propia seguridad y salud en el trabajo y la de aquellos a quienes pueda afectar su actividad. Aquí también se ubicarían, entre estas normas, las de seguridad alimentaria que obligan a los profesionales (manipuladores de alimentos, cocineros) a la utilización de determinadas prendas para garantizar la salubridad de las operaciones y evitar los riesgos de contaminación alimenticia.

Por otra parte, incluyendo el sector público pero también el privado (vigilantes de seguridad privada⁵⁰⁸), la uniformidad está presente de manera obligatoria en todas las actividades relacionadas con la seguridad y el orden (militares, policías, bomberos...) puesto que, entre otras razones⁵⁰⁹, es preciso una rápida y clara identificación de estos profesionales por los demás⁵¹⁰. Esta también es la razón de la previsión normativa de la uniformidad en el ámbito sanitario⁵¹¹.

Asimismo, en ocasiones es la norma colectiva la que regula la apariencia externa y la indumentaria del personal⁵¹² y establece la obligatoriedad del uniforme para trabajar o determinadas pautas sobre aseo o indumentaria. Parece que el convenio colectivo puede ser un medio eficaz para establecer unas reglas equilibradas⁵¹³ que tengan en cuenta los intereses tanto de la empresa como del personal. Además tiene la ventaja⁵¹⁴ de permitir un control previo de la licitud de las eventuales restricciones⁵¹⁵.

507 Art. 29.2.2º Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (LPRL) y art. 10 a) Real Decreto 773/1997, de 30 de mayo, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual.

508 Art. 12.1 c) L 5/2014 y art. 87 RD 2364/1994.

509 En algunos de estos casos, la uniformidad revela el carácter de autoridad pública de quien lo porta, su jerarquía y sus funciones.

510 Así, se argumenta en relación a la obligación de portar la gorra de un vigilante de seguridad, «la exigencia por parte de la empresa SEGUR IBÉRICA, S.A. a los vigilantes de seguridad que prestan servicios en la estación ferroviaria de Barcelona-Sants de uso obligatorio de gorra que al efecto se facilita a los mismos, no obedece a una razón arbitraria o caprichosa de una u otra empresa, sino justificada por el lugar en el que se presta el servicio ya que facilita más prontamente la identificación y el reconocimiento del vigilante de seguridad por parte del público usuario del servicio ferroviario», STSJ de Cataluña, de 23 de julio de 2008 (Rec. núm. 3296/2008) (FJ 4º).

511 En este sentido, la STSJ de Galicia, de 27 de junio de 2002 (Rec. núm. 2871/2002) se pronuncia sobre la pretensión de la Consejería de Salud de que los trabajadores de un centro socio-sanitario fichasen uniformados a la entrada y salida del turno de trabajo. La obligación de la uniformidad estaba prevista tanto en el Convenio Colectivo para el personal laboral de la Xunta de Galicia, como en la OM de 4/6/92 y en una resolución de la D.G. de Relaciones Laborales de la Xunta de 15/3/00.

512 SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva», cit., pp. 304 y 305.

513 Sin embargo, el estudio de la realidad negociadora demuestra que los convenios desaprovechan esta función ponderadora. En la mayoría de ellos el contenido se reduce, a dos aspectos: una breve mención a la posibilidad de imposición de la uniformidad sin mayor especificación y una genérica inclusión de la falta de aseo e higiene personal como motivo de infracción por parte del trabajador, cuya calificación de falta leve suele elevarse a muy grave cuando existe reiteración. TORRENTS MARGALEF, J., «Las limitaciones del ejercicio del derecho activo a la propia imagen del trabajador», Comunicación presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, AA. VV., (AEDTSS) *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 15.

514 GIL Y GIL, J.L., «Poder directivo y apariencia externa del trabajador», cit., p. 215.

515 De esta manera, si la autoridad laboral considera que conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros, podría proceder de oficio a la impugnación judicial del convenio colectivo (art. 163 LRJS).

Aunque no se trata en este momento de realizar un estudio minucioso del contenido de las normas colectivas, sí debemos apuntar unas líneas generales. La mayoría de los convenios recoge entre las infracciones laborales la falta de aseo o higiene del personal. Si bien se trata de una obligación laboral que tiene una entidad propia respecto a la apariencia estética, puede servir para marcar pautas sobre esta según sea más o menos concreta su regulación⁵¹⁶.

En las normas convencionales que regulan específicamente el vestuario y la apariencia, se aprecian dos tipos de reglamentaciones⁵¹⁷. Por un lado, existen disposiciones que prefijan el vestuario y la imagen del personal de manera minuciosa, completa e incluso extrema. Un ejemplo significativo es el Convenio Colectivo de la empresa The Disney Store Spain⁵¹⁸ que dedica un Anexo propio a la higiene personal y al uniforme con una regulación pormenorizada –a la que dedica más de cuatro páginas– donde se detalla tanto el uniforme (camisa, pantalón, falda y calzado) como otros numerosos aspectos con suma exactitud (estilo de pelo y color, accesorios de pelo, maquillaje, manos y uñas, piercings, joyas, tatuajes...) unas veces, con normas comunes para varones y mujeres y otras, con disposiciones propias⁵¹⁹. Frente a este tipo de regulaciones tan precisas, otros convenios optan por una regulación más genérica, que aún exigiendo la uniformidad⁵²⁰, dejan en manos de la empresa su determinación conforme a los usos del sector⁵²¹.

En cualquier caso, no basta con que los tribunales se escuden en el dato formal de que esta materia se encuentra pactada en convenio colectivo para eludir pronunciarse sobre el fondo de estos asuntos, bajo una especie de presunción de corrección legal de los límites establecidos a la imagen del personal⁵²². La exigencia de protocolos tan escrupulosos con un enfoque que atiende casi en exclusiva al interés empresarial, lleva a sospechar que se trata de pautas elaboradas unilateralmente por la empresa que se ponen a la firma de la representación de los trabajadores sin una verdadera negociación⁵²³. No se puede inferir que las disposiciones convencionales por

516 Por ejemplo, el Convenio Colectivo de Mercadona tipifica como falta grave en el art. 33. B. 6º «La falta de aseo y limpieza (ropa sucia, mal peinado, sin afeitado, manos y uñas sucias, uñas largas,...)». Especialmente crítica con este tipo de disposiciones «solamente les falta medir con cuántos centímetros se entiende que una uña es larga o si el pintarse el rímel implica que la trabajadora (...) luce un maquillaje exagerado», BALLESTER PASTOR, I., «Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador...», cit., p. 31.

517 CÁMARA BOTÍA, A., «La libertad de vestir del trabajador», pp. 5 y ss.

518 BOE 19 de agosto de 2010.

519 Respecto al «Estilo de pelo y color masculino» se requiere que todos los dependientes lo tengan limpio y arreglado en todo momento. «Cualquier extremo en su estilo no está permitido. Por razones de salud y seguridad los cabellos más largos del hombro deberán estar recogidos con una goma. Se podrá teñir o decolorar el pelo teniendo en cuenta que su apariencia sea natural. No estarán permitidos los extremos en el color. Los postizos son aceptados siempre y cuando queden dentro de las directrices de la imagen Disney «Disney Look» (estilo y color). Los peinados ultramodernos no están permitidos (afros, punkies, etc.). Si el pelo está teñido, la raíz deberá estar siempre perfectamente cuidada en el color del teñido».

520 Es común a los convenios colectivos que establecen la uniformidad o el uso de determinadas prendas de trabajo que concreten las obligaciones de ambas partes, tanto respecto a su adquisición como a su conservación.

521 En este sentido, el art. 45 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes dispone que «A los trabajadores que proceda, comprendidos en el presente Convenio, se les proveerá obligatoriamente, por parte de las empresas, de uniforme y otras prendas, en concepto de útiles de trabajo, de las conocidas y típicas para la realización de las distintas y diversas actividades que el uso viene aconsejando». BOE 7 de octubre de 2017.

522 CRUZ VILLALÓN, J., «Derecho a la propia imagen y discriminación de la mujer en el trabajo», cit., p. 79.

523 *Ibidem*, p. 79.

el mero hecho de ser pactadas entre los sujetos afectados por las mismas están ya de por sí «blindadas» a cualquier revisión legal que cuestione su legitimidad⁵²⁴.

También sería posible pactar a través del contrato de trabajo restricciones a la libertad de apariencia externa e indumentaria de los trabajadores siempre que tal acuerdo observe los límites propios de la autonomía individual como fuente reguladora⁵²⁵ y el consentimiento de los empleados no se vea afectado por la desigualdad entre las partes que afecta especialmente a esta fase de la relación. Se pueden encontrar cláusulas de este tipo en diferentes conflictos judiciales. Como muestra: «se compromete a no utilizar pantalón vaquero, ni zapatillas deportivas, asimismo se obligará a observar un riguroso aseo personal: ropa de trabajo limpia, bien peinado, manos y uñas limpias como requiere el desarrollo de una actividad dedicada a la manipulación de alimentos frescos»⁵²⁶; «Además del uniforme reglamentario, el trabajador se compromete a utilizar en su puesto de trabajo y acepta como prendas obligatorias la gorra y la corbata durante todo el año»⁵²⁷; «El trabajador utilizará el uniforme que en cada momento le asigne la empresa para realizar su trabajado incluida, en su caso, la utilización de la gorra en aquellos servicios que así se disponga»⁵²⁸.

Para legitimar la obligación de los trabajadores de guardar una determinada apariencia también se puede acudir a los usos y costumbres profesionales del sector de actividad (art. 3.1 d) ET). Así, recuérdese la ya citada y conocida STC 170/1987 sobre el despido de un camarero, que avaló la orden empresarial de afeitarse la barba en base a la costumbre del sector de que los empleados de restaurantes y bares que tengan contacto directo con los clientes permanezcan afeitados. Junto a la costumbre como fuente reguladora en un determinado ámbito profesional, también se suelen alegar «los usos de empresa» (art. 1.3 Cc.)⁵²⁹ como criterios reguladores de la indumentaria. Aunque en puridad son conductas de hecho, hábitos o prácticas de la empresa que no crean derechos ni obligaciones –por estar ausente la conciencia sobre su obligatoriedad– en esta materia suelen asimilarse a la costumbre normativa para determinar las pautas sobre indumentaria⁵³⁰. Por otra parte, la imagen, la apariencia, la manera de vestir son materias muy condicionadas

524 En este sentido, ROMERO BURILLO, A.M., «Poder de dirección, indumentaria de trabajo y derechos fundamentales de los trabajadores», cit., p. 76.

525 En relación al objeto lícito y al no establecimiento de condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos art. 3.1 c) del ET y respecto a la irrenunciabilidad de derechos art. 3.5 ET.

526 STSJ de Valencia, de 29 de mayo de 1996 (Rec. 3551/1995), sobre un despido por la negativa del trabajador a rasurarse la barba.

527 STSJ de Cataluña, de 23 de julio de 2008 (Rec. núm. 3296/2008) en relación al cambio de centro de trabajo de un vigilante de seguridad privada ante su negativa a llevar la gorra. La obligación de portar el uniforme estaba regulada reglamentariamente, pero tales normas no exigían esta prenda, que se había pactado en una cláusula contractual.

528 También sobre un vigilante jurado que es despedido por no usar la gorra, STSJ de Cataluña, de 13 de octubre de 1999 (Rec. núm. 3904/1999).

529 «Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre».

530 Así, se equiparan en la STSJ de Valencia, de 29 de mayo de 1996 «quien no incurrió en la imputada desobediencia, ni así mismo en la pretendida vulneración por este de conducta de obligada observancia en virtud de uso o costumbre, ya que el brocardico “iura novit curia” se circunscribe a las normas escritas que, forman el derecho escrito, interno y general, es decir, el obligado conocimiento de la norma jurídica por el órgano jurisdiccional, no se extiende a la costumbre y uso de empresa (art. 1.3 Código Civil) que deberán ser probados por quien los alega» (FJ único).

por las concepciones sociales imperantes que marcan un canon de lo que es «correcto» en un momento determinado. Por ello, es habitual que los tribunales se refieran a «los usos sociales» como instrumentos interpretativos de lo que es adecuado⁵³¹. Pero uno de los problemas que suscita la aplicación de esta medida es el de diferenciar entre los estereotipos inaceptables y los usos sociales generalmente admitidos⁵³², lo que puede dar lugar a pronunciamientos judiciales contradictorios.

Igualmente merecen nuestra consideración los denominados códigos éticos o de conducta⁵³³, que a veces regulan con gran detalle⁵³⁴ aspectos relativos a la apariencia externa o a la indumentaria

531 En este sentido la STS de 23 de enero de 2001 (Rec. núm. 1851/2000) sobre la uniformidad de las azafatas del AVE argumenta «que el uso social haya admitido en la actualidad la utilización indistinta por parte de la mujer de la falda o del pantalón, no supone que, en atención de un servicio laboral de naturaleza determinada, no puede imponerse un determinado uniforme o unas normas mínimas de vestuario que impongan una determinada igualdad en cuanto al mismo». (FJ 4º).

De manera más general la STS de 19 de abril de 2011 (Rec. núm. 16/2009), que valorará el carácter discriminatorio del la uniformidad de las enfermeras de las Clínicas Pascual, afirma «han de valorarse aspectos de la cuestión relacionados no solo con los aspectos jurídicos, sino que también los usos sociales y las máximas de experiencia pueden tener un valor referencial; con arreglo a estas, la uniformidad femenina que exige la empresa tiene un cierto componente tradicional o antiguo, que se vincula con una serie de valores próximos a una posición no equilibrada de la mujer en relación con la de los hombres». (FJ 7º).

Serán también los usos sociales uno de los criterios utilizados para estimar que el uniforme no era contrario a la dignidad o al derecho a la intimidad «En un supuesto como el presente, vinculado a esas facultades de dirección del empresario y proyectadas sobre la uniformidad en la manera en que se ha reiterado, aquellos usos, hábitos o formas sociales de vestir cobran protagonismo para que podamos afirmar que la imposición de un uniforme como el que se discute en estos autos, falda, medias, delantal con peto y cofia, en modo alguno afecta de la dignidad de la trabajadora o a la intimidad, pues la utilización de la falda en dimensiones normales no solo está aceptado socialmente como algo absolutamente corriente, sino que incluso se vincula en ocasiones con tradicionales o históricas ideas de elegancia femenina, cuando, por otra parte, y en relación con ello, no hay exhibición física inadecuada o excesiva que no sea total y absolutamente normal desde el punto de vista de nuestros usos sociales». (FJ 9º).

532 CÁMARA BOTÍA, A., «La libertad de vestir del trabajador», cit., p. 10.

533 GOÑI SEIN, J.L., «Valor jurídico de los códigos de conducta», AA. VV., (dir. GOÑI SEIN, J.L.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 583-626 y VALDÉS ALONSO, A., «Algunas consideraciones sobre el contenido laboral de los códigos de conducta», *Aranzadi Social*, nº 13, 2010, pp. 59-85.

534 Un buen ejemplo lo proporciona la mención que realiza la SJS de Palma de Mallorca, de 6 de febrero de 2017 (Proc. 476/2016) en los antecedentes de hecho del punto 16 —«la imagen personal»— del Manual operativo del Departamento de Servicio al pasajero del Aeropuerto de Palma, que entre otras numerosas previsiones indica respecto el rostro de los varones la obligación del afeitado diario y de llevar bigotes y barbas cuidados; para las mujeres un maquillaje discreto. Respecto a las gafas, dispone que serán las necesarias para una buena visión, a ser posible, con monturas adecuadas. Nunca de sol «ni llevarlas como si fueran una diadema». En cuanto a «adornos: collares, pendientes y anillos que sean discretos y no molesten la sensibilidad del cliente, colores no exagerados». También se llegan a regular conductas, como no tener las manos en los bolsillos, nunca de cara al público.

En parecido sentido, en la STSJ de Canarias, de 20 de diciembre de 2001 (Rec. núm. 1376/1999) se indican las normas de uniformidad dictadas por “Eurohandling UTE”. Así, respecto al personal femenino, «la chaqueta debe estar completamente abrochada o perfectamente doblada sobre el brazo, pudiéndose en temporada de verano autorizar por el supervisor que se facture sin chaqueta siempre que todos los facturantes vayan iguales, y únicamente debe prescindirse de ella dentro del mostrador». Igualmente se señala respecto al maquillaje que el del rostro debe ser discreto, en tonos naturales, el de los ojos es obligatorio en colores que armonicen con el uniforme y el maquillaje de labios es obligatorio llevarlos siempre pintados, con brillo o colores acordes con el uniforme, señalándose igualmente que los peinados permitidos, son pelo corto sin rapados en nuca o patillas, media melena cuya longitud no exceda del cuello, moño no demasiado alto, cola cuya longitud no exceda de los hombros, el flequillo no deberá sobrepasar la altura de las cejas, no permitiéndose peinados ultramodernos.

de los empleados⁵³⁵. En realidad, no son verdaderas normas, pueden considerarse manifestaciones de la facultad directiva empresarial⁵³⁶ aunque a veces estén cercanas a las condiciones generales de contratación, puesto que se exige la aceptación expresa de los trabajadores.

Bien por la ausencia de regulación de esta materia en los instrumentos ya descritos, o bien por la necesidad de concretar una ordenación demasiado genérica, la empresa en principio podría limitar el aspecto externo del personal a través de las órdenes generales o particulares, que estarían integradas en el poder de dirección (art. 20 ET).

La doctrina académica ya desde antiguo⁵³⁷ integraba las facultades ordenadoras sobre la vestimenta dentro del poder unilateral de dirección del empresario, tesis refrendada por la jurisprudencia laboral, que ha considerado que la empresa es la competente para determinar la uniformidad⁵³⁸. Resultando de ello, que el personal está obligado (art. 5 c) ET) al cumplimiento de las órdenes e instrucciones que formule la empresa en el ejercicio regular de esas facultades.

Ahora bien, el poder de dirección empresarial no es un poder «omnímodo» sino que se encuentra sometido a límites, siendo los principales su propia justificación⁵³⁹ y el necesario respeto a la dignidad y a los derechos fundamentales de los trabajadores. Pero tampoco estos últimos son absolutos, pudiendo ser modulados o condicionados por la celebración del contrato de trabajo. Por

Sobre estas exigencias se ha dicho que «pueden llegar a extremos cercanos al ridículo», siendo en muchos casos desproporcionadas, AGRA BIFORCOS, B., «El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo...», cit., p. 42. También se califican estos requisitos de «exagerados» puesto que vienen a asimilar a las azafatas a las modelos profesionales. BALLESTER PASTOR, I., «Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador...», cit., p. 31.

535 Los (*policy books*), que se difunden por influjo de las prácticas anglosajonas y suponen una autolimitación del poder directivo, GIL Y GIL, J.L., «Poder directivo y apariencia externa del trabajador», cit., p. 217.

536 Por ejemplo, en la STSJ de Asturias, de 26 de julio de 2013 (Rec. núm. 1317/2013) se alude al llamado Manual de acogida en la empresa, que establece numerosas obligaciones, entre ellas las relativas al aspecto en las que se dispone: «a) El personal debe cuidar su imagen. b) El uso obligatorio del uniforme, limpio, cuidado y en perfecto estado. c) Prestar atención al pelo dada la especialidad del centro en la materia. d) No se irá excesivamente maquillado. e) Manos limpias, uñas cortadas y sin pintar. f) Para el personal técnico: no uso de anillos ni pulseras de metal que pudieran interferir con la aparatología. g) Para el puesto de trabajo de especialista y personal de recepción no está permitido el uso de pantalón vaquero, minifaldas o escotes exagerados, calzado deportivo y joyas que pudieran interferir con el trabajo. h) No está permitido el uso de *piercing*».

537 MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, cit., pp. 188-189.

538 STS de 23 de enero de 2001 «las condiciones contractuales, que derivan de la actividad desempeñada en la empresa pueden implicar la adopción de condiciones de diverso tipo, entre las que puede figurar la uniformidad en la vestimenta prevista en el desarrollo de la actividad, y que la determinación de esta uniformidad en principio –en defecto de pacto colectivo o individual de los interesados– es competencia del empleador» (FJ 3º) y STS de 19 de abril de 2011 «Desde la perspectiva jurídica que proporciona la anterior doctrina, en el caso presente nos encontramos con una iniciativa empresarial que en principio se encuentra dentro de las facultades de su poder de dirección, como es la orden de uniformidad de los empleados de los distintos centros hospitalarios» (FJ 7º).

539 ARAMENDI SÁNCHEZ, P., «Con faldas... ¿se trabaja mejor? Comentario crítico a la STSJ de Andalucía Málaga, de 27 de noviembre de 2008 (conflicto colectivo 2/08, sentencia 2215/08)», *Aranzadi Social* nº 18, 2009, pp.125-126. «Ningún poder en democracia puede ejercitarse sin justificación, si así fuera se aceptarían espacios para su uso arbitrario. Por eso la libertad de empresa, confiere a su titular un derecho instrumental en el sentido de que no se reivindica por sí mismo sino para alcanzar unos determinados fines, en concreto las metas que se pretenden por quien emprende. Su ejercicio no puede en suma justificarse por detentar una determinada cuota de poder social, que en este caso se impondría a las voluntades de las personas incorporadas a su ámbito organizativo, sino que precisa acreditarse en razón de los objetivos empresariales a conseguir».

ello, ni existe una libertad ilimitada del personal a configurar su propia apariencia en la relación laboral ni la empresa puede sin justificación y de manera arbitraria condicionarla mediante sus órdenes e instrucciones. Así, como ya afirmó el TS al referirse a la uniformidad «en principio –en defecto de pacto colectivo o individual de los interesados– es competencia del empleador, salvo, naturalmente, que la decisión patronal atente a la dignidad y honor del trabajador, prevista en los artículos 4, 18 y 20 del ET, o a cualquiera de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución»⁵⁴⁰.

De esta manera, aunque algunos conflictos sean una cuestión de mera legalidad ordinaria, muchos otros terminan siendo solucionados por los tribunales atendiendo a la aplicación directa de la Constitución, pues se alegará la vulneración de determinados derechos constitucionales, especialmente, los derechos a la intimidad y a la propia imagen (art. 18 CE), la prohibición de discriminación (art. 14 CE) y el derecho de libertad religiosa (art. 16 CE)⁵⁴¹. Como ya reconociera el TC con la vestimenta o uniformidad se suscita «sin duda, un relevante problema constitucional que tiene que ver con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) así como con la igualdad y el derecho a la intimidad (arts. 14 y 18.1 CE)»⁵⁴². De ahí que proceda atender a la «doctrina constitucional del equilibrio entre derechos constitucionales en conflicto»⁵⁴³, valorando la proporcionalidad de la orden empresarial⁵⁴⁴.

Cuando no existe una previa regulación legal o convencional de la indumentaria y esta queda sujeta a las normas unilaterales de la empresa o a las concretas órdenes o instrucciones, evidentemente el control de la legitimidad y de la justificación de las mismas debe ser mayor porque dejan más espacio a posibles decisiones arbitrarias, irrazonables o desproporcionadas. Además, uno de los factores a tener en cuenta en la valoración de la proporcionalidad de la medida es la expectativa de los trabajadores sobre su libertad para configurar su apariencia externa en la relación laboral. Incluso cuando no existe norma heterónoma o convencional sobre la cuestión, no es lo mismo que desde el inicio de la relación laboral se conozcan las pautas de la empresa sobre la indumentaria que enfrentarse posteriormente a instrucciones «sorpresivas» sobre la manera de vestir en el trabajo⁵⁴⁵. Es incuestionable que las restricciones

540 STS de 23 de enero de 2001 (FJ 7º).

541 CÁMARA BOTÍA, A., «La libertad de vestir del trabajador», cit., p. 6.

542 En la STC 84/2006 (FJ 3º) sobre la uniformidad de las azafatas del AVE.

543 PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., «La indumentaria del trabajador y otros elementos que afectan a su aspecto e imagen externa durante el trabajo...», cit., p. 1.

544 Aunque en la realidad «se echa en falta en la solución judicial de los conflictos en esta materia una más cuidada aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el equilibrio de los derechos constitucionales, realizando en todos los casos, metodológicamente, el triple juicio de idoneidad y necesidad, de la indispensabilidad y de la proporcionalidad de la exigencia empresarial limitativa de los derechos de los trabajadores a su intimidad y propia imagen» PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., *Supra*, p. 9.

545 Así la STSJ de Madrid, de 7 de mayo de 2002, (Rec. núm. 892/2002) se refiere al despido de un trabajador, con categoría profesional de teleoperador, por desobediencia a la orden dada por la empresa de no acudir al trabajo con pantalones cortos. Se entenderá desproporcionada tal instrucción y ajena al trabajo por no existir pautas previas al respecto y no afectar la vestimenta a la imagen de la empresa. Así, se afirma «pues no estamos ante una desobediencia en el trabajo como las normas citadas señalan sino ante una orden ajena al mismo, sobre un extremo que ninguna norma interna consta que existiera al respecto, y que excede de las facultades de dirección de la empresa, pues al margen de una genérica corrección y limpieza que es siempre exigible como literalmente dice el juzgador, no cabe imponer o rechazar sin más una determinada indumentaria, máxime cuando en el desarrollo de su labor el actor no tenía contacto con el público, y, por lo tanto, su modo de vestir no trasciende, ni puede ante terceros afectar a la imagen de la demandada» (FJ 3º).

no afectan de igual manera a quién ostenta una expectativa de no imposición de vestimenta que a quien no la tiene⁵⁴⁶.

Ahora bien, uno de los elementos previos y fundamentales a considerar en estos supuestos es la causa o causas que justifican las posibles restricciones o modulaciones de la libertad de los empleados, materia a la que dedicaremos el siguiente apartado.

4.2.2. Las causas justificativas de las limitaciones

Partiendo de la premisa de que la libertad de conformar la apariencia externa tiene una dimensión constitucional que puede verse afectada en la relación laboral (derecho a la propia imagen u otros derechos fundamentales), la obligada justificación de tales restricciones no difiere de las causas que pueden fundamentar la limitación de otros derechos de este carácter. Ante todo, la restricción puede estar plenamente basada en la naturaleza del trabajo que se presta. La celebración del contrato laboral y la aceptación del desempeño de una determinada actividad o prestación trae consigo la modulación necesaria en atención a la índole de esas funciones (STC 99/94). Pero también los requerimientos organizativos o una acreditada necesidad o interés empresarial pueden ser la fuente legítima de la restricción de los derechos de los trabajadores (de nuevo, STC 99/94).

Cuando se examina esta cuestión siempre se alude al interés empresarial en proyectar la «imagen de la empresa» en la sociedad puesto que esta también se transmite a través del aspecto de la propia plantilla, lo que justificaría las exigencias empresariales sobre la indumentaria y la apariencia externa. Ahora bien, además de esta causa, que reclama ciertas matizaciones, y que trataremos en último lugar, existen otras razones objetivas que apoyan plenamente estas obligaciones.

Sin duda, se han de mencionar en primer lugar todas las relacionadas con el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos. Las normas de seguridad, higiene y salud laboral obligan a los trabajadores en ocasiones a llevar una determinada indumentaria, ropa de trabajo⁵⁴⁷ o equipos protectores para la prestación de sus servicios⁵⁴⁸. Se trata de supuestos que no ofrecen incertidumbre alguna, la libertad estética del personal ha de ceder ante las restricciones impuestas en atención a la salvaguarda de bienes de más entidad como son la protección a la salud y a la integridad física de los trabajadores, de sus compañeros de trabajo o incluso de los terceros (clientes, usuarios, consumidores). A pesar de esta claridad, no son pocos los casos que llegan a los tribunales donde se sanciona la desobediencia reiterada del empleado a portar tales instrumentos

546 CÁMARA BOTÍA, A., «La libertad de vestir del trabajador», cit., p. 31.

547 Sobre la ropa de trabajo se ha pronunciado recientemente la AN en Sentencia, de 25 de junio de 2018 (Rec. núm. 103/2018) afirmando que en ese caso tiene la consideración de Equipo de Protección tal y como se establece en el Real Decreto 773/97, de 30 de mayo. Si no hay acuerdo, la elección de la ropa de trabajo es facultad del empleador al ser medidas que obligatoriamente debe implantar por ser el deudor de seguridad.

548 En virtud del art. 5 b) ET, es un deber básico del trabajador «observar las medidas de prevención de riesgos laborales que se adopten». Véase, art. 29 1º y 2º LPRL que concreta tal deber y art. 10 RD 773/1997 sobre las obligaciones de los trabajadores respecto a los EPIs.

o prendas, como el casco en las obras de construcción⁵⁴⁹ o la negativa de una trabajadora de vestir el chaleco reflectante para desempeñar su labor en las pistas de un aeropuerto⁵⁵⁰.

La garantía de seguridad y salud cobra especial significación en determinadas actividades en las que la protección de los trabajadores tiene repercusiones sobre terceros. En ellas el aseo personal y el uso de determinadas prendas tratan de velar por la salubridad de los servicios y la protección de los consumidores. Estas razones higiénico-sanitarias son las que justifican la exigencia de portar un gorro en las labores de manipulación de alimentos o el uso de la misma prenda para los cocineros.

Además, muchas de estas órdenes empresariales, como ya vimos, están fundamentadas en obligaciones impuestas por normas heterónomas. Por ello, se considera adecuado que la empresa obligue a todos los empleados relacionados con la cocina a que lleven el gorro puesto como un medio para garantizar que cumplen con la higiene requerida⁵⁵¹ o que exija el uso de la mascarilla y el gorro en los laboratorios de carnicería⁵⁵². De igual manera, se valora justificada la orden dada a una trabajadora musulmana para que cubra su velo dentro del gorro o redecilla de trabajo, al contravenir con ello las normas de higiene para mantener una certificación de calidad⁵⁵³.

No obstante, en ocasiones, la empresa podría estar realizando una interpretación extensiva de la normativa al respecto y de sus causas legitimadoras, imponiendo a los trabajadores requerimientos desproporcionados. Es el caso de la STSJ de Madrid, de 18 de abril de 2001⁵⁵⁴, en el que la empresa invocó el entonces vigente RD 202/2000 para exigir a un cocinero que se afeitase la barba. En la Sentencia se argumentará que «es un principio fundamental del derecho que las normas restrictivas deben ser interpretadas de manera estricta, sin ampliarlas en ningún caso a supuestos distintos de los que contemplan». Por lo que la orden se declarará injustificada al no constar en la norma la prohibición a los cocineros de llevar bigote y perilla cuando tales adornos capilares están debidamente recortados y aseados.

Podrían encuadrarse como cercanas a este tipo de causas, pues su fin primordial es la seguridad⁵⁵⁵, la exigencia de uniformidad en numerosas actividades, ya mencionadas, que están relacionadas con el mantenimiento del orden público para las que se precisa la rápida identificación de los prestadores del servicio. Es el caso de las Fuerzas Armadas, Guardia Civil, Policía Nacional, Autonómica⁵⁵⁶ o Local o Bomberos, entre otros. En el ámbito privado, esta también es la razón

549 SSTSJ de Cataluña, de 19 de enero de 2009 (Rec. núm. 7640/2008), de 10 de junio de 2009 (Rec. núm. 667/2009).

550 Manifestando ante la orden del jefe de turno que era «una chorrada», STSJ de Islas Baleares, de 7 de octubre de 2003 (Rec. núm. 552/2003).

551 Para la preparación, fabricación, transformación, envasado, almacenamiento, transporte, distribución, manipulación y venta o suministro de productos alimenticios tal y como disponían los arts. 3 y 4 del entonces RD 2207/95. STSJ de Madrid, 10 de julio de 2001 (Rec. núm. 2051/2001).

552 STSJ de Galicia, de 26 de enero de 2007 (Rec. núm. 5525/2006).

553 SSTSJ de La Rioja, de 22 de junio de 2017 (Rec. núm. 178/2017, 179/2017 y 181/2017).

554 Rec. núm. 1405-MG/2001.

555 Desde otra perspectiva, en relación a la seguridad, los reglamentos de los casinos de juego prohibían a los empleados llevar bolsillos con el fin de evitar hurtos (STS de 26 de diciembre de 1990 Roj: STS 9776/1990).

556 Las SSTSJ de Cataluña (Contencioso Administrativo), de 20 de enero de 2006, (Rec. núm. 206/2002) y de 20 de marzo de 2007 (Rec. núm. 1019/2003) se pronuncian respecto a la impugnación de la norma reglamentaria que regula la uniformidad que se considerará justificada porque «la identificación del cuerpo que consigue la uniformidad favorece la eficacia en la prestación del servicio» (FJ 5º) y (FJ 11º).

que ampara la exigencia normativa de uniformidad para los Vigilantes de Seguridad. Recuérdese en este sentido la STSJ de Cataluña, de 23 de julio de 2008, que avaló la obligación de llevar la gorra de uno de estos profesionales, al considerar que era un elemento necesario para facilitar su pronto reconocimiento por los usuarios del servicio en un lugar tan concurrido como en el que prestaba sus servicios, la Estación de Sants en Barcelona.

Como una causa análoga a las anteriores también se ha situado la que justifica la obligación de todo el personal de guardar un mínimo de aseo e higiene personal. Estas reglas son elementales normas de conducta que tratan de garantizar la convivencia en el centro de trabajo⁵⁵⁷, el que no se quebrante el orden y la armonía en la empresa⁵⁵⁸. Si bien es cierto que su incumplimiento puede afectar a la imagen de la empresa hacia el exterior, su razón de ser obedece principalmente a evitar las disfunciones que esta falta de higiene puede generar por sus efectos en el resto de las personas de la empresa⁵⁵⁹ y en el desarrollo de la actividad laboral. De hecho, se trata de obligaciones mínimas⁵⁶⁰ que suelen venir exigidas en las normas convencionales para cualquier trabajador, sea cual fuera su actividad e independientemente de que realice su actividad cara al público. En definitiva, estas pautas de una mínima pulcritud, derivadas del deber de buena fe contractual⁵⁶¹, difícilmente pueden afectar a la libertad de configurar el aspecto, salvo que una interpretación flexible y no ajustada a su fundamento fuera la base para establecer exigencias desproporcionadas (corte de pelo, rasurado de la barba⁵⁶²).

También se alude al deber de convivencia en la empresa para justificar la existencia de unas mínimas y razonables normas de vestuario «no escritas». Si ni siquiera uno es absolutamente libre de ir como quiera por la vía pública⁵⁶³, es razonable que los trabajadores tampoco puedan presentarse de cualquier manera en el trabajo. No parece que se «pueda acudir a la empresa disfrazado de torero o de arlequín, como si celebrase el carnaval»⁵⁶⁴. La manera de mostrarse y el vestido «expresa la propia identidad y la consideración que merece quien con el sujeto se relaciona: el propio empresario y los demás trabajadores, no solo los clientes de la empresa»⁵⁶⁵. En este sentido, están fuera de lugar las apariencias manifiestamente inadecuadas⁵⁶⁶ por ridículas,

557 RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*, cit., p. 180.

558 ARGÜELLES BLANCO, M.R., «Uniformidad, apariencia externa y poderes empresariales», cit., p. 1

559 «(...) por las condiciones de trabajo en los que quedaría inmerso el resto de personal obligado a convivir con el infractor» BALLESTER PASTOR, I., «Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador...», cit., p. 30.

560 Sanción declarada procedente por conducta reiterada de falta de aseo personal, STSJ del País Vasco, 4 de noviembre de 2014 (Rec. núm. 2104/2014).

561 RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *ibídem*, p. 180.

562 STSJ de Valencia, de 29 de mayo de 1996 (Rec. núm. 3551/1995), ya citada.

563 Recuérdese las Ordenanzas que prohíben el desnudo, respecto a la de Barcelona STS Contencioso Administrativo, de 23 de marzo de 2015 (Rec. núm. 1882/2013).

564 GIL Y GIL, J.L., «Poder directivo y apariencia externa del trabajador», cit., p. 218.

565 CÁMARA BOTÍA, A., «La libertad de vestir del trabajador», cit., p. 30.

566 Por ello se entiende que el empresario «estaría habilitado para prohibir al trabajador acudir al puesto de trabajo con determinadas prendas o complementos que puedan constituir una exhibición física inadecuada o excesiva que no sea total y absolutamente normal desde el punto de vista de los usos sociales imperantes en cada momento», FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., «La prestación laboral de servicios como ámbito modulador de la imagen del trabajador», cit., p. 7.

provocativas u ofensivas hacia los demás⁵⁶⁷. El mantenimiento de la organización interna de la empresa precisa salvaguardar la convivencia de manera que el vestuario de cada uno no produzca perturbaciones o perjuicios en los derechos del resto de la plantilla⁵⁶⁸.

La mayoría de los conflictos sobre la libertad estética de los trabajadores suelen surgir en relación a esta última causa, la relativa al interés empresarial en salvaguardar la imagen de la entidad. Ya hemos mencionado la importancia de la imagen como un instrumento esencial con el que cuentan las organizaciones empresariales para lograr muchos de sus principales objetivos⁵⁶⁹. En las sociedades más avanzadas, basadas fundamentalmente en una economía de servicios, las empresas compiten en un mercado global en el que la «marca» que trasladan a la sociedad es uno de sus principales activos para la captación y el mantenimiento de los clientes. De ahí, que en la mayoría de las actividades del sector terciario las empresas cuiden especialmente que la imagen del personal se adecúe a los valores que quieren transmitir al mercado⁵⁷⁰. En muchas de ellas (comercio, hostelería, compañías de transporte...), en las que hay un contacto directo con el público o con el cliente, se suele argumentar que ha sido tradicional la utilización de la uniformidad, por lo que está plenamente aceptada por la sociedad. El uniforme no solo posibilita a los clientes la identificación de quién es trabajador y su función, sino también expresa la imagen corporativa de la entidad (seriedad, profesionalidad, exclusividad, elegancia, neutralidad...) u otros valores que se quieran reflejar.

No obstante, no en todos los supuestos en los que existe un interés empresarial relacionado con la actividad de la entidad, la causa tiene la misma intensidad. Aunque el aspecto de los trabajadores siempre importe a la empresa, las restricciones al mismo basadas en las exigencias de la propia explotación y en la consecución y el mantenimiento de la productividad deben estar conectadas entre sí, de tal manera que requieran una graduación. No hay duda de que el tipo de actividad a la que se dedica la empresa y el concreto puesto de trabajo que desempeña el empleado determinan una mayor posibilidad de que la apariencia pueda perjudicar los intereses de la compañía. La imagen y otros deberes de conducta se imponen con más rigor en aquellos sectores y puestos en los que la prestación se desempeña de cara al público y el personal tiene un contacto directo con los destinatarios de los bienes y servicios que la empresa proporciona. Pero aquí también se encuentran niveles distintos. Desde el mínimo que se conecta a que la imagen del personal no perjudique o frustre alcanzar los objetivos empresariales. Hasta un grado máximo en el que la vestimenta de los trabajadores pasa «a formar parte de la «marca» de la empresa, se incorpora como un signo distintivo más de la empresa» que indica que el trabajador «no está ahí como persona particular, como uno cualquiera, sino en el lugar de otro, del empresario»⁵⁷¹.

567 Así se pone como ejemplo un caso resuelto por los tribunales franceses sobre una trabajadora que se empeñaba en vestir una camisa transparente, que dejaba entrever los senos desnudos, Cfr. Cass. Soc., 22 de julio de 1986, núm. 82-43.824, no publicada, citado por GIL Y GIL, J.L., «Poder directivo y apariencia externa del trabajador», cit., p. 219.

568 CÁMARA BOTÍA, A., «La libertad de vestir del trabajador», cit., p. 30.

569 En esta línea se ha dicho que la imagen de la empresa «es el mayor bien patrimonial frente a una clientela tan difícil de adquirir y consolidar como fácil de perder» DEL REY GUANTER, S., «Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional» cit., p. 88.

570 Esta imagen «no es nunca gratuita ni siempre meramente identificatoria ya que está ligada a ciertos valores, criterios estéticos o conceptos sociales que la empresa quiere transmitir asociados al aspecto personal de sus trabajadores». GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Una cuestión de faldas (a propósito de la STS de 19 de abril de 2011)», *Aranzadi Social*, nº 4, 2011, p. 292.

571 CÁMARA BOTÍA, A., «La libertad de vestir del trabajador», cit., pp. 29-30.

Este grado coincidiría con lo que se ha denominado «trabajo estético»⁵⁷² en el que la imagen de los empleados es sustraída por la empresa y modelada para atender a los requerimientos del negocio⁵⁷³. Como se comprenderá, no todo vale, deben existir límites, regir esta cuestión únicamente por criterios de carácter economicista lleva a considerar a los trabajadores como un factor de producción más, olvidando que son personas que merecen un respeto a su dignidad y a los derechos que permiten su libertad y el libre desarrollo de su personalidad.

El valor «imagen de la empresa» no puede ser una excusa que ampare decisiones empresariales subjetivas que pueden llegar a ser meras preferencias o incluso opciones caprichosas y arbitrarias. Ya decíamos que es legítimo que la empresa quiera proyectar determinados valores (profesionalidad, confianza, seguridad, eficacia...)⁵⁷⁴ y también es cierto que la apariencia de los trabajadores podría favorecer esa difusión. Por eso, siendo admisibles en principio las exigencias por tal causa, no solo deben ser funcionales a tales objetivos sino también proporcionales, sin que impliquen restricciones excesivas, inútiles o superfluas.

Menos aún puede configurarse la imagen de la empresa atendiendo a los hipotéticos gustos o preferencias de los clientes o de los usuarios de los servicios como baremo para recortar los derechos fundamentales de los trabajadores. Ello puede llevar a amparar bajo el interés empresarial meros convencionalismos de la clientela⁵⁷⁵ o «inercias sociológicas trasnochadas»⁵⁷⁶. De hecho, los prejuicios sociales sirven para «externalizar» el conflicto de empresa-trabajador hacia cliente-trabajador⁵⁷⁷, posibilitando al empleador justificar su obligación de adaptarse a la imagen impuesta externamente a riesgo de provocar perjuicios en su actividad. Cuando se recurre a los usos sociales, se corre el peligro de aplicar los estereotipos o recelos ampliamente introducidos en la comunidad. Quizás, «solo juicios sociales que se consideren consolidados, extendidos y abiertos pueden aceptarse como fundamento de la limitación del derecho fundamental»⁵⁷⁸, siempre que sean acordes a los valores y bienes constitucionales.

572 Definido como «la movilización, el desarrollo y la modificación de disposiciones corporales de los trabajadores con objeto de proyectar una imagen determinada de la empresa, del mismo modo que esta se expresa también a través de símbolos impersonales (muebles, decoración, logotipos...)», ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», cit., p. 3.

Sobre esta cuestión, WARING, P., «Keeping up Appearances: Aesthetic Labour and Discrimination Law», *Journal of Industrial Relations*, nº 52, 2011 y DAHL, D.B., «Looking Neat on the Street: Aesthetic Labour in Public Parking Patrol», *Nordic Journal of Working Life Studies*, nº 2, 2013.

Accesibles respectivamente en: <<http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0022185610397141>>.

<<https://tidsskrift.dk/njwls/article/view/26757>>.

573 La imagen del trabajador se convierte en el emblema de la empresa con una finalidad esencialmente promocional o comercial. VILLALBA SÁNCHEZ, A., «Los derechos fundamentales inespecíficos como límite al poder de dirección del empresario: cuestiones relativas a la imagen del trabajador», cit., p. 8.

574 Incluso ha de considerado que los valores que la empresa intenta difundir y la manera de hacerlo requieren de cierta validación externa, en el sentido de que coincidan «con la opinión más extendida acerca de ellos y de la forma de transmitirlos» GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Una cuestión de faldas (a propósito de la STS de 19 de abril de 2011)», cit., p. 298.

575 AGRA BIFORCOS, B., «El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo...», cit., pp. 47 y 50.

576 SERRA CALLEJO, J., «La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas», cit., p. 104.

577 SÁNCHEZ TORRES, E., «Mercadotenia y derechos fundamentales de los trabajadores: a propósito de la STC 84/2006, de 27 de marzo», cit., p. 5.

578 GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Una cuestión de faldas (a propósito de la STS de 19 de abril de 2011)», cit., p. 298.

De todas maneras, como se adelantó, en estos casos en los que se alega el interés empresarial frente a los derechos o libertades fundamentales de los trabajadores, no solo la causalidad es el elemento que determina la legitimidad de la medida, sino que estamos ante un conflicto de derechos que han de ser ponderados. En la aplicación del juicio de proporcionalidad en sus tres vertientes hay que atender a muchas otras circunstancias concurrentes en la realidad, que sirven para dilucidar sobre la adecuación, necesidad y el equilibrio de las exigencias. Junto a numerosos factores, algunos ya señalados, como el sector y el tipo de actividad de la empresa, el puesto de trabajo y las funciones que realiza el trabajador, los usos establecidos para las mismas actividades en ese sector, entre otros, se ha de contemplar también la exigencia en sí, es decir el tipo de medida en concreto y su intensidad. Este va a ser el criterio que vamos a utilizar en el siguiente apartado para realizar una exposición sobre la posición de nuestros tribunales ante esta clase de conflictos, excluyendo para su estudio específico posterior las situaciones en las que además de la libertad de configurar la apariencia, posiblemente se comprometen otros derechos fundamentales de los trabajadores.

4.2.3. Tipo de restricciones y respuesta judicial

Venimos apreciando que las medidas en relación al aspecto externo en el entorno laboral no solo inciden en la libertad de vestir en sentido estricto, sino que pueden ser pautas que vayan más allá y marquen criterios que afecten a otros complementos u adornos que acompañen a la vestimenta y al calzado (joyas, accesorios para el pelo, maquillaje, gafas, bolsos...) o incluso limiten la fisonomía de la persona (tipo de corte, peinado o color del pelo, normas sobre el vello facial o las uñas, reglas sobre el maquillaje, los tatuajes...). Asimismo, cuando se marcan reglas sobre vestuario tampoco las restricciones tienen la misma intensidad, a veces existe una predeterminación absoluta a través de la obligatoriedad del uso de un uniforme y en otras ocasiones se acude a otro tipo de cláusulas más generales («correcto estilo de vestir», «traje habitual de negocios» «chaqueta y corbata») que dejan una mayor libertad a los empleados. Incluso esta autonomía puede ser más amplia porque únicamente se prohíban determinadas prendas (pantalón corto, pantalón vaquero, zapatillas deportivas...).

Es difícil realizar una clasificación cerrada según el grado de intensidad, puesto que en ocasiones hay que tener en cuenta las circunstancias concretas de cada supuesto. Así, quizás, la mayor afectación a la identidad de la persona y a sus libertades pueda producirse con la prohibición de una sola prenda u objeto (el velo islámico, un crucifijo) porque estos elementos podrían estar tan estrechamente vinculados a su modo de ser, sentir y estar por motivos religiosos (o ser obligatorios según su fe) que su privación resultaría especialmente lesiva desde esa consideración individual. Incluso, podría pensarse en el supuesto contrario, que la imposición del uso de una única prenda, por el carácter especialmente humillante o sexista de la misma, genere un significativo perjuicio en la persona.

Pero dejando por ahora de lado estas situaciones específicas y atendiendo principalmente a la libertad individual de elegir la apariencia o imagen, las exigencias respecto a la misma han de considerarse más intrusivas cuando el aspecto no solo se condiciona en tiempo y lugar de trabajo sino que resulta afectado al margen de la actividad laboral, en la vida privada, porque las condiciones requeridas tienen un carácter permanente, no pueden revertirse a la salida del trabajo.

Por ello, utilizando el criterio de mayor o menor afectación a la libertad de configurar la imagen, con las posibles excepciones que pueda ofrecer la vasta realidad, nuestro análisis se

centrará en: A. La exigencia de elementos inmutables, B. El establecimiento de una uniformidad y C. Las pautas generales sobre vestuario o la prohibición de determinadas prendas.

A. La exigencia de elementos inmutables

Este tipo obligaciones respecto a la apariencia por motivos laborales pueden implicar una limitación de la esfera personal del personal, de su libertad para adoptar una imagen externa acorde a sus propios gustos en su vida privada. Ello sucede cuando se imponen ciertas restricciones (relativas al vello facial, los cabellos, los tatuajes) que predeterminan el aspecto tanto dentro como fuera del trabajo. En este contexto han sido señaladamente significativos los conflictos que han afectado a los varones respecto a su libre decisión de lucir barba, perilla, bigote u optar por ir rasurados. Desde antiguo, el TCT⁵⁷⁹ tuvo que pronunciarse –sin abordar la cuestión respecto al art. 18 CE, sino en relación al art. 14 CE– sobre el carácter discriminatorio de la prohibición a los auxiliares de vuelo de Iberia de «usar barba o similar», opción libre para los pilotos y oficiales técnicos a bordo. En su breve resolución dejó constancia de una afirmación de gran interés⁵⁸⁰ al situar el conflicto en el ámbito de la libertad de la persona y requerir la necesaria justificación para su restricción.

Pero uno de los asuntos más conocidos, al que ya hemos hecho referencia, es el popularmente denominado como el caso de la barba del camarero o barman que originó la STC 170/1987. Aunque el trabajador planteó el conflicto, alegando, entre otros preceptos, la aplicación del art. 18 CE pues entendía que «la decisión sobre si la estética corporal es favorecida o no por el uso de la barba, es parte integrante de la intimidad y el derecho a la propia imagen de la persona» el Tribunal nos privó de esta valoración. Acreditada la costumbre del sector que imponía tales restricciones, «convirtió» el asunto en una cuestión de mera legalidad, a pesar de que se reconociera que lo discutido en el proceso era si la decisión personal sobre la apariencia física del trabajador «puede o no limitarse o condicionarse en virtud de las relaciones laborales en que desarrolla su actividad profesional»⁵⁸¹.

Con posterioridad, se observa un cambio de tendencia en la doctrina de suplicación. Son muestra de ello tres sentencias que comparten una circunstancia en común, se trata de trabajadores que realizan su actividad en contacto con el público (un camarero, un cocinero en el sector de la hostelería y un dependiente de una gran cadena de supermercados). Se ha de resaltar especialmente la primera de ellas⁵⁸² por varias razones. En primer lugar, considera que la decisión o no de favorecer con el uso de la barba la estética corporal es parte integrante de la intimidad personal y

579 STCT de 26 de febrero de 1986. RTCT 1986\1345.

580 «(...) toda restricción del área de decisión de la voluntad individual ha de tener una justificación que ampare la limitación de la libertad del individuo, y en este supuesto, que la prohibición atenta contra los derechos fundamentales, y sin justificación alguna, por lo que su mantenimiento es totalmente antijurídico» (FJ 3º).

581 A pesar de la falta de pronunciamiento sobre los derechos fundamentales involucrados, de la sentencia se puede extraer que la relación laboral puede suponer un límite a la autodeterminación del trabajador en materia de apariencia personal y que es lícita la regulación normativa para limitar los derechos en juego, CÁMARA BOTÍA, A., «La libertad de vestir del trabajador», cit., p. 17.

582 STSJ de Madrid, de 26 marzo de 1992 (Rec. núm. 15752/1989). Resuelve la demanda presentada por un camarero de un hotel para que se reconociera su derecho a llevar bigote y perilla en el ejercicio de sus funciones. En el hotel se prohibía al personal de bar y comedor que prestaba servicios cara al público el uso de barba o perilla «por mucho que esté recortada, aunque sí se autoriza el bigote siempre que no alcance el labio inferior».

del derecho a la propia imagen, siendo una de las primeras resoluciones que integra esta libertad en conexión con ambos derechos. Por otra, se afirma que tales derechos pueden ser limitados, pero no por decisiones gratuitas, caprichosas o inmotivadas, sino «por la necesaria adecuación que debe existir entre la función que realiza el titular y los presupuestos esenciales que le son exigibles en relación a las características de la actividad», como pudiesen ser el aseo personal y la higiene necesaria en este tipo de establecimientos de hostelería y la presencia personal acorde al centro y concurrentes. No dándose estas circunstancias «el uso debe ceder ante el derecho que garantiza el art. 18 de la Constitución Española a configurar la propia imagen y a la intimidad personal». En los otros dos conflictos⁵⁸³, en los que los trabajadores se habían dejado una perilla «recortada y aseada», los tribunales tampoco encuentran una justificación a la orden del afeitado, pues vinculándola a la higiene, apreciarán en el caso concreto el correcto aseo y cuidado de ambos empleados.

En realidad, aunque en ninguna de las resoluciones se mencione de manera manifiesta, acuden a la aplicación de la proporcionalidad⁵⁸⁴ ante la presencia de una posible afectación a la libertad personal del empleado, valorando la justificación de la medida empresarial y el sacrificio que de ella se deriva para aquel. Como se comprueba, este tipo de exigencias, especialmente establecidas en el sector de hostelería, han estado vinculadas a la finalidad de proporcionar al público una sensación de limpieza o pulcritud⁵⁸⁵. El cambio de criterio judicial a la hora de valorar tales restricciones tiene mucho que ver con la propia evolución de las concepciones sociales sobre una apariencia o imagen cuidada y aseada. De hecho, estas reglas se enmarcaban tradicionalmente⁵⁸⁶ en «los deberes de decencia o decoro, según el tiempo, lugar y tipo de trabajo»⁵⁸⁷, en lo que hoy se puede entender como la obligación de aseo, limpieza y corrección, a la que vinculan la generalidad de las normas colectivas. Ya afirmamos que se trata de un deber mínimo, derivado de la buena fe contractual⁵⁸⁸ o de la diligencia⁵⁸⁹, del que de forma muy expresiva se ha dicho «de una manera u otra: el trabajador debe ser limpio, no oler mal»⁵⁹⁰.

583 La STSJ de Valencia, de 29 de mayo de 1996 (Rec. núm. 3551/1995) resuelve sobre el despido de un dependiente de un supermercado por no cumplir de manera reiterada la orden de afeitarse. El trabajador se había dejado una perilla corta y cuidada. Aunque la empresa alegó el incumplimiento de la cláusula contractual en virtud de la cual «el trabajador se compromete a no utilizar pantalón vaquero, ni zapatillas deportivas, asimismo se obligará a observar un riguroso aseo personal (ropa de trabajo limpia, bien peinado, manos y uñas limpias...) como requiere el desarrollo de una actividad dedicada a la manipulación de alimentos frescos», el tribunal estimó la improcedencia del despido. El empleado siempre había asistido a su puesto de trabajo observando un correcto aseo personal, sin que hubiese habido queja alguna sobre él. Tampoco se aprecia la existencia de un uso o costumbre que prohíba el uso de la barba, existiendo prueba en contra de que otros trabajadores, también en contacto con el público, llevaban bigote y perilla de largo superior a la del actor.

En la STSJ de Madrid, de 18 de abril de 2001 (Rec. núm. 1405/2001) se resuelve la demanda de tutela de derechos fundamentales presentada por el cocinero de una cafetería que desde su contratación lucía bigote y posteriormente empezó a llevar una perilla «recortada y aseada, igual que el bigote».

584 CÁMARA BOTÍA, A., «La libertad de vestir del trabajador», cit., p. 18.

585 VILLALBA SÁNCHEZ, A., «Los derechos fundamentales inespecíficos como límite al poder de dirección del empresario...», cit., p. 7.

586 Así, la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 contemplaba en el art. 77 j) como una de las causas de despido «la falta de aseo, siempre que sobre ella se hubiera llamado repetidamente la atención al trabajador y sea de tal índole que produzca queja justificada de los compañeros que realicen su trabajo en el mismo local que aquel».

587 GIL Y GIL, J.L., «Poder directivo y apariencia externa del trabajador», cit., p. 219.

588 RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*, cit., p. 180.

589 CÁMARA BOTÍA, A., «La libertad de vestir del trabajador», cit., p. 16.

590 AUVERGNON, P., «Poder de dirección y respeto a la persona asalariada», *Relaciones Laborales*, nº 2, 2005, p. 6.

Por ello, estas causas relacionadas con la limpieza y el aseo no pueden privar a los varones de una opción personal de este calado respecto a si desean o no llevar tales adornos capilares, cuando muchas veces la orden puede estar guiada simplemente por los gustos o preferencias del empleador. Bastaría con que tales elementos, como cualquier otro de su fisonomía, estén aseados. Tampoco resultaría suficiente⁵⁹¹, apelar a la imagen de empresa o a la apariencia que el personal debe reflejar frente a la clientela, causa que también puede entreverse en las sentencias anteriores. De hecho, actualmente, los convenios colectivos⁵⁹² o las normas unilaterales de indumentaria⁵⁹³ que de manera más restrictiva condicionan el aspecto de los trabajadores en base al interés de la empresa a proyectar una concreta imagen, al referirse a esta cuestión, admiten estas opciones siempre que estos elementos se lleven limpios y arreglados.

Ni siquiera parece una justificación bastante para prohibir estos elementos (barba, perilla o bigote), las causas relacionadas con la seguridad, salud e higiene en el trabajo⁵⁹⁴ siempre que sea posible establecer otras disposiciones que alcancen los mismos objetivos con un sacrificio menor para los trabajadores. Así, cuando por razones de higiene alimentaria es necesario evitar el riesgo de que puedan caer cabellos y llegar al producto, basta con establecer medios de retención o cobertura, como las redecillas u objetos similares⁵⁹⁵.

La largura del cabello también parece ser un problema, en este caso para los varones, porque, a nuestro entender, siguiendo estereotipos de masculinidad desfasados o costumbres muy tradicionales se les prohíbe el pelo largo o se les exige un corte de pelo «clásico». Esto sucede en el ámbito público en la mayoría de los cuerpos policiales. De ello son muestra varias resoluciones judiciales, sobre la sanción a un policía local que llevaba el pelo recogido en

591 De igual opinión, sobre la insuficiencia de la justificación de una «imagen» determinada de cara al público cuando se trata de rasgos de la apariencia que no se pueden hacer o deshacer al entrar o salir del trabajo. Así, se afirma que «tener barba aseada, por lo demás, no es algo que se pueda considerar un hábito asociado a una marginalidad social o a «tribus urbanas» de modo que desmerezcan la imagen que quiera dar cualquier empresa» GONZÁLEZ DE BIEDMA, E., «La apariencia física del trabajador y el contrato de trabajo: una aproximación al problema», cit., p. 693.

592 Por ejemplo, el Convenio de Disney Store de España respecto a esta materia establece «Bigote/Barbas: Ambas posibilidades deberán estar limpias y bien arregladas».

593 Así en el Manual operativo del Departamento de Servicio al pasajero del Aeropuerto de Palma, consta «afeitado diario y limpio, bigotes y barbas cuidados». Puede verse en SJS Palma de Mallorca de 6 de febrero de 2017 (Proc. 476/2016).

594 Respecto a este asunto, ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», cit., p. 21 se refiere a un conflicto judicial en USA, *Fitzpatrick v. City of Atlanta*, 11º Circuito, 1993, sobre la prohibición de barba en el cuerpo de bomberos. En el caso se valoraba la posible discriminación indirecta racial porque el afeitado produce una dolencia llamada pseudofoliculitis de la barba que es muy frecuente en los hombres de raza negra y muy poco habitual entre los de raza blanca. Aunque se apreció el impacto desfavorable, se consideró que existía un motivo suficiente de seguridad y salud de los trabajadores ya que la barba está desaconsejada para el uso de equipos de respiración autónoma.

595 En este sentido, el Convenio colectivo de Trabajo de Gallina Blanca, S.A. (BOE 28 de julio de 2003), regula en el Anexo VI las normas de seguridad, sanidad e higiene, estableciendo en el art. 6 respecto a esta materia para las zonas de producción:

«Pelos: Los pelos del bigote, patillas o barba, del personal que circule o permanezca en las áreas de la zona de producción especificadas en el apartado 1) de estas normas, deberán estar cortados de modo que no sobresalgan de una longitud de 2 cm (dos centímetros). En caso contrario, es decir, cuando los pelos del bigote, patillas o barba superen los 2 cm de longitud, las zonas que rebasen dicha medida deberán estar cubiertas por redes u otro medio de retención apropiado».

una coleta⁵⁹⁶, a un policía nacional que lucía el pelo largo «con las puntas hacia fuera»⁵⁹⁷ o la impugnación de un varón guardia civil de la resolución que le negaba la falta de autorización para llevar el pelo como marcaba la normativa para las mujeres invocando la prohibición de discriminación por razón de sexo⁵⁹⁸. En este último caso, el Tribunal negará esta opción atendiendo a las reglas aplicables⁵⁹⁹ según las cuales «en los hombres el corte de pelo será el clásico en disminución hacia el cuello de forma que este quede al descubierto aproximadamente 2 cm. por encima del borde de la camisa, así como de los pabellones auditivos», mientras que para las mujeres se ordena «que el cabello se llevará recogido o en trenza cuando excede en longitud del borde superior del cuello de la camisa, que permitirá encajar debidamente la prenda de cabeza y su longitud no rebasará de la altura de los hombros». La Sentencia negará tal discriminación⁶⁰⁰ en atención a que tales normas obedecen a los usos y los patrones sociales, unidas a la imagen esmerada que se busca para los miembros del cuerpo, donde las diferencias entre ambos sexos no son relevantes ni fundamentales. Argumentación que se ha considerado que probablemente sería muy discutible en un caso laboral pero «no en este por el carácter militar del cuerpo en el que la uniformidad desempeña un importante papel»⁶⁰¹. No obstante, consideramos que la trascendencia que en este ámbito se da a la uniformidad tampoco puede justificar pautas discriminatorias por razón de sexo que precisamente conforme a los cambios de las concepciones

596 La impugnación de la sanción llegará hasta el TC dando lugar a la STC 120/1996 que la anulará por el incumplimiento del principio de legalidad. Así, se le había sancionado en base a un Decreto de la Alcaldía sin que fuese competencia del Ayuntamiento decidir sobre las reglas de uniformidad. No podemos dejar de mencionar algunas de las expresiones de la segunda Resolución sancionadora en la que atribuyen su indisciplina entre otras conductas al «hecho de vestir de uniforme en el servicio ostentando una «coleta» de pelo aparentemente de su propio cabello, lo cual (...), dada su consideración de varón, es considerado impropio, y síntoma inequívoco de la indisciplina a que anteriormente se alude».

Por igual razón, la STSJ (Contencioso-Administrativo) de Madrid, de 21 de diciembre de 2012, (Rec. núm. 430/2009) anulará el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de San Lorenzo de el Escorial, de 23 de enero de 2009, que recoge la Orden de Jefatura número 01/2009 sobre prestación de servicios por parte de la policía local en lo referente a la presentación, imagen y aseo. Se establecía con toda minuciosidad las conductas que podían ser sancionadas. En relación al cabello de los varones, se disponía: «El pelo de la cabeza se llevará de color natural corto y bien peinado no excediendo en longitud la parte inferior del cuello y no deberá tapar las orejas, evitándose en todo lo que sea excesivo y ajustándose al decoro e imagen propia de un funcionario de Policía uniformado. Queda expresamente prohibido el uso de las denominadas rastas o llevar el pelo largo rapado en distintas zonas de la cabeza o utilizar cualquier tipo de peinado que no se ajuste a la normalidad. No se podrá teñir el pelo de la cabeza en ningún caso, salvo los expresamente autorizados por la jefatura del cuerpo de la policía local y por las causas debidamente justificadas en beneficio de la imagen personal».

597 STSJ (Contencioso-Administrativo) de Madrid, de 11 de junio de 2003 (Rec. núm. 274/2000.). La sanción será anulada al no considerar que había una falta de aseo y valorar que las normas de uniformidad se refieren al «traje peculiar y distintivo», no a la forma de llevar el pelo. Así se afirma que «no se puede predicar que la uniformidad a la que están obligados los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía comprenda la obligación de llevar el pelo de una determinada y única manera o de una determinada longitud» (FJ 2º).

598 STSJ (Contencioso-Administrativo) de Madrid, de 11 de abril de 2011 (Rec. núm. 600/2008).

599 Circular 3/1996, de 19 de junio en la que se impartían las instrucciones sobre uniformidad y policía de todos los componentes de esta institución.

600 En el mismo sentido se pronuncian también las SSTSJ de Cataluña, de 18 de septiembre de 2002 (Rec. núm. 349/1998) sobre la policía autónoma de Cataluña y de 20 de marzo de 2007 (Rec. núm. 1019/2003) sobre la policía local de Mataró.

601 CÁMARA BOTÍA, A., «La libertad de vestir del trabajador», cit., p. 22.

sociales son difícilmente asumibles⁶⁰². Más aún cuando se trata de exigencias que inciden con mayor intensidad en el derecho a la propia imagen y en la vida privada del empleado puesto que obligan a una apariencia que resulta irreversible a la hora de salir diariamente del trabajo, esto es, que no puede ser alterada cotidianamente al fin de cada jornada laboral⁶⁰³. Una imagen aseada, correcta y cómoda para desempeñar la actividad se logra tanto con el cabello corto como con el pelo recogido, de igual manera para los varones y las mujeres. Además, incluso en este sector, que siempre ha sido más estricto con el aspecto de los prestadores del servicio, se está evolucionando hacia una mayor apertura, que trata de evitar las discriminaciones por razón de sexo, tal y como demuestran las pautas relativas a los tatuajes en el Ejército o en la Guardia Civil⁶⁰⁴.

En el ámbito privado laboral, los conflictos que se han suscitado ante requerimientos relacionados con condiciones inalterables fuera de la empresa respecto al cabello, las uñas, los tatuajes o los *piersings* no han sido tan numerosos porque las normas no suelen ser tan restrictivas. Cuando las hay, se trata generalmente de regulaciones unilaterales de la empresa⁶⁰⁵, en puestos de trabajo de atención al público, fundamentadas en la proyección exterior de la imagen corporativa a través de los empleados, aunque esta exigencia no derive de las tareas o funciones principales. Es el caso de los auxiliares de vuelo⁶⁰⁶ o el personal de atención a los pasajeros en el Aeropuerto⁶⁰⁷. Los Tribunales han entendido razonables tales obligaciones porque responden a «consideraciones organizativas empresariales adoptadas con la finalidad de dar a la clientela una buena imagen de la empresa»⁶⁰⁸ o un mejor servicio. Ahora bien, hay casos en los que se reconoce que la negativa del personal a cumplir tales órdenes está fundamentada en bienes de interés superior, como su propia salud. Es el supuesto de una ayudante de camarera despedida por no quitarse un *piercing* al

602 También se han considerado controvertidas estas normas por VICENTE PACHÉS, F., «El derecho a la libre apariencia física-estética en las relaciones de trabajo: una aproximación desde una perspectiva de sexo-género», cit., p. 13.

603 GONZÁLEZ DE BIEDMA, E., «La apariencia física del trabajador y el contrato de trabajo: una aproximación al problema», cit., p. 694.

604 Aún sigue prohibida su visibilidad con el uniforme, tal y como confirma la STSJ (Contencioso-Administrativo) de Madrid, de 22 de mayo de 2017 (Rec. núm. 702/2016) en este supuesto para Guardia Civil. Pero ante un conflicto que saltó a los medios de comunicación por la denuncia de varios partidos políticos –sobre el caso de una psicóloga madrileña que se presentó a las pruebas de selección para el Cuerpo Militar de Sanidad y fue rechazada por llevar un tatuaje en el empeine del pie derecho–, el Ministerio de Defensa ha modificado la normativa para evitar la discriminación por razón de sexo. Ahora, la prohibición de exhibir tatuajes se limita al uniforme con pantalón de uso común para hombres y mujeres militares. Se quiere evitar que se excluya a la mujer de las pruebas de acceso cuando porta un tatuaje solo visible con el uniforme en su modalidad exclusivamente femenina.
<www.efe.com/efe/espana/politica/defensa-limita-la-prohibicion-de-exhibir-tatuajes-al-uniforme-con-pantalon/10002-3677029>.

605 Salvo algún convenio colectivo, como el mencionado de Disney Store Spain.

606 Recuérdese la ya citada STSJ de las Islas Canarias, de 20 de diciembre de 2001, en la que solo constan las exigencias femeninas puesto que era lo impugnado por los demandantes. Respecto a las que podían afectar a la trabajadora fuera del entorno laboral, hay que señalar la relativa al cabello. Así se disponía que «los peinados permitidos, son pelo corto sin rapados en nuca o patillas, media melena cuya longitud no exceda del cuello, moño no demasiado alto, cola cuya longitud no exceda de los hombros, el flequillo no deberá sobrepasar la altura de las cejas, no permitiéndose peinados ultramodernos».

607 SJS de Palma de Mallorca, 6 de febrero de 2017, (Proc. 478/2016). Se refiere al personal de handling o atención a los pasajeros de la empresa Acciona Airport Services S.A.U. Aunque en otros aspectos es una norma muy detallada, sobre todo en relación a conductas en el puesto de trabajo, en las exigencias relativas al cabello solo se indica «peinados: cabellos limpios y recogidos» y respecto a los piercings, «no aceptados, en todo caso deben ser invisibles».

608 FJ 4º. STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas), de 20 de diciembre de 2001.

probarse que su oposición era temporal, hasta que la herida cicatrizase, siguiendo las instrucciones técnicas que le habían dado para evitar una lesión en su salud o en su aspecto físico⁶⁰⁹.

Pero cuando solo se alude al derecho a la imagen, como ya afirmamos, estas restricciones o esta manipulación del aspecto tan extremada de los trabajadores, especialmente de las mujeres, cuando entre sus funciones no está la de aportar su imagen al trabajo –como es el caso de las modelos profesionales– puede resultar excesiva y carente de una justificación objetiva y razonable suficiente⁶¹⁰. E incluso, como veremos, suponer una discriminación por razón de sexo si estas cargas estéticas impuestas a la mujer son desproporcionadas en relación con las que se establecen para el varón.

B. El establecimiento de una uniformidad

El uso de una determinada vestimenta de trabajo es objeto de una regulación frecuente en la norma convencional que, en atención a su finalidad, suele distinguir entre la ropa de trabajo y el uniforme en sentido estricto. La primera pretende facilitar el desarrollo de la actividad laboral, procura una mayor comodidad al personal al tener más libertad de movimientos, evita que ensucien su propio vestuario y principalmente protege la higiene del medio de trabajo y en ocasiones la salud de los trabajadores⁶¹¹. Piénsese en este sentido en las batas que utiliza el personal de laboratorios, de farmacia o en los lugares donde manejan productos alimenticios (carnicería, cocinas...) o en los monos, buzos o petos utilizados en trabajos de producción, talleres mecánicos...

Este tipo de prendas vienen impuestas por la normativa legal y convencional vinculando tanto a la empresa a su suministro como a los trabajadores a su debida utilización y conservación. Dada la necesidad de su uso en atención a las causas descritas, vinculadas a las funciones o actividades laborales concretas, su obligatoriedad no ha planteado problemas de colisión con el derecho a la propia imagen u otros derechos fundamentales de los trabajadores. De hecho, no existen reclamaciones en este sentido, a salvo de algún conflicto concreto, en el que la empresa de manera desproporcionada ha querido imponer pautas de vestuario, más allá de la funcionalidad de la ropa de trabajo⁶¹².

Las posibles controversias se suscitan respecto a la uniformidad en sentido estricto, es decir, en atención al vestuario que fundamentalmente se establece para el personal que está en contacto

609 STSJ de Cataluña, de 17 de agosto de 2000 (Rec. núm. 802/2000).

610 Comparten esta idea, BALLESTER PASTOR, I., «Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador...», cit., pp. 30-31, AGRA BIFORCOS, B., «El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo...», cit., p. 43 y GARCÍA ORTEGA, J., «La protección del derecho a la imagen en el ámbito de las relaciones laborales», cit., pp. 357-358, entre otros.

611 No en todos los casos el vestuario laboral protege al trabajador de determinados riesgos laborales, así, el RD 773/1997 sobre la utilización de los EPIs excluye específicamente de esta clasificación a las prendas de trabajo corriente y uniformes que no estén específicamente destinados a proteger la salud o la integridad física del trabajador [art. 2.2 a)].

Sobre la no consideración de ropa de trabajo «especial» en relación a los uniformes de los conductores TSJ Asturias, de 30 de octubre de 2015 (Rec. núm. 2011/2015).

612 Así, la STSJ de Madrid, de 19 de junio de 2017 (Rec. núm. 644/2016) anula un Manual del Empleado que imponía reglas sobre la ropa que debían de llevar los trabajadores bajo la bata laboral (tipo de zapatos, largura de la falda y el pantalón, tipo de blusa o camiseta...). El Tribunal considera que la empresa está facultada para establecer una uniformidad siempre que existan argumentos objetivos razonables y proporcionales. En el caso concreto ya existía un uniforme, por lo que la sentencia estima que la regulación de la ropa que los empleados llevan bajo el uniforme e incluso antes de acceder al puesto de trabajo, excede del poder de dirección empresarial.

con el público, cuya finalidad principal⁶¹³ es que transmitan mediante esa relación con los clientes o usuarios una imagen conectada con ciertos valores que la empresa considera relevantes desde el punto de vista comercial. Las referencias a la imagen de la empresa como causa suficiente para la imposición de un determinado vestuario son constantes en las resoluciones judiciales que han abordado esta cuestión en relación al derecho a la propia imagen del personal en aquellas actividades laborales que tienen relación con el público. Así, se alude a la genérica finalidad de «dar a la clientela una buena imagen de la empresa a través de una adecuada uniformidad en el vestir»⁶¹⁴ y a la proyección de una imagen en condiciones de igualdad con otras empresas del mismo sector⁶¹⁵ o simplemente a la relación del empleado con el público⁶¹⁶.

Aunque la imposición de un uniforme supone una mayor limitación en la libertad de vestir del personal que otras cláusulas de carácter general con las cuales se dejan más opciones al personal, en la práctica no ha habido prácticamente litigios donde se haya discutido la obligación en sí de portar la uniformidad. Los pleitos han versado sobre las circunstancias concretas del vestuario cuando podrían verse afectados otros derechos fundamentales (Caso AVE, Caso Clínica San Rafael, entre otros). Quizás la costumbre instaurada en determinados sectores de actividad (hostelería, restauración, sanidad, compañías aéreas, comercio...) conduce a que su uso sea percibido como socialmente aceptable y normalizado siempre que, obviamente, no suponga por sus características una afectación a la dignidad de la persona u a otros derechos o libertades.

Así, los tribunales reconocen que, a falta de una regulación legal o convencional, esta amplia y genérica causa relacionada con la proyección exterior de la entidad, legítima a la empresa para que en ejercicio de su poder de dirección decida sobre la existencia de una uniformidad y opte por las prendas concretas que la configuren. La doctrina académica matiza esta interpretación tan laxa, requiriendo que en todo caso exista un interés comercial o empresarial relevante⁶¹⁷ y que haya una relación razonable entre la exigencia del uso del uniforme y la razón por la cual se impone⁶¹⁸.

Sobre la misma cuestión una sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid (no publicada) anula el cambio de centro y la modificación de la jornada de una trabajadora de una óptica que denunció la práctica empresarial de obligar a las mujeres a trabajar solo con ropa interior bajo la bata mientras se permitía a los varones llevar ropa de calle bajo esta, siempre que no fueran pantalones cortos y zapatillas deportivas. Se comenta este conflicto en el *Boletín Digital Departamento Confederal de la Mujer (UGT)*, nº 53, octubre 2009. Accesible en, <<http://portal.ugt.org/Mujer/crisalida/00053/Sentencias.html>>.

613 Como ya se valoró en otro momento, la obligación de portar una uniformidad puede obedecer simultáneamente a varias razones. Hacia el exterior el uniforme tiene una gran utilidad porque facilita a los clientes y/o usuarios la identificación del personal de la empresa. También puede buscar finalidades de organización dentro de la empresa, cuando se pretende una homogeneidad en el vestuario de sus trabajadores que puede ayudar a crear la idea de unidad y de trabajo en equipo, reforzando la identidad empresarial. Igualmente sirve para distinguir dentro de la empresa al personal según el nivel jerárquico y la responsabilidad que ocupan. GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Una cuestión de faldas (a propósito de la STS de 19 de abril de 2011)», cit., pp. 293 y ss.

614 SSTSJ de las Islas Canarias, de 20 de diciembre de 2001 y de Andalucía, de 27 de noviembre de 2008 (Rec. núm. 2/2008) en la que se alude también «Máxime cuando tales exigencias, como la presente, responden a trabajo de un determinado nivel en la empresa, que han de efectuarse cara al público».

615 Así, «con la instauración de un novedoso y moderno medio de comunicación, como es el AVE, trata de «uniformar» a quienes de manera constante y habitual proyectan sobre los clientes la imagen de la compañía, en condiciones de igualdad con otras empresas dedicadas a idéntica o semejante actividad» STS, de 23 de enero de 2001 (Rec. núm. 1851/2000) (FJ 4º).

616 STSJ de Castilla-La Mancha, de 22 de enero de 2009 (Rec. núm. 865/2008).

617 AGRA BIFORCOS, B., «El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo...», cit., pp. 42 y ss.

618 DE VICENTE PACHÉS, F., *El derecho del trabajador al respeto...*, cit., p. 365.

En este sentido, se ha criticado, a nuestro parecer con acierto, que muchas sentencias partan de la afirmación de que la facultad de establecer la uniformidad corresponde al ejercicio «ordinario y cotidiano» del poder organizativo empresarial y de ahí estimen de manera indiscutida que la empresa pueda obligar a la uniformidad que resulte más favorable a sus intereses, en aras a transmitir una concreta imagen a los terceros⁶¹⁹. Parece que se establece una especie de regla general en favor de la licitud de la uniformidad decidida por la empresa cuando, aún reconociendo que en muchas de estas actividades puede estar justificada tal exigencia, el control judicial debería ser al revés. En principio la uniformidad no es preceptiva por lo que cuando se impone se tendría que revisar la justificación de la misma⁶²⁰, aunque no sea difícil fundamentar tal circunstancia.

No vamos a insistir en cómo se ha de interpretar esta causa, pero sí al menos recordar que se deben tener en cuenta multitud de factores o circunstancias a la hora de valorarla. Por un lado, en la apreciación de la utilidad o interés alegado por la entidad necesariamente ha de influir el sector de actividad, el tipo de empresa, su dimensión y, por supuesto, la prestación o funciones que desempeñan los trabajadores. No parece que en puestos de trabajo sin relación directa con el público tenga consistencia la proyección al exterior de la organización como base de la uniformidad.

Además, superado este filtro y estando justificada la imposición de una vestimenta laboral, es preciso determinar si las prendas también lo están. Recuérdese que prácticamente el único límite al que aluden los tribunales en esta materia es precisamente este: el respeto a la dignidad del trabajador, a sus libertades y derechos fundamentales. Como veremos, aún estando plenamente fundamentada la imposición de un uniforme, este puede ser ilegítimo, por denigrante, indigno, discriminatorio, vulnerador de la libertad religiosa, lesivo al derecho a la intimidad, entre otras razones. Pero sin llegar al extremo de una afectación a los bienes más protegidos, cabe exigir también que la vestimenta impuesta sea adecuada, juicio de valor que no solo debería de atender a la concepción particular de la empresa, sino a la percepción social, general y profesional de lo apropiado en ese sector de actividad, tomando en cuenta los hábitos sociales y la aceptación generalizada por los trabajadores que realizan esas funciones como algo «normal y habitual»⁶²¹. Otra cuestión que a veces se olvida en relación a la adecuación del atuendo laboral es que este debe facilitar la realización de las tareas desde la perspectiva de la comodidad y el confort. Aunque no exista una previsión normativa específica, esta obligación empresarial ha de entenderse incluida en el deber general de seguridad que recogen y detallan los arts. 14 y 15 LPRL, que vincularía a suministrar una vestimenta o ropa laboral que, permitiendo el desempeño de la prestación, se adapte mejor a las características de la persona y al concreto puesto de trabajo⁶²².

619 CRUZ VILLALÓN, J., «Derecho a la propia imagen y discriminación de la mujer en el trabajo», cit., p. 81.

620 *Supra*, p. 82. En igual sentido, ARAMENDI SÁNCHEZ, P., «Con faldas... ¿se trabaja mejor?», cit., p. 125. Sobre las dos sentencias relativas al uniforme de las azafatas del AVE comenta: «Sin embargo, ambos tribunales lo que hacen no es cuestionar en qué términos el ejercicio del poder empresarial puede limitar el uso de un derecho fundamental, sino que, admitiendo de plano su ejercicio, lo que analizan es hasta qué punto este perjudica irrazonablemente el derecho a la propia imagen».

621 GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Una cuestión de faldas (a propósito de la STS de 19 de abril de 2011)», cit., pp. 290-291.

622 *Supra*, p. 296.

En relación a esta obligación, UGT-Catalunya en el mes de mayo de 2017 denunció ante la Inspección de Trabajo la situación laboral sexista y de falta de protección de la salud de ocho mujeres contratadas por la empresa Schweppes como azafatas para el Trofeo Conde de Godó de tenis. Tuvieron que trabajar con minifalda y manga corta al aire libre bajo la lluvia y con unas temperaturas de menos de 10 grados. La Inspección de Trabajo extendió un acta de infracción muy grave a las empresas Schweppes y Tote Vignau (agencia de

Junto a la vestimenta se han podido regular de manera conjunta toda una serie de requisitos estéticos que condicionan al detalle la apariencia del empleado (hasta el color de la sombra de ojos o el maquillaje debe ir en consonancia con el color del uniforme)⁶²³, por ello aún resultando justificada la ropa impuesta, estas otras pautas complementarias⁶²⁴ podrían ser desproporcionadas.

Aunque hasta el momento en la mayoría de los asuntos que han llegado a sede judicial, la imagen de la empresa ha primado sobre la de los empleados, merece la pena destacar la STSJ de 3 de junio de 2015⁶²⁵ que se pronuncia sobre la exigencia de que las mujeres acudan maquilladas al trabajo⁶²⁶. En concreto, se despide a una trabajadora, ayudante de dependienta, tras sucesivas amonestaciones escritas por no cumplir la orden de asistir maquillada al trabajo. La empleada en el momento de su contratación había recibido un documento relativo a la «Normativa de imagen personal», que, entre otras cuestiones, aludía a que el maquillaje debía ser «discreto». El Tribunal valorará la legitimidad del mandato empresarial desde la perspectiva de la posible vulneración del derecho a la propia imagen⁶²⁷. La conclusión de la Sala es rotunda. Considera que la actuación de la empresa, «constituye sin duda una clara lesión del derecho fundamental de la trabajadora a su propia imagen» ya que tal imposición supone «una seria intromisión, totalmente injustificada, en su libertad para mostrar su imagen física personal». La decisión principalmente se basa en que esta obligación no se derivaba de la normativa al respecto que únicamente vinculaba a que, en caso de optar por el maquillaje, este debía ser «lo más discreto posible, consiguiendo dar una imagen limpia y cuidada». Pero la Sentencia aporta otros dos argumentos de interés. Por un lado, se alude al deber genérico de aseo, limpieza y corrección en la apariencia durante el trabajo, respetado en este caso por la trabajadora, puesto que no quedó acreditado «que la actora acudiese al trabajo de forma inadecuada (ni en cuanto su ropa, ni en cuanto su apariencia física, ni en cuanto su aseo personal)». De otro, si bien no hay una referencia explícita al juicio de proporcionalidad, a nuestro entender, su finalidad se cubre bajo el argumento de «que no se trataba de una exigencia de uniformidad o apariencia adecuada conforme a los usos sociales

azafatas) por acoso discriminatorio por razón de sexo en el trabajo. A su vez, requirió al Real Club de Tennis de Barcelona para que garantice la coordinación de las actividades empresariales en materia de prevención de riesgos laborales durante este torneo. La multa podría oscilar entre los 10.000 y los 187.000 euros.

Se puede ver la noticia en:

<www.prevencionintegral.com/actualidad/noticias/2018/01/20/inspeccion-trabajo-sanciona-schweppes-agencia-azafatas-tote-vignau-por-acoso-discriminatorio-por> (consultado en diciembre de 2018).

- 623 Así, se indicaba en las normas de uniformidad de Eurohandling UTE, «el maquillaje del rostro debe ser discreto, en tonos naturales, el de los ojos es obligatorio en colores que armonicen con el uniforme y el maquillaje de labios es obligatorio llevarlo siempre pintados, con brillo o colores acordes con el uniforme», STSJ de Canarias, de 20 de diciembre de 2001.
- 624 Por ejemplo, en el conflicto señalado en la nota de pie anterior, los trabajadores únicamente impugnaban la utilización obligatoria de la chaqueta abrochada durante la realización de su actividad, así como las normas relativas al maquillaje y al cabello.
- 625 Rec. 663/2014.
- 626 ARRÚE MENDIZÁBAL, M., «Reflexiones sobre la apariencia externa del trabajador y el derecho a la propia imagen al hilo de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 3 de Junio de 2015. Despido de una trabajadora por negarse a asistir maquillada al trabajo STSJ de Madrid, 3 Junio de 2015 (AS 2015, 1178)», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 181, 2015, pp. 321-332.
- 627 Aunque lo comentaremos en otro apartado, también se podría entender esta decisión empresarial como un trato diferenciado y discriminatorio por razón del sexo en base a que el establecimiento de requisitos diferenciados para mujeres y varones han de ser razonables y no suponer unas mayores cargas para ellas. ARGÜELLES BLANCO, M.R., «Uniformidad, apariencia externa y poderes empresariales», cit., p. 12.

(evitando, *vgr.* ropas, accesorios o maquillajes impropios)». Esto es, la empresa venía a exigir a la trabajadora un plus –que asistiera al trabajo maquillada– siendo esta una circunstancia que sobrepasaba lo que puede considerarse usual o normalmente como una apariencia adecuada o correcta. Además se trataba en todo caso de una exigencia para la cual la entidad no había aportado una justificación objetiva y razonable⁶²⁸.

Aun pareciendo evidente que el despido debía declararse nulo por producirse «con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador» (art. 108.2 LRJS), se ha de destacar este pronunciamiento, porque en sentencias anteriores relativas a despidos derivados del incumplimiento de órdenes lesivas para los derechos del trabajador, la calificación ha sido la improcedencia⁶²⁹. También se ha de subrayar que exista una condena al pago de una indemnización para compensar los daños morales infringidos a la empleada, a pesar de que su cuantía sea irrisoria⁶³⁰, asunto, que como ya valoraremos en otro momento⁶³¹, no es algo sorprendente en la jurisdicción social⁶³².

Sin embargo, cuando las pautas sobre la uniformidad y la indumentaria sean razonables y justificadas, su inobservancia por los trabajadores constituirán un incumplimiento contractual, que de ser lo suficientemente grave y culpable permitirá el despido procedente⁶³³. Para ello, en aplicación de la consolidada doctrina gradualista en la apreciación de la desobediencia⁶³⁴ se deberá atender a las circunstancias concretas de cada supuesto a enjuiciar⁶³⁵. Así, se ha considerado

628 ARRÚE MENDIZÁBAL, M.; *Supra*, p. 329.

629 STSJ de Valencia, de 29 de mayo de 1996 (Rec. 3551/1995), sobre el despido por la negativa del trabajador a rasurarse la barba.

630 De los 2.000 euros que se solicitaba en la demanda, la sentencia del Juzgado los rebajará a 300 euros, no admitiendo la Sala su incremento sin una motivación suficiente. ARRÚE MENDIZÁBAL, M., «Reflexiones sobre la apariencia externa del trabajador y el derecho a la propia imagen...», cit. pp. 330-331.

631 Sobre la cuestión, MOLINA NAVARRETE, C., «En busca de un Derecho Social de Daños justo y eficiente: persistentes injusticias resarcitorias de los daños a la persona», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 411, 2017, pp. 133 y ss.

632 No obstante, se ha de volver a resaltar la STS de 19 de diciembre de 2017 (Rec. núm. 624/2016) que reitera y unifica doctrina sobre varias cuestiones. Por un lado, se reconoce que la acreditación de la vulneración del derecho fundamental comporta la indemnización del daño moral causado sin necesidad de probar una base objetiva para ello. De otro, se considera que la cuantía indemnizatoria debe tener presente no solo el resarcimiento sino también la prevención de las conductas vulneradoras, admitiendo como criterio orientador adecuado la cuantía de las infracciones fijadas en la LISOS para los incumplimientos producidos.

633 Son numerosas las sentencias en este sentido, la STSJ de Cataluña, de 8 de enero de 1998 (Rec. núm. 69/1998) sobre camarero que se niega a llevar el uniforme, la STSJ de las Islas Baleares, de 5 de febrero de 2001 (Rec. núm. 15/2001) en relación también al uniforme de un auxiliar administrativo de una agencia de viajes, STSJ de Madrid, de 10 de julio de 2001 (Rec. núm. 2051/2001), cocinero que no porta el gorro, STSJ de Galicia de 27 de enero de 2007 (Rec. núm. 5525/2006) sobre oficial de primera de carnicería que no utiliza el gorro y la mascarilla o STSJ de Cataluña, de 23 de julio de 2008 (Rec. núm. 3296/2008), sobre la negativa de un vigilante de seguridad a ponerse la gorra.

634 Es conocida la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la indisciplina como conducta susceptible de ser sancionada con el despido, requiriendo «que se trate de un incumplimiento grave, trascendente e injustificado, sin que una simple desobediencia que no encierre una actitud exageradamente indisciplinada, que no se traduzca en un perjuicio para la Empresa o en la que concurra una causa incompleta de justificación, puede ser sancionada con la extinción del contrato de trabajo» [STS de 26 de abril de 1985 (RJ 1985, 1406), de 29 de enero de 1987 (RJ 1987, 298), de 28 de mayo de 1990 (RJ 1990, 4508) y 23 de enero de 1991 (RJ 1991, 172)].

635 Sobre la teoría gradualista y la proporcionalidad de la sanción, RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*, cit., pp. 77-81.

plenamente justificado el *ius resistentiae* del trabajador ante la orden de llevar el gorro, parte de la uniformidad, a causa de una enfermedad en el cuero cabelludo por la cual tenía prohibido por prescripción médica utilizar este tipo de prendas⁶³⁶.

C. Las pautas generales sobre vestuario o la prohibición de determinadas prendas

En ocasiones, las reglas sobre la vestimenta son más flexibles y se utilizan criterios generales que dejan una mayor libertad a los empleados tales como «un correcto estilo de vestir»⁶³⁷ «traje habitual de negocios» «chaqueta y corbata». Si bien los trabajadores suelen preferir esta variante porque les otorga mayores posibilidades de elección (colores, formas...), adaptando el vestuario a su propia fisonomía y a sus gustos, esta indeterminación podría dar lugar a mayores conflictos interpretativos entre las partes. Incluso a falta de un pacto expreso al respecto, la doctrina judicial considera que, en determinadas actividades, especialmente las que requieren un contacto con el público, los usos sociales imponen cierta corrección en el vestir.

En este sentido, se puede destacar la STSJ de Madrid, de 5 de noviembre de 2007⁶³⁸ en la que se plantea la procedencia de un despido llevado a cabo por una empresa concesionaria de coches como consecuencia de la desobediencia reiterada de un trabajador a cambiar su modo de vestir, considerando que el mismo era inadecuado y perjudicial para la imagen de la empresa dada su condición de comercial en contacto directo con los clientes. A pesar de que en la empresa era habitual utilizar «traje y corbata cara al público» el trabajador se presentó «con una camiseta deportiva, con número de dorsal, pantalones vaqueros y zapatillas de deportes». Si bien el empleado alegó la falta de un pacto colectivo o individual que limitara su forma de vestir, el Tribunal confirmará la procedencia del despido al considerar que es de conocimiento general que determinadas actividades laborales requieren «una mínima corrección o pulcritud indumentaria conforme unas reglas de trato social comúnmente admitidas, que por ello se dan por supuestas sin necesidad de un acuerdo expreso». De ahí, que quien acepta prestar tareas que implican un contacto directo con el público carece de justificación para eximirse de las obligaciones que al respecto y conforme a esos usos sociales requieren tales cometidos. Por ello, se afirmará que, en el caso concreto, el tipo de tareas encomendadas «comportaba, mientras las desempeñaba, obvias limitaciones en su libertad de vestir a su antojo». Esta también es la doctrina seguida en el ámbito administrativo, así se ha valorado como legítima la orden dada a un profesor sobre su vestimenta pues «no desarrollando el actor ninguna actividad docente deportiva o extraescolar, sino estrictamente educativa, aunque sea como responsable de la Biblioteca del Centro, que

Resume muy bien los criterios que hay que tener presentes la STSJ de Madrid, de 10 de julio de 2001 (Rec. núm. 2051/2001), al valorar la procedencia del despido por incumplimiento de la uniformidad: «(...) de una parte, los que guardan relación con la orden dada, para lo que habrá de valorarse tanto la mayor o menor claridad de la misma, como de manera muy especial la materia a la que afecta y consecuencias que puede traer en la vida de la empresa; de otra, los que atañen directamente a la respuesta del trabajador, para lo que deben considerarse aspectos como la mayor o menor rotundidad de su negativa y el modo en que la expresa, así como las razones que le mueven a ello y de forma muy particular, el carácter reactivo o reflexivo de su decisión y la contumacia con que la mantenga, no pudiendo dejar de valorarse la vida laboral previa del trabajador en la empresa». (FJ único).

636 STSJ de Cataluña, Social, 13 de octubre de 1999 (Rec. núm. 3904/1999).

637 Así, en la STSJ del País Vasco, de 16 de enero de 2001 (Rec. núm. 2163/2000) se alude a la política de vestimenta del Corte Inglés respecto a los varones a los que se les exige un «correcto estilo de vestir» establecido en todo caso por la Dirección de la Empresa, que se concreta en «chaqueta, camisa, corbata, pantalón y zapatos»

638 Rec. núm. 3506/2007.

conlleve un contacto directo en los alumnos, no parece adecuado que asista a dicho puesto con pantalón corto, aunque sea período estival y haga calor»⁶³⁹.

En ocasiones, la prohibición de portar determinadas prendas puede estar pactada expresamente en el contrato de trabajo desde el inicio de la relación laboral⁶⁴⁰ pero, en otras, deriva de una concreta orden empresarial al respecto. Así, de nuevo sobre el uso de pantalones cortos, la STSJ de Madrid de 7 de mayo de 2002⁶⁴¹ resuelve un asunto sobre el despido de un trabajador, con categoría de teleoperador en una empresa de telemarketing, por negarse reiteradamente a cumplir la orden de vestir de manera adecuada, no considerando la empresa que los pantalones cortos se ajustaban a tal pauta. La Sentencia considerará el despido improcedente porque valora que no se estaba «ante una desobediencia en el trabajo (...) sino ante una orden ajena al mismo, sobre un extremo que ninguna norma interna consta que existiera al respecto, y que excede de las facultades de dirección de la empresa». De esta manera, se afirma que la empresa puede exigir siempre «una genérica corrección y limpieza», pero no imponer o prohibir una prenda, especialmente cuando se trata de actividades en las que no hay contacto alguno con el público. En estos casos este «modo de vestir no trasciende, ni puede ante terceros afectar a la imagen de la demandada».

Como ya afirmábamos, en los casos en los que la imagen del personal no se proyecta al exterior, parece que las restricciones a la libertad de vestir deben ser menores, los juicios empresariales de lo que es adecuado, no deberían únicamente fundamentarse en la estimación individual de la empresa, han de atender también a las concepciones sociales mayoritarias de cada momento⁶⁴². Con todo lo dificultoso que puede resultar en muchos casos delimitar de esta manera qué es lo apropiado⁶⁴³, hay situaciones que no ofrecen duda, porque directamente inciden de manera negativa en la convivencia con el resto de la plantilla⁶⁴⁴.

639 STSJ de La Rioja, Contencioso-Administrativo, de 25 de abril de 2003 (Rec. núm. 18/2003).

640 Respecto al no uso de pantalones vaqueros y zapatillas deportivas, STSJ de Valencia, de 29 de mayo de 1996 (Rec. 3551/1995).

641 (Rec. núm. 892/2002). Comentada por AGUILERA IZQUIERDO, R., «Necesidad de acudir a la empresa con «indumentaria adecuada» y actitud públicamente rebelde del trabajador», *Aranzadi Social*, nº 13, 2002, (BIB\2002\1771).

642 Así, GONZÁLEZ ORTEGA, S. afirma que «considerar que una forma de vestir personal y más cómoda como los pantalones cortos en época veraniega es un atuendo inadecuado no es sino una forma de imponer gratuitamente una determinada indumentaria, mucho más si el trabajador no tenía contacto con el público, en «Una cuestión de faldas (a propósito de la STS de 19 de abril de 2011)», cit., p. 290.

643 En contra de la opinión recogida en la nota al pie anterior, se ha valorado que esta resolución ofrece una visión muy limitada en la que parece que la legitimidad de la decisión empresarial sobre la vestimenta se reduce a los casos de actividades de cara al público. Cree que para muchos el uso por un varón de pantalón corto para actividades no deportivas o de ocio puede resultar inadecuado, «como falta de consideración hacia los demás que no solo son los clientes sino también el empresario y los compañeros de trabajo». CÁMARA BOTÍA, A., «La libertad de vestir del trabajador», cit., p. 19.

644 Como acudir al trabajo «con pantalón corto o bañador, chaleco sin mangas, brazos al descubierto y sin afeitado» porque puede implicar una falta de aseo y de limpieza personal. STSJ de Cantabria, de 13 de mayo de 2003 (Rec. núm. 219/2003). Aunque en el caso concreto el despido será calificado como improcedente por cuanto solo se había acudido a trabajar con este aspecto un día.

Véase también la STSJ de Canarias, de 3 de febrero de 2010 (Rec. núm. 1185/2009), en la que el trabajador, además de otros incumplimientos se niega a quitarse una camiseta deportiva de su equipo de fútbol que se había puesto sobre el uniforme.

De cualquier forma, cuando se realiza la valoración concreta de la inobservancia por parte de los trabajadores de este tipo de órdenes o instrucciones, también se han de tener en cuenta las expectativas de los empleados respecto a su libertad de vestimenta, si la restricción es individualizada o afecta al resto de personal y cuál ha sido la tolerancia previa de la empresa respecto a la materia. En ocasiones, la sanción a este tipo de incumplimientos puede constituir una represalia contra el trabajador⁶⁴⁵.

5. La apariencia externa y el principio de no discriminación por razón de sexo

Las decisiones y restricciones estéticas no solo deben atender a las exigencias y limitaciones que derivan del respeto al derecho a la propia imagen desde su vertiente positiva, como la libre determinación o configuración del aspecto externo, sino que también han de tomar en consideración el respeto al principio de no discriminación por razón de sexo-género. Una muestra de lo polémico que resulta este asunto es que las dos únicas veces que el TS se ha pronunciado sobre la uniformidad o vestimenta laboral –en uno de los casos, incluso se llegaría hasta el TC, pero sin pronunciamiento sobre el fondo– ha sido desde la perspectiva del posible tratamiento desigual entre mujeres y varones. Además, con resultados dispares, lo que probablemente esté relacionado con la distancia en el tiempo entre ambas resoluciones y los cambios operados en las concepciones sociales.

Cuando se aborda esta problemática, inmediatamente surge como primer planteamiento si es lícito establecer regulaciones diferenciadas para varones y mujeres en materia de indumentaria. En la práctica los ejemplos son numerosos (uniformidad para las mujeres, estilo correcto de vestuario para los varones; uniforme con pantalón para los hombres y falda (imperativa u opcional) para el personal femenino; posibilidad de pelo largo, maquillaje, esmalte de uñas o zapatos de tacón (obligatorios u optativos) únicamente para las mujeres, entre otras numerosas disparidades que se pudiesen citar.

La realidad refleja que en la vida ordinaria la vestimenta que portan habitualmente los varones y las mujeres no es idéntica por lo que trasladar al centro de trabajo ciertas diferencias a través de una regulación distinta no tiene porqué ser ilícita, incluso puede ser obligatoria para la empresa. Tanto por razones físicas como principalmente culturales ambos sexos tienden de manera generalizada a portar una indumentaria que los identifica a primera vista en relación a su género⁶⁴⁶. De ahí, por obvio que parezca, que el trato igual podría resultar discriminatorio y lesivo para otros derechos fundamentales, cuando se impone el uso de pantalón a las mujeres, sin posibilidad de opción, o aún más, si se exige a los varones que lleven falda. El problema puede derivar del uso de estereotipos de género que marquen exigencias de una apariencia o actitud conforme o en consonancia con lo que tradicionalmente se ha considerado que el hombre o la

645 STSJ de Galicia, de 3 de marzo de 1997 (AS 1997, 885). Se trata del despido de un periodista que solía vestir de manera totalmente informal. La empresa recomendó a los trabajadores que cuidaran su aspecto personal y llevaran chaqueta y corbata, instrucción que tanto el actor como otros compañeros no cumplieron. Finalmente el despido se declarará nulo por haberse incurrido en una represalia discriminatoria.

646 CRUZ VILLALÓN, J., «Derecho a la propia imagen y discriminación de la mujer en el trabajo», cit., pp. 80-81.

mujer deben mostrar y manifestar⁶⁴⁷. La ropa y los «adornos» u otro tipo de normas estéticas pueden encerrar connotaciones históricas características de la tradicional diferencia de roles que se adjudican a mujeres y varones, que van siendo superadas por la sociedad, a lo que también deberían contribuir las normas jurídicas y su interpretación⁶⁴⁸.

Por ello, partiendo de que cualquier tratamiento diferenciado por razón de sexo no es por sí mismo discriminatorio, estas regulaciones dispares exigen una atención especial que marque cuándo estamos ante opciones legítimas y cuáles son las situaciones en las que existe una práctica prohibida. Las divergencias pueden estar justificadas y ajustarse a los principios de proporcionalidad, objetividad y razonabilidad exigibles. De nuevo aquí nos encontramos con un «derecho de casos» que no debería impedir la construcción de una doctrina sólida que aporte soluciones no contradictorias.

Los asuntos que más debate jurídico y social⁶⁴⁹ han despertado han sido los relacionados con la imposición de una diferente vestimenta laboral por razón de género. La afectación más incisiva o de mayor significación es la que distingue desde el inicio u origen, esto es, impone la uniformidad únicamente a uno de los sexos. Es el caso abordado por la ya citada STSJ del País Vasco, de 16 de enero de 2001, sobre las normas de vestuario en unos Grandes Almacenes en las que se exigía a las trabajadoras vestir con uniforme, mientras que a los varones se les permitía un «correcto estilo de vestir» que se concretaba en el uso de «traje, camisa, corbata y zapatos». El conflicto se plantea como una posible discriminación de sexo, siendo sorprendente que lo presenta un varón que solicita su derecho a vestir con un uniforme que sea costado por la empresa. En realidad, bajo esta petición se escondía un móvil claramente económico porque mientras a las mujeres se les daba de manera gratuita el uniforme, a los varones solo se les pagaba una cantidad, insuficiente para la adquisición de todas las prendas requeridas. El Tribunal considera que no se trata de una práctica discriminatoria porque existe una «causa razonable» que justifica el trato desigual: una mujer sin uniforme es difícil o casi imposible que sea identificada como empleada, lo cual no sucede con los varones que llevan un determinado estilo de vestir. Tan subjetiva afirmación se apoya en que respecto a estos últimos hay un «reconocimiento *a priori*» más rápido, «toda vez que pocos hombres se encuentran en esas condiciones de vestuario comprando en los grandes almacenes». En lo que respecta al tema monetario, si bien se acepta que los varones incurren en un *plus* de gasto, este inconveniente queda compensando, a juicio de la Sala, con otras ventajas de las que no disfrutaban las mujeres, la mayor libertad de elección del vestuario y la posibilidad de su uso extralaboral. Así, la licitud de tal práctica quedará fundamentada en la compensación entre beneficios y desventajas para cada uno de los sexos⁶⁵⁰.

647 DE VICENTE PACHÉS, F., «El derecho a la libre apariencia física-estética en las relaciones de trabajo: una aproximación desde una perspectiva de sexo-género», cit., p. 14.

648 VILLALBA SÁNCHEZ, A., «Los derechos fundamentales inespecíficos como límite al poder de dirección del empresario: cuestiones relativas a la imagen del trabajador», cit., p. 9.

649 Como ya indicamos, muchos de los conflictos sobre esta materia son conocidos fuera del ámbito jurídico por la difusión que suelen realizar los medios de comunicación de los mismos.

650 Se ha valorado que esta argumentación «supone una curiosa aplicación de la doctrina de igualdad de cargas, de reglas diferentes pero esencialmente iguales que se compensan». CÁMARA BOTÍA, A., «La libertad de vestir del trabajador», cit., p. 19. Es el «*unequal burden test*» o la regla «*different but essentially equal burdens on men and women*», empleado por los tribunales de Estados Unidos.

También realiza una valoración de esta sentencia CRISTÓBAL RONCERO, R., «Protección al derecho a la imagen en el trabajo», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 199, 2017, pp. 8-9.

Muestra de la debilidad de tales justificaciones es la posterior SAN de 17 enero de 2013⁶⁵¹ que se pronuncia sobre diferentes incumplimientos del Plan de Igualdad de esta empresa, entre ellos el relativo a la uniformidad en el que existía un compromiso de establecer criterios homogéneos para todo el personal. La sentencia, aunque constata el avance producido respecto a la situación anterior, por cuanto la mayoría de los trabajadores y trabajadoras comparten uniforme⁶⁵², afirma que ha quedado acreditado que los mandos varones a diferencia de los mandos mujeres siguen sin estar uniformados «sin que se haya introducido por los demandados ningún criterio que pudiera acreditar la razonabilidad y proporcionalidad del trabajo desigual entre unos y otros».

Un caso prácticamente igual al descrito⁶⁵³ fue resuelto en Estados Unidos bajo el criterio o regla «*unequal burden*»⁶⁵⁴ valorándose tal práctica como discriminatoria. Nos interesa especialmente traer a colación una de las argumentaciones del Tribunal para justificar que tal imposición resultaba más onerosa para las mujeres. Se consideró que podía suponer un trato peyorativo o degradante, pero no en el sentido de que la uniformidad fuese humillante, sino porque comúnmente se asocia o se tiende a creer que los uniformados (las mujeres) tienen un status profesional inferior a sus compañeros varones. Creemos, que este tipo de suposiciones están bastantes extendidas, sobre todo cuando la mujer uniformada es la que acompaña al varón no uniformado. Son fruto de una realidad no tan lejana en la que el personal femenino mayoritariamente ha venido ocupando puestos de categoría inferior y dependientes de los asumidos por los hombres (secretaria, ayudante)⁶⁵⁵.

Por ello, la exigencia de una justificación que fundamentara una medida de este tipo tiene que ser mucho más incisiva, es muy difícil que una causa objetiva pueda amparar una diferencia de tanta intensidad. Si la empresa pretende transmitir a través de la indumentaria una específica imagen, es ilógico que esa proyección se realice por los empleados de un sexo, quedando el otro al margen.

El segundo grupo de conflictos se refiere a los supuestos en los que el uniforme es exigible para ambos sexos, pero el de la mujer se feminiza con el uso obligatorio de la falda u otro tipo de prendas que se asocian a su género. Como adelantamos, en esta materia contamos con dos sentencias del TS, entre las que media una década, y quizás por ello, resuelven asuntos muy similares de manera dispar.

El más antiguo es el conocido caso en el que se obligaba a las azafatas del AVE a utilizar la falda como parte de la uniformidad, que tendrá un largo recorrido judicial. El conflicto, se inicia con una demanda de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, que

651 Rec. núm. 294/2012.

652 Incluso se califica de un «hito importante» porque en el grupo más numeroso de trabajadores (los vendedores) las mujeres estaban uniformadas y los hombres no.

653 Carroll v. Talman Federal Savings & Loan Ass'n 604 F.2d 1028 (7th Cir.1979), citado y analizado por CÁMARA BOTÍA, A., «La libertad de vestir del trabajador», cit., pp. 9-10.

654 Se trata de valorar si la diferencia de trato es equivalente porque resulta igual de onerosa para cada grupo.

655 En parecido sentido, se critica la imposición de la falda en la uniformidad de las enfermeras de una clínica porque parece desconocer que estas tareas también las desempeñan los varones e «ignorar este dato (que manifiesta la igualdad) es insistir en el mensaje, tradicional y de épocas en que a las mujeres se reservaban tareas secundarias o accesorias, de que las funciones a realizar por las enfermeras son esencialmente femeninas» GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Una cuestión de faldas (a propósito de la STS de 19 de abril de 2011)», cit., p. 9.

en Sentencia de 30 de septiembre de 1999⁶⁵⁶, valoró como legítima la exigencia empresarial. Esta resolución, recurrida en casación ordinaria, fue confirmada por la Sala de lo Social del TS, en Sentencia de 23 de enero de 2001⁶⁵⁷. De ahí, se llegará al TC mediante recurso de amparo, pero la STC 84/2006, aunque contiene algunas afirmaciones de interés, no entrará a resolver el fondo del asunto por desaparición sobrevenida de su objeto. La empresa, entretanto, había permitido a las mujeres la opción entre la falda o el pantalón, de acuerdo a la previa decisión de la entonces Ministra de Fomento.

Aunque la uniformidad en sí no era objeto de debate por las trabajadoras, sino la imposición de la citada prenda, el TS parte de la admisibilidad y licitud en general del establecimiento del uniforme, fijando la regla ya conocida de que las condiciones que derivan de la actividad desempeñada en la empresa pueden implicar la adopción de una vestimenta, que, en defecto de pacto colectivo o individual de los interesados, es competencia de la empleadora siempre que no se atente a la dignidad o a cualquiera de los derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores. Recurrirá para apoyar esta afirmación a la propia realidad, constatando que medidas de este tipo son habituales respecto al personal de ciertos sectores laborales, como hostelería, compañías de líneas aéreas o de publicidad.

Entrando en el análisis de la posible discriminación por razón de sexo, el Tribunal parece exigir un *plus* específico, no basta con un trato desigual, que el uniforme sea distinto⁶⁵⁸, debe haber otro factor añadido que lleve a que la diferenciación sea una práctica discriminatoria. Por ello, se alude en varias ocasiones a que «el uso de la repetida vestimenta obedece no a un problema sexista o de aprovechamiento singular del sexo en beneficio de la empresa y detrimento de la mujer, sino a consideraciones organizativas empresariales», «no obedece a un motivo sexista», no «se han acreditado factores relevantes que tachen de discriminatoria la exigencia». A esto se une que en la valoración de la afectación a los derechos del art. 18.1 CE, también alegados, cuando se pronuncia sobre el derecho a la intimidad, insiste en que el tipo de prenda, una falda de 2 cm por encima de la rótula, no alcanza a la vida privada de la trabajadora. Parece por tanto, que la imposición de una vestimenta «decente»⁶⁵⁹, esto es, admitida como correcta por los usos sociales, decorosa, con la que no se busque «el atractivo sexual femenino»⁶⁶⁰ no es discriminatoria siempre que haya una causa razonable que la justifique.

En relación precisamente a la razonabilidad y a la suficiencia de esta justificación la resolución alude a motivos generales relacionados con la imagen de la entidad —«la uniformidad parece razonable en una empresa pública»—, con el concreto servicio que se presta —«la instauración de un novedoso y moderno medio de comunicación»— y con la actividad de las trabajadoras que —«de manera constante y habitual proyectan sobre los clientes la imagen de la Compañía, en condiciones de igualdad con otras empresas dedicadas a idéntica o semejante actividad»—. La Sentencia de la AN en la misma línea apuntaba que el AVE constituía «el atractivo emblemático

656 Rec. núm. 111/1999.

657 Rec. núm. 1851/2000.

658 Casi de cómico se puede calificar el argumento de la Sentencia de la AN respecto a que los trabajadores varones del AVE tampoco podían optar por llevar falda.

659 ARAMENDI SÁNCHEZ, P., «Con faldas... ¿se trabaja mejor?...», cit., p. 4

660 VILLALBA SÁNCHEZ, A., «Los derechos fundamentales inespecíficos como límite al poder de dirección del empresario: cuestiones relativas a la imagen del trabajador», cit., p. 9.

de la empresa» por lo que era razonable la exigencia de una uniformidad especial, donde el uso de la falda «es manifestación de moda o elegancia».

A nuestro entender, la Sentencia es criticable desde su propia base. Ante la alegación de una posible vulneración de derechos fundamentales y de tratamiento diferenciado, se debían haber invertido los términos del debate, sin presumir la licitud de la instrucción empresarial. No se cuestiona en qué términos el ejercicio del poder directivo podía limitar el uso de un derecho fundamental, sino que, admitiendo plenamente su ejercicio, se valora si este perjudica irrazonablemente a los derechos de las trabajadoras. La Resolución debía haber procedido al revés, partiendo del libre ejercicio de los derechos fundamentales (imagen, intimidad) y de un tratamiento desigual restrictivo, valorar en qué medida podían ser limitados por la empresa⁶⁶¹.

Tampoco se puede compartir en absoluto la valoración de la posible discriminación de acuerdo a ese exigible factor adicional que parece reflejar que solo el uniforme «indecente, osado o especialmente sexy»⁶⁶² sería una práctica ilícita. Indudablemente una vestimenta que explotara la imagen femenina con connotaciones de carácter sexual, como norma general⁶⁶³, sería una conducta claramente discriminatoria, además, mucho más rechazable por la importante afectación a la dignidad de las empleadas. La obligación de otro tipo de prendas como el uso de la falda, aunque sea decorosa, por las convicciones o ideas que expresa, también puede tener un componente de desvalor hacia las mujeres. La imposición de la falda refleja una concepción sesgada de la moda y una interpretación sexista sobre el correcto estilo de vestir de la mujer, considerando que esta solo es elegante si utiliza esta prenda que expresa su condición femenina. Con ello se ignoran los cambios culturales y sociales que han llevado a que actualmente la vestimenta, la moda y la elegancia se entiendan de una manera muy plural, se admita una amplísima variedad de opciones, «sin que se considere esencial para un atuendo elegante el que la mujer acentúe su dimensión femenina y, mucho menos, que esta solo pueda obtenerse con la falda»⁶⁶⁴.

Respecto a la justificación alegada por la empresa y aceptada como suficiente por el Tribunal, creemos que se debe hacer una previa distinción. Por un lado, estaría la causa que legitima la imposición en general de una uniformidad –cuestión que no era rebatida por las demandantes–, para la que probablemente hubiese bastado⁶⁶⁵ apelar a la proyección exterior de la imagen de la empresa en relación con las tareas de atención a los viajeros que prestaban las demandantes. Cuestión distinta es la causa que podría justificar que tales servicios se debieran prestar con falda, no con pantalón. En estas situaciones de trato desigual, es «esa diferencia» la que debe quedar fundamentada de manera objetiva, razonable y suficiente⁶⁶⁶. Sin embargo, no van en

661 ARAMENDI SÁNCHEZ, P., «Con faldas... ¿se trabaja mejor?...», cit., p. 8.

662 *Supra*, p. 4.

663 Como en todo, hay excepciones, serían los casos en los que el trabajo contratado tiene una dimensión abiertamente sexual (como sucede cuando se contrata a un bailarín o bailarina de *striptease*) ALVAREZ DEL CUVILLO, A., «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», cit., p. 11.

En este sentido, también se refiere a las actividades de alterne, RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*, cit., pp. 88-89.

664 GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Una cuestión de faldas (a propósito de la STS de 19 de abril de 2011)», cit., p. 9.

665 En este tipo de servicios y funciones la uniformidad también tiene una importante funcionalidad relativa a la identificación de los trabajadores por los usuarios o clientes.

666 En parecido sentido se pronuncia el Ministerio Fiscal en la STC 84/2006 (que finalmente no resolvió el fondo del asunto): «la negativa empresarial a que las trabajadoras de AVE puedan optar por utilizar el pantalón como

esa dirección las afirmaciones que se realizan en la Sentencia porque se sustentan en meros prejuicios, no demostrados. Como que el uso de la falda frente al pantalón es una manifestación de moda o elegancia. O la asociación entre la falda y la imagen de unos servicios selectos y de alto nivel, dejando entrever que el pantalón no es una prenda elegante o distinguida para la mujer⁶⁶⁷. Difícilmente puede sostenerse y menos probarse que la atención de las trabajadoras vaya a mejorar por llevar falda o que esta circunstancia pueda incrementar la clientela del servicio.

En sentido opuesto a la anterior resolución, la STS de 19 de abril de 2011⁶⁶⁸ resolverá sobre la ilicitud de la práctica en una clínica privada de asignar a las enfermeras y auxiliares de enfermería un uniforme consistente en falda, delantal, cofia y medias como prenda obligatoria, sin posibilidad de optar por el pijama sanitario que usaba el personal masculino y otras trabajadoras de diferentes categorías o secciones. Por las demandantes se tachaba esta distinción como inconstitucional por vulnerar el principio de no discriminación (art. 14 CE) y los derechos a la propia imagen e intimidad (art. 18 CE), en conexión con la dignidad de la persona (art. 10 CE), así como contraria a las normas referidas a la salud e higiene en el trabajo⁶⁶⁹.

La Sala estimó en parte el recurso admitiendo que la imposición de esta vestimenta lesionaba el principio de no discriminación por razón de sexo, pero no se consideraron afectados los derechos del art. 18 y la dignidad de las trabajadoras. Puesto que el pronunciamiento sobre la lesión a la intimidad personal, a la propia imagen y a la dignidad es más general, se abordará en primer lugar, para luego profundizar en la vulneración de la prohibición discriminatoria.

Respecto a la posible lesión del derecho a la propia imagen, no hay una referencia explícita, aunque sí implícita, porque al resolver el asunto, al igual que el supuesto anterior (caso AVE), se parte de la licitud de la obligación de la uniformidad como una de las facultades que integran el poder de dirección empresarial⁶⁷⁰. Si bien hubiese sido deseable alguna mención al respecto, no hay duda que, en el ámbito de la sanidad, tal y como ya se mencionó en otro momento, existen fundadas razones para limitar la libertad estética de los trabajadores estableciendo una uniformidad obligatoria. Otra cuestión diferente es si las limitaciones que para el derecho a la propia imagen suponía este tipo concreto de vestimenta estaban razonable y suficientemente justificadas. En realidad, la causa alegada por la clínica para fundamentar la diferencia de trato estaba relacionada con la proyección de la imagen de la entidad. En este sentido, se alude a que estas trabajadoras, al prestar sus servicios en planta y consultas externas, tenían una mayor «visibilidad» para el usuario de los servicios sanitarios. Sin embargo, un atuendo como el exigido (con cofia, delantal, falda) no puede valorarse desde la perspectiva laboral como una ropa de trabajo que entre dentro de la «normalidad» ni parece el más adecuado para desempeñar de

prenda de su uniforme no tiene una justificación objetiva y razonable, ya que si bien es cierto que de acuerdo con los criterios y juicios de valor generalmente aceptados nada obsta al uso de la falda, no lo es menos que las actuales exigencias de la moda femenina se manifiestan en el uso indistinto de ambas prendas de vestir, existiendo tal profusión en el uso del pantalón por la mujer que negar como hace la empresa la posibilidad de su uso a las trabajadoras de AVE constituye una decisión arbitraria que se aparta notoriamente de los actuales usos sociales y que se intenta justificar a través de un endeble argumento (ofrecimiento de un servicio de calidad)».

667 GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Una cuestión de faldas (a propósito de la STS de 19 de abril de 2011)», cit., p. 7.

668 Rec. núm. 16/2009. Se trata de un recurso de casación ordinario contra la STSJ de Andalucía, de 27 de noviembre de 2008 (Rec. núm. 2/2008) que desestimó la demanda de conflicto colectivo interpuesta por CC.OO.

669 En particular, al artículo 3 del RD 1215/1997.

670 FJ 7º.

manera cómoda y eficaz las tareas propias de estas profesionales. Por ello, en la medida en que carece de una justificación suficiente, también podría haberse considerado que era atentatorio del derecho a la propia imagen⁶⁷¹.

En el análisis del concreto uniforme respecto a la posible afectación a la dignidad de las trabajadoras y a su derecho a la intimidad se recurre a los usos sociales para aseverar que «la falda en unas dimensiones normales» está aceptada como una prenda corriente, que incluso «se vincula en ocasiones con tradiciones o históricas ideas de elegancia femenina». Además, atendiendo en este caso al derecho a la intimidad, de nuevo se insiste en la largura de la falda⁶⁷², para aclarar que no había «exhibición física inadecuada o excesiva que no sea total y absolutamente normal desde el punto de vista de nuestros usos sociales». En definitiva, el Tribunal considera que se trata de un uniforme digno, decoroso y no ofensivo según los criterios sociales. No obstante, ya aludimos al riesgo de subjetividad en el que se puede incurrir al valorar los usos sociales imperantes. El propio Tribunal –suponemos que por alusión a la cofia y al delantal con peto– reconoce que el uniforme tiene «cierto componente tradicional o antiguo»⁶⁷³, que para otros pudiera valorarse, quizás, no tanto como denigrante, pero sí como ridículo.

En relación al principio de no discriminación por razón de sexo, sobre la base de que existía un claro tratamiento desigual entre mujeres y varones, se examinará si la medida «resulta equilibrada, ponderada y necesaria», si obedecía a una justificación objetiva y razonable, anunciando que para ello no solo se han de tener en cuenta los aspectos jurídicos, sino también «los usos sociales y las máximas de experiencia» como valores referenciales.

Siguiendo tales reglas, se valora que la vestimenta tenía un componente antiguo o tradicional que se vincula con «una serie valores próximos a una posición no equilibrada de la mujer en relación con la de los hombres», de ahí que la obligada proyección de esas diferencias entre varones y mujeres no se corresponda «con la visión actual que el usuario pudiera percibir de los servicios sanitarios». Además, la medida no era proporcional ni necesaria porque la misma finalidad «que los usuarios conozcan en todo momento la calidad o condición de la persona empleada» se alcanzaría permitiendo a las trabajadoras optar por el uniforme o por el pijama sanitario.

671 GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Una cuestión de faldas (a propósito de la STS de 19 de abril de 2011)», cit., p. 7.

672 No podemos dejar de recoger el siguiente comentario sobre las sentencias del AVE y las relativas a este caso: «resulta llamativo (y hasta podría suscitar variados comentarios humorísticos) la obsesión de las sentencias citadas por la longitud de la falta (dos centímetros por encima de la rodilla; o por debajo de la rótula, según los casos) y la mayor o menor afectación de la vida privada de la trabajadora en razón de esa longitud». GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Una cuestión de faldas (a propósito de la STS de 19 de abril de 2011)», cit., p. 7. A nuestro entender, si bien es verdad que dentro del derecho a la intimidad se protege la llamada «intimidad corporal», no se puede reducir este concepto a la dimensión de una falda. Además, la insistencia en ambos casos con tal problemática derivando en este enfoque no era una cuestión en absoluto planteada por las trabajadoras que únicamente reclamaban poder optar por la falda o por el pantalón. Critica también esta visión reduccionista y desviada ARAMENDI SÁNCHEZ, P., «Con faldas... ¿se trabaja mejor?...», cit., pp. 4-5.

673 Parece que el anacronismo en la indumentaria no parece suficiente para ser declarado inconstitucional, pero sí una indumentaria muy ajustada o demasiado escotada, RODRÍGUEZ CARDO, I.A., «Reglas de uniformidad diferentes en función del sexo: de faldas, pantalones y otras prendas de vestir», *Aranzadi Social*, nº 2, 2009. (BIB 2009\253) p. 4.

Compartiendo la solución final, creemos necesario apuntar más razones que fundamentan esta discriminación prohibida. Por un lado, siendo el pijama sanitario la vestimenta normal en el ámbito sanitario, «decorar» a las mujeres con estas prendas (cofia, delantal...), impidiendo el uso de la ropa laboral estandarizada, supone exigirles unas «cargas estéticas», totalmente innecesarias en relación a las tareas a desarrollar. Son solo ellas, no ellos, las elegidas para proyectar la imagen de la entidad al paciente.

Igualmente, el tipo de uniforme proyecta al exterior una diferenciación de status profesional peyorativa para estas trabajadoras⁶⁷⁴. El delantal y la cofia, elementos que eran utilizados en el servicio doméstico, traslada al ámbito hospitalario la idea de que las tareas femeninas son esencialmente de cuidado. Refleja que la prestación de las mujeres está más cercana a la propia del servicio doméstico o del cuidado –sin minusvalorar estas– que a las tareas técnicas de esta profesión⁶⁷⁵.

Además, la imposición de la falda como parte del vestuario parece indicar la femineidad exclusiva de los trabajos que realizan, obviando que también los varones, enfermeros o auxiliares de enfermería, realizan las mismas labores. Esta ausencia insiste en el mensaje de épocas pasadas que reservaban ciertas tareas secundarias a las mujeres⁶⁷⁶.

Se ha considerado que en la resolución de este asunto el TS aplicó el principio de «equivalencia de cargas», típico de la jurisprudencia estadounidense, del que se extrajo la conclusión de una mayor onerosidad del vestuario femenino⁶⁷⁷. Si tal criterio fue el utilizado, se debería haber tenido también en cuenta la adaptación del uniforme a los quehaceres a realizar por estas profesionales. Como se recordará, además de la lesión de los derechos fundamentales referidos, en el recurso se planteaba la ilegalidad del vestuario desde el punto de vista del cumplimiento de las normas preventivas. Ciertamente, como indica el TS, se trataba de una ropa de trabajo que no podía considerarse como un EPI a efectos de la aplicación del R.D. 773/1997⁶⁷⁸, si bien se recuerda, que al margen del asunto planteado, en las actividades sanitarias específicas donde puedan existir determinados riesgos (agentes biológicos, cancerígenos, radiaciones ionizantes), la empresa estaría obligada a adoptar las medidas establecidas por las normas que regulan tales materias. Pero, en el sentido que apuntábamos, no parece, tal y como plantearon las empleadas, que el atuendo impuesto les facilitara su trabajo, sobre todo si se realiza una comparación con el pijama sanitario. No solo por la existencia de prendas totalmente superfluas, como el delantal y la cofia, a las que no les encontramos más función que optar por la vistosidad del atuendo frente a su comodidad o confort. También por la imposición de la falda, cuando ha quedado demostrado que el pantalón es una prenda que se adapta mucho mejor a las diferentes posturas y movimientos⁶⁷⁹.

674 CÁMARA BOTÍA, A., «La libertad de vestir del trabajador», cit., p. 26.

675 GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Una cuestión de faldas (a propósito de la STS de 19 de abril de 2011)», cit., p. 9.

676 GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Una cuestión de faldas (a propósito de la STS de 19 de abril de 2011)», cit., p. 9.

677 CÁMARA BOTÍA, A., «La libertad de vestir del trabajador», cit., p. 25.

678 También se había alegado el incumplimiento del artículo 3.2 del Real Decreto 487/1997 Real Decreto sobre disposiciones mínimas de Seguridad y Salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorsolumbares, para los trabajadores. Pero en los hechos probados se refleja que: «La expresada ropa de trabajo asignada a las enfermeras y auxiliares que prestan servicios en planta y consultas externas no presenta diferencias, respecto al tipo de uniforme denominado pijama, ni en materia de higiene y seguridad en el trabajo, ni desde el punto de vista ergonómico, como dificultad para moverse, comodidad, manipulación manual de cargas o posiciones posturales».

679 GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Una cuestión de faldas (a propósito de la STS de 19 de abril de 2011)», cit., p. 7.

E incluso garantiza de manera más eficaz la intimidad y la seguridad porque ante determinadas posiciones exigibles en el desarrollo del trabajo, el cuerpo queda más cubierto. De hecho, la Sentencia del TSJ previa, reconocía que la utilización de una prenda u otra sí podía «incidir en la posibilidad de que se produzcan rozamientos con distintos elementos móviles, como pueden ser elementos salientes del mobiliario, y partes móviles de equipos de trabajo», aunque consideró que no eran diferencias significativas.

Un caso similar, en cuanto también se valora la adecuación y la comodidad de la uniformidad en relación a las tareas a desempeñar, es el resuelto por la STSJ de Madrid, de 17 de marzo de 2015⁶⁸⁰. Se trata de la impugnación de una sanción de suspensión de empleo y sueldo a una trabajadora Guía-Intérprete de Patrimonio Nacional que se había negado desde el inicio de la relación laboral a vestir el uniforme completo. De hecho, solo utilizaba el abrigo, ya que consideraba que las blusas eran excesivamente transparentes y los zapatos de tacón alto no eran apropiados para sus funciones que, como guía, requerían la constante bipedestación. El supuesto se plantea como una posible infracción del tratamiento igualitario entre hombres y mujeres, puesto que, tal y como alega la recurrente «los trabajadores masculinos disponen de calzado plano, sus camisas no son transparentes y usan pantalones».

A falta de una acreditación plena de la transparencia de la camisa, el Tribunal únicamente valora la imposición de los zapatos de tacón. Para ello, traslada al caso de manera fiel la doctrina previa sentada por el TS⁶⁸¹ respecto a la uniformidad de las enfermeras. Pero en el juicio de proporcionalidad de la medida se atiende a las consecuencias más gravosas que se generan para la mujer, pues realizando ambos sexos una tarea que requiere la posición de bipedestación, el uso de los tacones altos podía perjudicar la salud de las trabajadoras. Así, se indica que «la incomodidad puede traducirse en cansancio cuando llevan varias horas de pie y en lesiones» y además «puede llegar a repercutir en su rendimiento y en la atención al público».

De todas estas sentencias y algunas otras⁶⁸² se extrae la consecuencia de que el entorno laboral es lógicamente permeable a las conductas y exigencias que atribuye la propia sociedad a mujeres y hombres. No cabe duda, como ya apuntamos, que «los roles femeninos están sobrecargados de responsabilidades estéticas» en relación a los roles masculinos⁶⁸³. De ahí, deriva la «imposición» o asunción de una cierta responsabilidad en la proyección de una determinada imagen externa (vestuario, maquillaje, peinado...) que puede requerir un importante esfuerzo en trabajo, tiempo y recursos económicos para las mujeres. Aunque exista cierta presión social hay que insistir por obvio que parezca en que la mujer en la vida social es libre de seguir o no esos cánones estéticos.

680 Rec. núm. 931/2014.

681 Así, se valora que la exigencia del zapato de tacón, sin posibilidad a optar por un zapato plano, es un componente de distinción por razón de sexo que proyecta una imagen de diferencias entre hombres y mujeres que no se corresponde «con una visión actual de los organismos públicos». Tampoco existe una causa razonable que justifique esta diferencia ya que la finalidad de la uniformidad –que los usuarios conozcan en todo momento la calidad o condición de guía– se cumple de igual manera permitiendo a las mujeres que opten por el zapato de tacón o el plano.

682 La sentencia ya citada sobre el despido de una trabajadora por no asistir maquillada al trabajo, STSJ de Madrid, 3 de junio de 2015 o las normas de uniformidad para las mujeres dictadas por Eurohandling UTE, en STSJ de Canarias, de 20 de diciembre de 2001 (Rec. núm. 1376/1999).

683 ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», cit., p. 10.

Cuando tales pautas o requerimientos se insertan en la actividad laboral hay que delimitar y deslindar las prácticas que entran dentro de una exigibilidad ordinaria o común, de aquellas que son ilícitas por discriminatorias en relación a su condición de mujer. Como afirmábamos al inicio, los requisitos en materia de apariencia estética no pueden ser idénticos, las mujeres y los varones ni son físicamente iguales, ni siguen exactamente un mismo patrón en materia de vestimenta. Aunque no hay duda de que actualmente cada vez existen menos diferencias en este último aspecto, ampliándose tanto las opciones para los varones (pelo largo, maquillaje, joyas u adornos...) como especialmente para mujeres (pantalones, no maquillaje, pelo corto...), sobre todo porque sobre ellas tradicionalmente han pesado mayores restricciones u obligaciones.

Por ello, la relación laboral no puede ser el título que legitime o perpetúe exigencias o prohibiciones que de acuerdo a los tiempos suponen un tratamiento desigual que lleva a la desventaja a uno de los dos sexos. Desde esta óptica se pueden vislumbrar varias situaciones que encajarían en este tipo de conductas, algunas ya reflejadas en los casos judiciales examinados.

Por un lado, estarían aquellas en las que de manera abierta o directa a través de un tratamiento diferenciado se les adjudica a los pertenecientes a un sexo, generalmente a las mujeres, la proyección de la imagen de la entidad, restringiendo su libertad estética. Ello sucede cuando perteneciendo a la misma categoría o realizando las mismas funciones solo se impone la uniformidad a las mujeres (caso Corte Inglés), dejando libertad a los hombres. También encajarían aquí los supuestos en los que estableciéndose una uniformidad diferenciada para varones y mujeres, estas últimas sean las que a través de su vestimenta tengan que proyectar la imagen de la empresa, de ahí el mayor grado de limitación en su libertad de elección (caso uniforme AVE o enfermeras de la Clínica San Rafael). En ambos supuestos, el tratamiento desigual es desfavorable o peyorativo para la mujer por cuanto se le obliga sin una justificación objetiva y razonable a ver más restringida la autodeterminación de su imagen que a los varones⁶⁸⁴.

Pero es que además la propia uniformidad que se impone a las mujeres suele tener otras connotaciones o reflejar otras convicciones que minusvaloran a este colectivo. Por un lado, están los casos quizás más lesivos entre los que pueden situarse aquellos en los que se impone una vestimenta abiertamente «sexualizada» o provocativa para profesiones cuya esencia no impone esta sexualización⁶⁸⁵. Se produce una explotación de la imagen de la mujer o una cosificación de su persona como mero reclamo de la clientela. Indudablemente, existe un trato denigrante y contrario a la dignidad con independencia de que pueda existir un interés económico del empleador⁶⁸⁶.

En otras ocasiones, sin llegar a un trato humillante en la elección de la uniformidad se utilizan estereotipos adjudicados al rol femenino⁶⁸⁷ que marcan criterios ya superados sobre cómo ha de

684 Incluso podría intuirse cierto móvil sexista en la utilización única de la imagen de la mujer como instrumento de proyección exterior de la empresa.

685 ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», cit., p. 12.

686 VILLALBA SÁNCHEZ, A., «Los derechos fundamentales inespecíficos como límite al poder de dirección del empresario: cuestiones relativas a la imagen del trabajador», cit., p. 9.

687 Los Tribunales estadounidenses utilizan el criterio de «*sexual stereotyping*» para vetar las regulaciones diferenciadas de apariencia y vestimenta que perpetúan estereotipos sexuales inaceptables sobre cómo deben comportarse los varones y las mujeres. Véase, CÁMARA BOTÍA, A., «La libertad de vestir del trabajador», cit., pp. 9-10.

presentarse una mujer en público. En algunos casos, tales elementos proyectan una posición de inferioridad o una relación no equilibrada del personal femenino en relación al masculino (falda, cofia, delantal).

Por último, estarían aquellos asuntos en los que la discriminación no viene dada por lo que simboliza la vestimenta sino por el establecimiento de más restricciones, prohibiciones o la imposición de requisitos adicionales a las mujeres, teniendo que soportar cargas no equivalentes a las exigidas a los varones (maquillaje, peinados, zapatos de tacón). Este tipo de conflictos suelen ser más habituales cuando se aplican pautas para regular la indumentaria femenina «formal», donde el nivel de exigencia para ellas suele superar el de los varones⁶⁸⁸. En la valoración de esta equivalencia la jurisprudencia norteamericana suele tener en cuenta el factor tiempo y los recursos económicos que se deben destinar a su cumplimiento⁶⁸⁹, aunque también consideramos que se ha de apreciar la incomodidad o falta de confort de los elementos a utilizar (zapatos de tacón).

En definitiva, la manera de afrontar esta problemática viene de la mano de valorar la existencia de discriminaciones directas o de aplicar, ante los indicios de posibles discriminaciones indirectas, que no serán difíciles de aportar en muchos de los casos referidos –puesto que se parte de un tratamiento desigual ente mujeres y varones–, el juicio de proporcionalidad⁶⁹⁰ en sus tres vertientes. De ahí, la necesidad de una causa objetiva y razonable que en el caso concreto pueda justificar una restricción dispar de los derechos de la mujer trabajadora. Desde una perspectiva complementaria, aunque la enorme variedad de supuestos no permita establecer reglas generales, un principio orientador que puede ayudar a solucionar muchos de los casos es el de la desigualdad de las cargas entre varones y mujeres⁶⁹¹. Sin olvidar, que los cambios sociales y culturales vinculan a estar atentos en el examen de tales circunstancias y a ser especialmente rigurosos contra el traslado al ámbito laboral de modelos tradicionales sobre la apariencia de la mujer que responden a usos y costumbres ya superados. Incluso la regla de la identidad de cargas puede ser un buen indicador para detectar en muchas de las exigencias estéticas a las trabajadoras la presencia de estereotipos sexuales extendidos que han de ser erradicados.

6. La apariencia externa y la libertad religiosa

La demostración de la fe religiosa a través de una determinada prenda de vestir o o símbolos concretos por parte de los trabajadores podría implicar una conflictividad específica tanto antes como durante la relación laboral. Como ya se comentó, la presunta vinculación de una indumentaria con la profesión de determinados credos, puede originar que el aspirante a un empleo sea postergado en la selección o que una vez empleado pueda ser sometido a un trato desigual por motivos religiosos. Estas situaciones discriminatorias son tuteladas en el ámbito laboral con las mismas consecuencias que se analizaron en apartados anteriores cuando incidimos en la discriminación por razones de imagen en el acceso al empleo o en la influencia de la imagen durante la relación de trabajo.

688 ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», cit., p. 14.

689 CÁMARA BOTÍA, A., «La libertad de vestir del trabajador», cit., pp. 8-9.

690 CRUZ VILLALÓN, J., «Derecho a la propia imagen y discriminación de la mujer en el trabajo», cit., pp. 83-84.

691 *Supra*, pp. 85-86.

Pero no es a este tipo de controversias a las que queremos atender ahora, sino a aquellas situaciones en las que la empresa pretende condicionar la imagen del personal prohibiendo o limitando el uso de una vestimenta que tiene una connotación religiosa. La rápida globalización y los flujos migratorios han creado un nuevo escenario marcado por la pluralidad de convicciones y creencias religiosas que ha traído consigo que el uso de simbología religiosa, vestimenta, joyería, adornos esté cada vez más extendido, dando lugar a nuevos conflictos en la sociedad civil y en el ámbito laboral. Portar un crucifijo visible en la religión cristiana, utilizar el *hiyab* o velo islámico, el *kippa* o el *yarmulke* propio de la fe judía o cualquier otro tipo de prendas o elementos expresivos de otras creencias religiosas podría entrar en colisión con diferentes intereses empresariales. Estos pueden ser de diversa naturaleza, desde la pretensión empresarial de mantener una política de neutralidad en la que se impiden las manifestaciones de la fe de los empleados durante la actividad laboral, pasando por el estricto cumplimiento de la obligación de uniformidad de los trabajadores, hasta razones relacionadas con el necesario cumplimiento de las normas de seguridad y prevención de riesgos laborales, entre otras.

La expresión de la religión por medio de la indumentaria (vestido u otros elementos) se considera que forma parte de una de las dimensiones de la libertad religiosa. Esta se configura como un derecho fundamental en el art. 16 CE, sin más limitaciones que las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. Así, el art. 2.1.a) de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 5 de julio de 1980 (LOLR), reconoce el derecho del individuo de profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna, cambiar de confesión o abandonar la que tenía, manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas.

Como consecuencia de lo anterior, el derecho a la libre demostración de las creencias integra la posibilidad de que el individuo exprese su adscripción a una determinada fe por medio de la palabra o a través de los símbolos que identifican a cada religión, pasando a un ámbito externo que excede del meramente privado o reservado. Así, la STC 154/2002 afirma que esta libertad incluye, junto a la garantía de la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, de un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, una dimensión externa de «*agere licere*» que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros. Por un lado, esta libertad individual, que pertenece además al espacio más íntimo de la persona, implica el derecho a no revelar las creencias religiosas y descarta cualquier tipo de coacción pública o privada ante decisiones tan personales y libres⁶⁹². De otro, se traduce «en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso»⁶⁹³. Abarca el derecho a manifestar la religión, individual o colectivamente, en público o privado. Con ello se refiere no solo –aunque también– a los ritos litúrgicos y plegarias, a la práctica de culto, a la enseñanza y a la conmemoración de festividades sino además al cumplimiento de los preceptos que componen los códigos de vestuario que en algunos casos son de ineludible seguimiento para los fieles, por lo que verdaderamente influyen sobre su persona y sobre las relaciones jurídicas en las que se insertan.

692 LAHERA FORTEZA, J., «Libertad religiosa y condiciones laborales: la fe con mutua buena fe», Comunicación presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, AA. VV., (AEDTSS), *Los derechos fundamentales inespecíficos...*, cit., p. 2.

693 STC 46/2001.

No obstante, la libertad de conciencia y expresión del hecho religioso a través de todas sus manifestaciones no es absoluta, su reconocimiento obliga a ponderar sus posibles restricciones o límites con otros derechos fundamentales y bienes constitucionales, como declara el art. 3.1 LOLR⁶⁹⁴.

Es indudable que en la relación laboral ofrece mucha más dificultad jurídica la proyección de la vertiente externa de la libertad religiosa, que la interna. No es igual un deber negativo de no entrometerse en las creencias religiosas del trabajador que el deber positivo de facilitar o no impedir la manifestación externa de fe⁶⁹⁵. En este último tipo de conflictos la expresión de la religión puede admitir límites, en relación con la libertad de empresa y otros derechos fundamentales. Las controversias entre la libertad religiosa de los trabajadores (art. 16 CE) y la libertad de empresa (art. 38 CE), en conexión con otros bienes constitucionales, se han producido principalmente en dos de las condiciones laborales. Por un lado, en la jornada, en el tiempo de trabajo y en los descansos, que puede que no estén acomodados a la conmemoración de las fiestas o a los periodos reservados para el culto y los ritos religiosos⁶⁹⁶. Y, de otro, al problema que nos ocupa, la vestimenta de los trabajadores, que puede estar asociada con la expresión pública de unas concretas creencias religiosas.

Sobre la primera cuestión, sí se cuenta con una lejana sentencia del TC, en la que se adoptó una postura que ha sido calificada de tímida⁶⁹⁷ en defensa del derecho al ejercicio de la libertad religiosa, en su manifestación de práctica de culto y conmemoración de festividades en el ámbito de la relación laboral. Es la STC 19/1985, en la que se desestima la petición de cambiar el turno de trabajo a una empleada, convertida después del inicio de la relación laboral a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, para poder atender a sus obligaciones religiosas. La Resolución se basa primordialmente en la consideración de la empresa como «un espacio laico, refractario a cualquier cambio proveniente de las convicciones de los trabajadores»⁶⁹⁸. Se opta por la aplicación del principio de neutralidad de la empresa o de la no injerencia de la empleadora en el cumplimiento de los deberes religiosos del personal. La argumentación es expresión de una visión contractualista de los derechos fundamentales de los trabajadores en la relación laboral, propia de esta época, que consideraba inaceptable que su ejercicio pudiese provocar una modificación de las condiciones pactadas. La doctrina científica fue especialmente crítica por esa ausencia o renuncia absoluta a cualquier vía de adecuación entre la libertad religiosa y la organización

694 Art. 3.1 LOLR, «El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguarda de la seguridad, salud y moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática».

Sobre los límites y los ámbitos de la esfera pública donde se ha cuestionado el uso público del velo en España, véase entre otros, PÉREZ ÁLVAREZ, S., «Marco constitucional del uso del velo y del pañuelo islámico en la sociedad española contemporánea: ¿señas de identidad ideológica y/o cultural?», *Foro, Nueva época*, nº 13, 2011, pp. 139-187.

695 LAHERA FORTEZA, J., «Libertad religiosa y condiciones laborales: la fe con mutua buena fe», cit., p. 3.

696 Sobre la cuestión, MOTILLA, A., «Derecho a conmemorar las fiestas y descanso semanal», AA. VV., (coord. MOTILLA, A.) *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno a la libertad religiosa en el ámbito laboral*, Comares, Granada, 2016, pp. 1-39.

697 CANO MUÑOZ, A.I. y CUEVA PUENTE, M.C., «Multiculturalismo y contrato de trabajo. Algunos desafíos de la integración laboral de los extranjeros en España», *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 9, 2006, p. 261.

698 VALDÉS DAL-RÉ, F., «La libertad religiosa y su problemática acomodación con la organización de trabajo», *Relaciones Laborales*, nº 24, 2004, p. 3.

del trabajo⁶⁹⁹ que tutelara el contenido esencial del derecho a la libertad religiosa en la relación laboral⁷⁰⁰.

Aunque no ha habido sentencias posteriores del TC sobre la cuestión⁷⁰¹, los órganos judiciales internos, siguiendo las pautas del TEDH⁷⁰² y del TJUE, han avanzado hacia la aplicación del criterio de proporcionalidad⁷⁰³ en la búsqueda de una modulación o equilibrio de derechos, vislumbrándose en algunos casos la referencia a la regla de acomodación razonable, típica de la jurisprudencia de Estados Unidos y Canadá en este tipo de asuntos⁷⁰⁴.

Como ya se ha señalado, las prohibiciones o restricciones al uso de determinadas prendas o símbolos religiosos por su afectación a los derechos fundamentales de los trabajadores (derecho a la propia imagen y libertad religiosa en su dimensión externa) no pueden fundamentarse en decisiones arbitrarias o meras opciones personales del empleador, sino que tienen que basarse en objetivos legítimos empresariales vinculados al desempeño de la prestación o de la actividad empresarial. Pero el interés empresarial o la causa que justifique estas limitaciones pueden ser de una entidad y naturaleza diferente, por lo que trataremos de abordar tales conflictos utilizando este criterio de clasificación.

6.1. Vestimenta religiosa. Seguridad, prevención en el trabajo y salud pública

En ocasiones, este tipo de limitaciones pueden estar relacionadas, más allá de su simbología, con la propia configuración física de la prenda o con el tipo de objeto, en la medida que dificulte o impida totalmente la realización de la actividad laboral en las condiciones adecuadas y exigibles. No hay duda de que determinadas vestimentas como el *Chador*, el *Niqab*, el *Burka* que cubren todo el cuerpo imposibilitan la realización de muchas tareas que requieren determinados movimientos físicos⁷⁰⁵ y pueden ocasionar un riesgo para la integridad de los empleados⁷⁰⁶. De la

699 Entre otros, VALDÉS DAL-RÉ, F., «Libertad religiosa y contrato de trabajo», AA. VV., (coord. CASAS BAAMONDE, M.E., CRUZ VILLALÓN, J. y DURÁN LÓPEZ, F.), *Las transformaciones del derecho del trabajo...*, cit., pp. 604-605 y DEL REY GUANTER, S., «Contrato de trabajo y derechos fundamentales», cit., pp. 48 y ss.

700 CASTRO JOVER, A., «Libertad religiosa y descanso semanal», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 6, 1990, pp. 302 y ss.

701 Las ha habido respecto a la dimensión negativa de esta libertad, en las que se ampara a un sargento militar y a un policía respecto a su derecho a no participar en actos de carácter religioso. Véase, SSTC 177/96 y 101/2004.

702 Principalmente a partir del «Caso *Eweida*», como trataremos en otro apartado.

703 APARICIO ALDANA, R.K., «El deber de modulación o acomodación de los derechos fundamentales: la libertad religiosa y de conciencia en las relaciones laborales», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 391, 2015, pp. 49-100.

704 Véase ELÓSEGUI ITXASO, M., «El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público», *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 30, 2014, pp. 69-96.

705 ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «La regulación del velo islámico en el trabajo», *Trabajo y Derecho*, nº 7, 2018, p. 11.

706 Las situaciones pueden ser numerosas, así es incuestionable de que se podrían legitimar las restricciones en el uso de determinadas prendas de significación religiosa –como el velo islámico, el *hijab* o el turbante– cuando su utilización entrañe un riesgo para la seguridad del trabajador, por ejemplo, un/a profesor/a de educación física. En esta línea, sobre los conflictos planteados tanto en nuestro país como en otros países europeos en relación con el uso del pañuelo islámico en las enseñanzas de educación física, véase, CAÑAMARES ARRIBAS: *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado*, Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 30.

misma manera, las prendas que cubren total o parcialmente el rostro del trabajador condicionan claramente la posibilidades de interactuar con los demás⁷⁰⁷ por lo que no parecen apropiadas en los puestos de trabajo que requieren una atención al público⁷⁰⁸.

Además, en ocasiones la indumentaria puede tener repercusiones en la seguridad⁷⁰⁹ y en el cumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales. Ello sucede cuando los empleados se niegan a usar los medios de protección individual facilitados por el empresario porque la vestimenta implica la imposibilidad de su uso, con lo que ponen en riesgo su propia seguridad, integridad física o incluso su vida. Nuestra normativa no obliga a la adaptación de los EPÍs a las creencias religiosas de los trabajadores⁷¹⁰. Este problema también se ha planteado en otros países, concretamente, con los trabajadores seguidores del *Sikhismo* para los que el uso del turbante característico de esta religión les impide llevar el casco protector en las obras de construcción. En concreto, en el Reino Unido se les ha eximido de su utilización⁷¹¹, solución similar a la arbitrada en Estados Unidos⁷¹².

707 En este sentido, se pronuncia en sus conclusiones la Abogada General en el Asunto C-188/15 Asma Bougnaoui contra Micropole SA (nº 130).

«La sociedad occidental considera que el contacto visual u ocular es fundamental en toda relación en la que los representantes de una empresa comuniquen cara a cara con los clientes. Por consiguiente, entiendo que una regla por la que se prohíbe el uso de vestimenta religiosa que cubre por completo los ojos y la cara mientras que se realiza un trabajo que implica este tipo de contacto con los clientes es proporcionada. A la hora de ponderar los intereses, saldría ganando el empresario. En cambio, cuando el trabajador en cuestión debe desempeñar un trabajo que no requiere contacto visual con los clientes, por ejemplo en una centralita de llamadas, esta *misma regla* perdería su justificación. Saldría ganando el trabajador. Y cuando el trabajador solo quiere llevar un tipo de prenda que le cubre la cabeza pero deja la cara y los ojos completamente al descubierto, no veo que esté justificado prohibir el uso de esta prenda».

<<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=181584&doclang=ES#Footref1>>.

708 O incluso pueden afectar a la tarea de la enseñanza del lenguaje a los niños, razón alegada para el despido de una maestra en Reino Unido que llevaba totalmente cubierto el rostro.

<www.lavanguardia.com/internacional/20061022/51289070060/el-despido-de-una-maestra-por-llevar-un-velo-en-clase-refleja-los-conflictos-raziales-en-el-reino.html> (consultado en diciembre de 2018).

709 Así, es posible que por esta causa el trabajador deba estar identificado en todo momento, lo que impediría ocultar su rostro, como en las empresas de seguridad. GIL Y GIL, J.L., «Poder directivo y apariencia externa del trabajador», cit., pp. 211-212 y 215-216.

710 Esta obligación se concreta en el Real Decreto 773/1997, así el art. 5.1 a) se indica que los equipos deben proporcionar una «protección eficaz frente a los riesgos que motivan su uso, sin suponer por sí mismos u ocasionar riesgos adicionales ni molestias innecesarias. A tal fin, deberán:

- a) Responder a las condiciones existentes en el lugar de trabajo.
- b) Tener en cuenta las condiciones anatómicas y fisiológicas y el estado de salud del trabajador.
- c) Adecuarse al portador, tras los ajustes necesarios».

711 GONZÁLEZ DÍAZ, F.A. y FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B., «Tratamiento de la simbología religiosa en las relaciones laborales», Comunicación presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, AA. VV., (AEDTSS), *Los derechos fundamentales inespecíficos...*, cit., p. 10.

712 En Estados Unidos, la OSHA aprobó en 1978 una excepción al uso de casco para los miembros de las Comunidades religiosas *Amish* y *Sikh Dharma*. Posteriormente en 1993, con la aprobación de la *Religious Freedom Restoration Act*, para los trabajadores con convicciones religiosas específicas, se establece que el empresario no obligará al uso de casco, sino que informará sobre los riesgos al trabajador y en el caso de que continúe la negativa a su utilización lo comunicará a la OSHA. *Supra*, pp. 10-11.

Sin embargo, en Canadá no existe una exención específica al respecto. La jurisprudencia cuando se plantean este tipo de casos aplica la exigencia del «acomodamiento razonable» cuya imposibilidad puede estar justificada por razones concretas, como la seguridad laboral. Así, se consideró que un empleado *Sikh* debía utilizar el casco protector aunque fuese incompatible con el turbante. *Bhinder v. Canadian National Railway Co* (1985 2 SCR 561) <www.scc-csc.gc.ca/court-cour/ju/cory/index-fra.asp>.

La finalidad de la prohibición de cierta indumentaria también puede estar orientada a la protección de los terceros, como ocurre con las normas de seguridad alimentaria o de manipulación de alimentos que por razones de salubridad requieren portar determinadas prendas (gorros, mascarillas) para garantizar la salud pública. Es el caso resuelto recientemente por varias sentencias⁷¹³ sobre el despido de tres trabajadoras musulmanas de una empresa riojana dedicada al cultivo del champiñón ante la negativa a cumplir la norma de cubrir el velo islámico con el preceptivo gorro por razones de higiene⁷¹⁴. La Sala confirmará la procedencia de los despidos puesto que su causa era totalmente ajena al uso del velo como expresión de la libertad religiosa, constituía una exigencia general justificada en razones suficientes de seguridad alimentaria en el trabajo y proporcionada en el supuesto concreto⁷¹⁵.

Esta es la línea seguida también por el TEDH al resolver el llamado «Caso *Chaplin*»⁷¹⁶, sobre una enfermera de un hospital estatal que reclamaba su derecho a exhibir colgada al cuello una cruz durante el ejercicio de su actividad laboral. Petición que fue denegada por la entidad conforme a la política de uniformidad por razones sanitarias⁷¹⁷. El Tribunal entró a

713 SSTSJ de La Rioja, de 22 de junio de 2017 (Rec. núm. 178/2017, 179/2017 y 181/2017). Puede verse un comentario a estas sentencias, MOLINA NAVARRETE, C., «La «norma de certificación de calidad» no sabe ni de libertad religiosa (*hiyab*) ni de indumentaria (sudaderas): extensión y límites del derecho de protección de la diversidad», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 419, 2018, pp. 169-181.

714 Las normas internas exigían una bata que cubriese totalmente el cuerpo y un gorro o redecilla que hiciese lo propio con el cabello. Aunque la empresa había mantenido una actitud tolerante o flexible respecto a esta exigencia, a raíz de una auditoría para la certificación de la calidad del proceso que advierte que tales incumplimientos llevarían a su pérdida, se comunica a las empleadas el cambio de política. Se había constatado que algunas trabajadoras llevaban sudaderas con la capucha por encima de la prenda reglamentaria y que las mujeres que portaban velo islámico, este les cubría el cuello que no era tapado por la bata. Ante la negativa de tres mujeres a cubrir el velo con el gorro, tras varias sanciones, serán despedidas.

715 No se considera que hay indicios de discriminación directa puesto que era una norma para todo el personal del departamento de producción. Aunque se reconoce que puede suponer un mayor impacto para los trabajadores musulmanes, tampoco se estima la discriminación indirecta porque la medida se valora como legítima, necesaria y proporcional. Así se declara que no se encuentra «solución alternativa a la ofrecida por la empresa [recoger el velo dentro del gorro] que permita compaginar las exigencias de salubridad en la manipulación de alimentos conforme a la norma de calidad, y el derecho de la trabajadora a la utilización plena de ese signo externo de la religión musulmana como manifestación de la vertiente externa de su libertad religiosa» (FJ 2°).

716 STEDH As. Eweida y otros c. Reino Unido, de 15 de enero de 2013, en la que se acumularon cuatro demandas (n° 4840/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10), por presunta violación del artículo 9 en relación con el artículo 14 del CEDH.

Sobre esta sentencia, véase APARICIO ALDANA, R.K., «El deber de modulación o acomodación de los derechos fundamentales: la libertad religiosa y de conciencia...», cit., pp. 64-66, CÁMARA BOTÍA, A., «La libertad de vestir del trabajador», cit., p. 13 y ss., CANO RUIZ, I., «Vestimenta y símbolos religiosos en el ámbito laboral», AA. VV., (coord. MOTILLA, A.) *La jurisprudencia del Tribunal Europeo...*, cit. pp. 41 y ss., HALL, H. y GARCÍA OLIVA, J., «Simbología religiosa en el ámbito laboral. A propósito del caso Chaplin y sus implicaciones en el Derecho británico», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n° 32, 2013, HILL, M.: «Simbología religiosa y objeción de conciencia en el lugar de trabajo: un examen de la sentencia de Estrasburgo en Eweida y otros c. Reino Unido», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n° 32, 2013.

MARABEL MATOS, J., «El uso de la Simbología religiosa dinámica en espacios públicos sanitarios», *Revista de Derecho UNED*, n° 12, 2013, pp. 424 y ss.

717 Las reglas de uniformidad del Hospital reducían al mínimo el uso joyas para evitar los riesgos de infección cruzada y prohibían específicamente los collares para evitar las lesiones al manipular a los pacientes. Aún así, se disponía que cualquier miembro del personal que deseara usar una ropa o joya por razones religiosas o culturales podía plantearlo al superior jerárquico que no podría denegarlo de manera injustificada. La trabajadora había portado siempre la cruz pero a raíz de un cambio del uniforme esta se hizo visible, por lo que se le ordenó

conocer el recurso fundamentado en los arts. 9 y 14 del CEDH. En relación a la discriminación, no se encontró base jurídica para considerar su violación, puesto que se acreditó que era una norma general que también había afectado a otros trabajadores que portaban otros elementos por motivos religiosos⁷¹⁸, que, sin embargo, habían cumplido con la retirada. Por ello, se declara que se había aplicado un igual trato a personas en situaciones análogas o similares de manera razonada. También se consideró justificada la injerencia en el derecho a la libertad religiosa (art. 9 CEDH) en base a que al efectuar la ponderación de los derechos se concedió un mayor peso específico a las razones del hospital (la protección de la salud y seguridad de trabajadores y pacientes)⁷¹⁹ que a la restricción del ejercicio del derecho de la trabajadora.

Como ya se ha reflejado anteriormente, también respecto a la libertad religiosa la búsqueda de un equilibrio entre el ejercicio de este derecho fundamental y otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos implica que ha de valorarse la proporcionalidad de la medida controvertida atendiendo al triple test, para juzgar su adecuación, su necesidad y su proporcionalidad en sentido estricto. En esta operación es fundamental el interés, fin u objetivo que justifica las restricciones. Es aquí donde hemos de apuntar que este tipo de causas, en principio de naturaleza objetiva, como la salud o la seguridad de los trabajadores o de los terceros⁷²⁰, parecen razones *a priori* de entidad o magnitud suficiente para condicionar las vestimentas religiosas⁷²¹. En el «Caso *Eweida*», que analizaremos, el mismo TEDH comparó las justificaciones de ambos asuntos aludiendo a que la finalidad de protección de la seguridad de trabajadores y pacientes era de mayor importancia que la de mantener la imagen corporativa de la empresa. Por ello, cuando la manifestación de las creencias en el ámbito laboral se enfrenta a otros bienes jurídicos como la salud o la seguridad, que incluso pueden tener una afectación general a terceros, resulta razonable su modulación o restricción⁷²².

Pero no basta solo la causa, la medida debe ser también «adecuada» o razonable en relación a esa finalidad, ello implica que tendrá que existir y acreditarse una conexión entre ambas. Se nos ocurren como ejemplos que la prohibición de la prenda o el elemento se vincule a una incompatibilidad con el uso del EPI obligatorio o al riesgo cierto de infecciones o heridas a los

su retirada. Aunque se le dieron otras alternativas, como llevar asegurada la cruz y la cadena en su tarjeta de identidad, siempre que se la quitara para los actos clínicos, la trabajadora se negó. Por ello, fue trasladada a un puesto de no-enfermería con la misma paga. La trabajadora reclamó por discriminación religiosa, siendo rechazada su queja por los tribunales nacionales.

718 En concreto, unos brazaletes ceremoniales y *kirpan sijis* a dos enfermeras de esta religión, una cruz con cadena a una enfermera católica, así como el velo islámico a dos médicos, que aceptaron sustituirlo por un *hijab* ajustado, de tipo deportivo y similar a un pasamontañas.

719 La causa de la retirada de la joyería y los símbolos religiosos era proteger la seguridad tanto de los enfermos como de los propios profesionales, así se había probado el riesgo de que un paciente perturbado pudiera coger y tirar de la cadena, lesionándose a sí mismo o a la demandante, o que la cruz podía moverse hacia delante entrando en contacto, por ejemplo, con una herida abierta. Téngase además en cuenta que el lugar de servicios era la unidad geriátrica del hospital.

720 CARO MUÑOZ, A.I. y CUEVA PUENTE, M.C., «Multiculturalismo y contrato de trabajo. Algunos desafíos de la integración laboral de...», cit., pp. 265 y ss.

721 También considera razonable la seguridad y salud, legítima causa para limitar el uso del *Hiyab*, RIVAS VALLEJO, P., «Trabajo, Islam y Género», Comunicación presentada a las *XXV Jornades Catalanes de Dret Social*, p. 17. <www.iuslabor.org/wp-content/plugins/download-monitor/download.php?id=271>.

De igual opinión, ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «La regulación del velo islámico en el trabajo», cit., pp. 11 y 14.

722 CANO RUIZ, I., «Vestimenta y símbolos religiosos en el ámbito laboral», cit., pp. 64-65.

pacientes o a la alta probabilidad de accidentes del personal por su dificultad de movimientos o al peligro de una contaminación de los alimentos⁷²³.

La exigencia ha de ser igualmente necesaria y proporcional. Así, se debe también examinar si había otras alternativas menos lesivas o si la adoptada es posible restringirla al mínimo necesario. En este sentido y respecto al velo, quizás sea inadecuado prohibirlo en todas sus formas o variantes –puesto que podría existir un tipo de cobertura compatible con la finalidad– o para todas las tareas o funciones laborales⁷²⁴. Se trata en definitiva de acomodar los derechos o intereses de ambas partes. Buen ejemplo de esta práctica se extrae de las circunstancias fácticas de la Sentencia del «Caso *Chaplin*», en la que, ante la propuesta del hospital, dos médicos aceptaron sustituir el velo islámico por un *hijab* ajustado, de tipo deportivo y similar a un pasamontañas, que les permitía realizar su trabajo evitando los riesgos para su persona y para los pacientes.

6.2. Vestimenta religiosa e imagen corporativa o pública de la empresa

La proyección de la imagen de la empresa es una de las causas que justifica –con los límites que se analizaron– que la empresa pueda restringir la libertad estética de los trabajadores estableciendo una uniformidad o un código de vestimenta. Ya se insistió en la importancia que actualmente tiene la gestión de la imagen corporativa para cualquier entidad de cara a sus proveedores, clientes, consumidores y usuarios. Es su seña de identidad, le permite distinguirse de otras empresas a fin de lograr un mayor volumen de actividad, la realización de nuevos negocios, la captación de más clientes o el mantenimiento de los conseguidos. En esta tarea se utilizan todo tipo de estrategias (marca, logo, publicidad...) de entre las que resulta muy significativa la configuración de la imagen de los trabajadores, especialmente de los que realizan su actividad de cara al público.

Por ello, un primer foco de conflictos se produce cuando existiendo una normativa o unas reglas sobre la indumentaria o la uniformidad, determinados trabajadores en manifestación de sus creencias religiosas portan otros elementos o prendas (turbantes, velos, crucifijos, peinados⁷²⁵...) al margen de lo previsto. La empresa podría entender que el obligado cumplimiento de estas medidas es título suficiente para que el empleado prescinda de tales expresiones. En esta línea de razonamiento pueden enmarcarse algunos de los casos resueltos por nuestra doctrina judicial. El primero de ellos, ya muy lejano en el tiempo, corresponde a la STSJ de Madrid de 27 de octubre de 1997⁷²⁶, que se pronuncia sobre la solicitud que realiza una trabajadora de religión

723 En las Sentencias ya citadas del TSJ de la Rioja se aludía a que «a través de esa medida se persigue, tal y como con claro valor fáctico se indica en el tercer fundamento de derecho, reducir el riesgo de contaminación alimentaria con partículas, elementos o sustancias adheridos a la ropa del trabajador, al ser el champiñón por su carácter poroso un elemento especialmente sensible» (FJ 2°).

724 ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «La regulación del velo islámico en el trabajo», cit., pp. 14-15.

En igual sentido se indica que «la seguridad y salud en el trabajo actúa como límite en la utilización de determinada simbología religiosa, no puede anteponerse el derecho a profesar una determinada creencia al derecho a la vida». GONZÁLEZ DÍAZ, F.A. y FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B., «Tratamiento de la simbología religiosa en las relaciones laborales», cit., p. 14.

725 Los *dreadlocks* para los rastafaris, tipo de peinado formado por trenzas enmarañadas.

726 Rec. núm. 2170/1997.

musulmana, una vez ya iniciada la relación laboral. Entre otras cuestiones⁷²⁷, pedía que se le permitiera utilizar un uniforme de acuerdo con sus creencias religiosas por las cuales no podía usar faldas cortas, prenda que estaba prevista en la vestimenta de verano. La empresa desestimó sus peticiones amparándose en la normativa interna que regulaba el vestuario de las empleadas. En ambas instancias se desestima su pretensión, siendo el principal argumento de la Sala en su parca resolución que la trabajadora no había adecuado su conducta al deber de buena fe conforme al cual hubiese sido exigible que manifestara sus creencias y circunstancias especiales (horario, uniforme) antes de solicitar el puesto a fin de que la futura empleadora hubiese estudiado si tal situación especial podía encajar en su infraestructura. Al margen de esta afirmación, claramente criticada por la doctrina académica⁷²⁸ y contraria de manera abierta a la libertad constitucional de manifestar o no las creencias (art. 16.2 CE), hay que tener presente el momento en el que se dicta la Sentencia. Aún se considera en relación a este concreto derecho fundamental que su ejercicio por los trabajadores no puede pretender una modificación de las condiciones laborales asumidas voluntariamente en el contrato de trabajo porque a la empresa únicamente se le impone la neutralidad⁷²⁹.

Sin embargo, no mucho tiempo después se dictará con un pronunciamiento diferente la STSJ de las Islas Baleares de 9 de septiembre de 2002⁷³⁰. Se resuelve sobre la sanción disciplinaria impuesta a un trabajador de una empresa municipal de transportes por llevar un gorro (*kippa*), fruto de las reglas exigidas por la religión judía que profesaba desde hacía 23 años. Ante las advertencias de la empresa por el incumplimiento de la uniformidad regulada en el convenio colectivo, no atendidas por el empleado, este será sancionado. La Sentencia afirma que el derecho de la empresa a imponer a los trabajadores un determinado uniforme puede ceder cuando colisiona «con la dignidad o el honor del trabajador o cualquiera de los derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente consagrados». Puesto que la razón del uso del *kippa* por parte del trabajador no obedecía a un mero capricho o al seguimiento de modas, sino al cumplimiento de sus creencias religiosas, el conflicto se sitúa entre el derecho fundamental a la libertad religiosa del empleado y la facultad de la empresa de dirigir la actividad laboral.

Aunque la Resolución reconoce que este tipo de controversias no admite una única solución por su dependencia de las circunstancias que concurren en cada situación, marca una pauta fundamental. Se debe ponderar «hasta qué punto el comportamiento del trabajador a que le obligan sus convicciones religiosas resulta inocuo para los intereses de la empresa o, por el contrario,

727 La trabajadora que prestaba sus servicios en la tienda libre de impuestos del Aeropuerto de Madrid, además solicitaba la adaptación del horario, de tal forma que los viernes entre las trece treinta y las dieciséis treinta horas no se viera obligada a trabajar por ser día de rezo colectivo y solemne para los musulmanes, así como la finalización de trabajo una hora antes de la puesta de sol durante el mes de Ramadán y que no se le trasladara a ningún establecimiento en el que tuviera que manipular o vender productos derivadas del cerdo y alcohol.

728 CASTRO JOVER, A., *La utilización de signos de identidad religiosa en las relaciones de trabajo en el Derecho de Estados Unidos*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2005, p. 39.

729 Tesis compartida por parte de la doctrina académica. Así, se afirma que el trabajador «no puede pretender que el empresario sea sensible a su condición religiosa tolerando conductas motivadas por la fe que comprometan o pongan en riesgo el cumplimiento de obligaciones laborales, y mucho menos que haya una obligación por parte del empresario de adoptar medidas organizativas en sus establecimientos que permitan y favorezcan la afirmación religiosa del trabajador en la empresa» FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., «Libertad religiosa y trabajo asalariado: condiciones y criterios de articulación», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 133, 2007, p. 90.

730 Rec. núm. 390/2002.

incompatible con ellos». De ello, se colige que no basta con que la uniformidad sea obligatoria. En este tipo de expresiones de la religiosidad hay que entrar a valorar la causa de la prohibición empresarial, se exige un *plus* de justificación. Así, se insiste en que a falta de una acreditación de daños a la imagen de la empresa o de incidentes o trastornos durante la realización del servicio o de cualquier otro perjuicio, debe prevalecer el derecho del trabajador⁷³¹.

Sin referirse específicamente a ello, la Sentencia aborda la cuestión desde el principio de proporcionalidad, tal y como años más tarde señalará el TEDH en el «Caso *Eweida*». Esta Resolución ha marcado un hito importante en la jurisprudencia del Tribunal europeo pues hasta entonces había sido muy reacia a otorgar protección a las demandas que exigían una acomodación en el puesto de trabajo por motivos religiosos con el argumento de que el empleado podía abandonarlo⁷³². La postura tradicional consideraba que el ejercicio de la libertad religiosa en el marco de una relación laboral no permitía justificar los incumplimientos de las obligaciones contractuales. El despido basado en estas infracciones no estaría motivado por la libertad religiosa del empleado, sino por su negativa a cumplir las obligaciones asumidas de manera voluntaria⁷³³, pudiendo además en todo momento dimitir y retomar el pleno ejercicio de su derecho⁷³⁴.

En este caso concreto se examina el derecho de libertad religiosa de Nadia Eweida, manifestado por medio de un colgante con una cruz al cuello, mientras desempeña su actividad en el departamento de facturación de *British Airways* frente al interés empresarial que consideraba que tal expresión de la creencia religiosa dañaba su imagen⁷³⁵. La Sentencia ofrece una buena muestra de la aplicación del principio de proporcionalidad en los casos de vestimenta religiosa y en ella se encuentra la idea del principio de acomodación razonable⁷³⁶.

Así, se reconoce que la imposición de un uniforme al personal es el medio idóneo para proyectar una determinada imagen corporativa, pero ello no puede impedir cierta alteración del mismo cuando el trabajador desea ejercer su libertad religiosa portando prendas u objetos de esta naturaleza que no producen un daño o un perjuicio a la empresa. No basta que el interés

731 Incluso la Sentencia califica la conducta empresarial de «rayana en el autoritarismo» por esa falta de fundamentación y porque la empresa había venido admitiendo durante años la conducta del empleado.

732 ELÓSEGUI ITXASO, M., «El caso EWEIDA: los acomodamientos razonables y el test de proporcionalidad en el TEDH», *Relaciones Laborales*, nº 4, 2014, p. 4.

733 CANO RUIZ, I., «Vestimenta y símbolos religiosos en el ámbito laboral», cit., p. 66.

734 La Sentencia refiere que frente a la situación anterior en la que «la Comisión declaró en varias decisiones que la posibilidad de renunciar al trabajo y cambiar de empleo significa que allí no ha habido ninguna injerencia con la libertad religiosa del empleado» ahora «dada la importancia en una sociedad democrática de la libertad de religión, el Tribunal considera que, cuando una persona se queja de una restricción a la libertad de religión en el lugar de trabajo, en lugar de declarar que la posibilidad de cambiar de trabajo evitaría cualquier injerencia con el derecho, la mejor aproximación sería sopesar la posibilidad en el balance total a considerar si la restricción era proporcionada o no» (Párr. 83).

735 Se alega además que tal accesorio contravenía las normas de uniformidad que incluían la prohibición de usar accesorios o bisutería. Tras aplicar la normativa interna sancionadora, la compañía ofreció a la demandante ocupar un puesto sin atención al público, manteniendo su sueldo, pero lo rechazó. Poco después, la empresa, tras la consulta con los sindicatos, modifica la política de uniformidad aceptando el uso de símbolos religiosos y de organizaciones benéficas. La trabajadora demanda a la empresa por discriminación indirecta por motivos religiosos reclamando el pago de los cuatro meses que había permanecido en su casa sin salario.

736 CANO RUIZ, I., «Vestimenta y símbolos religiosos en el ámbito laboral», cit., p. 68.

empresarial buscado sea legítimo –como lo era en este caso– la medida ha de ser proporcional bajo el examen de otros dos criterios. Primero, que exista una relación de razonabilidad entre los medios empleados y la finalidad buscada que se aprecia con la ponderación de los intereses en presencia; y segundo, que no haya otra medida que, logrando el mismo fin, dañe en menor grado el derecho individual, es decir, que sea menos gravosa para quien sufre la limitación en el ejercicio del derecho⁷³⁷.

Aplicando tal baremo, se considerará que ha existido una interferencia empresarial en la libertad religiosa de la trabajadora, donde pesarán fundamentalmente las siguientes circunstancias: el símbolo era discreto y no afectaba a su aspecto profesional; la empresa toleraba el uso de otros símbolos religiosos que podían tener más incidencia en la imagen de la empresa⁷³⁸ sin que esto hubiese causado un impacto negativo a la marca y la medida de la empresa no era crucial tal y como demuestra que poco después se modificara la normativa de uniformidad para admitir estos elementos.

De esta doctrina por ahora se han de extraer varias consecuencias. Queda descartado tanto el principio de que la buena fe del trabajador impide cualquier manifestación del hecho religioso en el trabajo que pueda alterar las condiciones laborales como la regla de absoluta neutralidad de la empresa por la que no existe obligación alguna de adaptar las condiciones contractuales a las opciones religiosas de los empleados. Dada la importancia que tiene la libertad de religión en una sociedad democrática, cuando un trabajador se queja por la restricción de la libertad de religión en el lugar de trabajo es ya insuficiente alegar la posibilidad de cambiar de trabajo para no interferir en su derecho. Así, en estos casos se deberá acudir al análisis y a la justificación de las restricciones desde el principio de proporcionalidad, donde no basta la finalidad legítima sino la adecuación entre la medida y dicha finalidad, y el apropiado equilibrio entre los respectivos derechos en conflicto.

Pero ello indudablemente no significa que la expresión de las creencias en el trabajo no pueda estar sujeta a límites desde la óptica de la libertad de empresa sino que debe haber una mayor justificación. Así como la obligación de usar una uniformidad «razonable» para proyectar la imagen de la compañía puede ser causa suficiente para limitar la libertad de configurar la apariencia externa de los trabajadores, la posible afectación a la libertad religiosa exige una mayor cautela. La empleadora ha de valorar la posible acomodación de tales expresiones de religiosidad a la finalidad que justifica la vestimenta laboral⁷³⁹.

Una causa de mayor peso podría ser, –más aún cuando la actividad conlleve una imagen pública– la estrategia empresarial fundada en motivos de atención a los clientes y usuarios de guardar la máxima neutralidad ideológica y religiosa en una sociedad laica de gran diversidad social⁷⁴⁰. Puede existir una política empresarial de proyección de una imagen de imparcialidad

737 ELÓSEGUI ITXASO, M., «El caso EWEIDA: los acomodamientos razonables y el test de proporcionalidad en el TEDH», cit., pp. 7-8.

738 Así, se contemplaba la posibilidad de una aprobación expresa de excepciones a la normativa de uniformidad, que se habían concedido previamente a trabajadores de la comunidad sikh o musulmana –que portaban turbantes, brazaletes o velos–.

739 En este sentido, ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «La regulación del velo islámico en el trabajo», cit., p. 12.

740 LAHERA FORTEZA, J., «Libertad religiosa y condiciones laborales: la fe con mutua buena fe», cit., p. 5.

respecto a las distintas creencias ideológicas, filosóficas, políticas o religiosas, que cabe ubicar en la libertad del art. 38 CE a ponderar conforme al art. 3.1 LOLR. La no discriminación por creencias y la tolerancia empresarial del hecho religioso podría resultar compatible con la limitación de las prendas de simbología religiosa siempre que en el caso concreto la medida pueda valorarse como proporcionada al fin. Quizás, el mantener un ideario empresarial de neutralidad y pluralismo social en una sociedad laica, puede orientar la ponderación de derechos a favor de la empresa⁷⁴¹.

Precisamente de este asunto se ha ocupado el TJUE en una Sentencia relativamente reciente, el «Caso *Achbita*»⁷⁴². Se trata de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Casación de Bélgica sobre la interpretación del art. 2.2 a) de la Directiva 2000/78/CE con ocasión del procedimiento planteado por la trabajadora contra la empresa en relación a su despido por negarse a dejar de utilizar el velo islámico. La empresa mantenía un criterio no escrito de prohibir cualquier símbolo visible expresivo de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo. La trabajadora, de religión musulmana, que desempeñaba labores de recepcionista de cara al público, había cumplido la norma aludida durante varios años, hasta que en una fecha determinada comunica a la empresa su intención de llevar el velo islámico. La entidad le informa de que no va a tolerar tal conducta por ser contraria a la política de neutralidad que se había impuesto seguir en las relaciones con sus clientes. Así, modifica el reglamento interno para que tal norma figure por escrito. Ante la persistencia de la trabajadora, finalmente es despedida.

El Tribunal valora que no hay una discriminación directa por cuanto se trata de una política que afecta a todos los empleados por igual, no se dirige a las personas con una creencia en particular, sino que se refiere a los símbolos religiosos de todas las confesiones, así como a los vinculados a otras convicciones como las políticas o filosóficas. No obstante, se señala que podría existir una discriminación indirecta si se acreditara que esta obligación aparentemente neutra ocasiona, de hecho, una desventaja particular a las personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas⁷⁴³, salvo que la diferencia pudiese justificarse objetivamente en base a una finalidad legítima y los medios para la consecución de esta finalidad fueran adecuados y necesarios. En cualquier caso se indica que esta política de neutralidad puede constituir ese interés legítimo siempre que se aplique a los trabajadores que tienen contacto con los clientes y se siga de forma congruente y sistemática⁷⁴⁴. Finalmente, se llama a evaluar si tomando en consideración las limitaciones propias de la empresa y sin que ello representara una carga adicional para esta existía la posibilidad de ofrecer a la trabajadora un puesto de trabajo que no conllevara un contacto visual con los clientes en lugar de proceder a su despido. Con todos estos condicionantes, el Tribunal de Luxemburgo cede la última palabra al juez nacional para evaluar la proporcionalidad de prohibir estas prendas religiosas en el caso concreto.

741 *Supra*, p. 5.

742 STJUE, de 14 de marzo de 2017, As. *Achbita*, C-157/15.

743 ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., manifiesta que sería fácil argumentar este impacto desfavorable para los colectivos religiosos que se ven obligados a portar determinados símbolos de la religión, como ocurre por ejemplo, con las mujeres musulmanas. Precisamente respecto a esta cuestión la Abogada General en sus Conclusiones apunta que «en relación con la prohibición del velo, no se puede afirmar precipitada y rotundamente que tal medida dificulte más allá de lo admisible la integración de las mujeres musulmanas en la vida profesional y social», poniendo como ejemplo a la demandante, que había trabajado durante varios años sin utilizar el velo y estaba plenamente integrada en el mercado de trabajo. «La regulación del velo islámico en el trabajo», cit., p. 12.

744 Véase el comentario a esta sentencia en GARCÍA MURCIA, J., y RODRÍGUEZ CARDO, I.A., «Signos religiosos en la indumentaria de trabajo y principio de no discriminación...», cit., pp. 10 y ss.

Probablemente, por la falta de la valoración de las circunstancias específicas, que corresponde en todo caso a los tribunales de cada Estado, la Sentencia deja abiertos muchos interrogantes. Como se comprueba, se concede un peso razonable al interés empresarial, con la única exigencia de que el empleador actúe con causa justificada y con suficiente coherencia⁷⁴⁵. Sin embargo, nos genera importantes dudas que una política general de neutralidad pueda arrinconar cualquier manifestación religiosa o ideológica en el ámbito laboral. Contamos con un desarrollo doctrinal y jurisprudencial sobre el supuesto contrario, esto es, sobre las empresas de tendencia o ideológicas que conforme a su ideario están legitimadas para limitar la conducta –por tanto también la vestimenta– de los trabajadores que desempeñan tareas de tendencia⁷⁴⁶. No parecen situaciones que puedan ser equiparadas, aunque la Sentencia que comentamos también determina que tales limitaciones se han de restringir a los trabajadores «visibles», es decir, a los que están en contacto con el público. Se podría valorar que esta doctrina trasladada a la empresa privada el principio de neutralidad de Estado en el ámbito público conforme a su concepción más estricta, tal y como se interpreta en los Estados laicos, del que son muestra también algunas sentencias del TEDH⁷⁴⁷.

Sin embargo, es cierto que la existencia de este tipo de protocolos o políticas puede jugar como un argumento de más peso en favor de la empresa para justificar las restricciones al vestuario o simbología religiosa que la mera alusión a la imagen empresarial. Así, la Sentencia del Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca de 6 de febrero de 2017⁷⁴⁸, que aporta una esmerada argumentación para resolver el caso, tiene en cuenta que la empresa no tenía una política específica de neutralidad en relación a la expresión de las creencias de los trabajadores. El conflicto se suscita entre una trabajadora de religión musulmana que desempeñaba tareas de agente de *handling* en el Aeropuerto de Palma de Mallorca contratada por la empresa «Acciona Airport Services, SAU». La empresa le prohíbe el uso del velo islámico y ante la negativa reiterada al cumplimiento de la orden se le impondrán varias sanciones de suspensión de empleo y sueldo. La Sentencia pone de relieve que «la empresa no ha invocado una política de neutralidad religiosa, ni cualquier otro motivo que tuviera que ver con el modo de expresión de la creencia religiosa de la trabajadora o con la seguridad», ni tampoco se ha acreditado perjuicio alguno. Simplemente se alega la inobservancia de las normas de uniformidad que no permiten hacer uso de otras de prendas en defensa de una buena imagen corporativa. En definitiva, «para la empresa es una cuestión meramente estética», causa insuficiente para justificar esta prohibición. Por todo ello, se apreciará la discriminación y la lesión del derecho a la libertad religiosa de la empleada.

745 GARCÍA MURCIA, J., y RODRÍGUEZ CARDO, I.A., «Signos religiosos en la indumentaria de trabajo y principio de no discriminación...», cit., pp. 18-19.

746 En el mismo sentido, se dice que este tipo de argumentación «puede tener otra orientación, aún más fácil, en las empresas de tendencia ideológica –como un colegio cristiano– donde el factor de la restricción puede ser precisamente el propio ideario empresarial». LAHERA FORTEZA, J., «Libertad religiosa y condiciones laborales: la fe con mutua buena fe», cit., p. 5.

747 STEDHAs. Dahlab c. Suiza, de 15 de febrero de 2001. El Tribunal justificó la prohibición del velo a una profesora de primaria por el carácter laico y público de la escuela, como un medio de protección a las creencias de los estudiantes, sobre todo teniendo en cuenta su juventud y su presumible capacidad para ser más influenciados. Puede verse un comentario en MARTÍNEZ-TORRÓN J., «La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo», *Derecho y religión*, nº 4, 2009, pp. 93 y ss.

748 Véase un comentario en CAMAS RODA, F., «El uso del velo islámico en el puesto de trabajo: formas diversas de abordar el conflicto por los tribunales nacionales y el TJUE. Comentario a la SJS núm. 1 de Palma de Mallorca de 6 de febrero de 2017, res. núm. 31/2017, en relación con las SSTJUE de 14 de marzo de 2017, asuntos C-188/15 y C-157/15», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 410, 2017, pp. 123-131.

Directamente relacionada con esta problemática está la cuestión –analizada también en otro momento– de cómo se determina «la imagen de la empresa». Recordemos que cuando esta puede ser la causa de una discriminación o el fundamento que justifique restricciones en los derechos fundamentales de los trabajadores no bastan las meras preferencias, gustos, o decisiones subjetivas empresariales sino que debe existir un interés objetivo relacionado con la actividad. Con menor motivo, las preferencias o deseos de los clientes, hipotéticos o reales, pueden amparar conductas empresariales ilícitas. En este sentido, se ha pronunciado la STJUE de 14 de marzo de 2017 en el «Caso *Bougnaoui*», sobre el despido de una trabajadora por llevar velo islámico, en la que se indica que el «requisito profesional esencial y determinante» que excluye las discriminaciones directas «no puede cubrir consideraciones subjetivas, como la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares del cliente».

Esta cuestión prejudicial se plantea por el Tribunal de Casación de Francia en el procedimiento seguido entre Asma Bougnaoui y la empresa Micropole SA, a propósito del deseo manifestado por un cliente «de que los servicios no sean prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico». El supuesto de hecho del conflicto, que es resuelto en la misma fecha que el «Caso *Achbita*», presenta diferencias significativas con este.

La empresa antes de contratar a la trabajadora conocía que profesaba la religión musulmana y, aunque se le informó que llevar un pañuelo islámico en el trabajo podría constituir un problema cuando tuviese que estar en contacto con los clientes, no le prohibió su uso. De hecho, ella había realizado un período de prácticas en la empresa portando esta prenda y a su finalización fue contratada por tiempo indefinido. Es importante señalar que en la entidad no existía una política de neutralidad que limitara la simbología religiosa o ideológica. La empleada tenía trato directo con los clientes puesto que debía desplazarse a sus locales para prestar servicios informáticos, así que el conflicto se origina cuando la empresa le advierte que alguno de los atendidos era reacio a tratar con trabajadores que hiciesen ostentación de tal religión. La trabajadora, desoyendo las indicaciones de no utilizar en esos casos el velo, es despedida. Tanto en la instancia como en apelación, se rechaza el carácter discriminatorio del despido por entenderse que la limitación era razonable pues solo afectaba a sus tareas cuando tenía trato con los clientes para no interferir en estas relaciones y en los derechos de terceros.

La cuestión a dilucidar por el Tribunal es si conforme al art. 4.1 de la Directiva 2000/78 el deseo de un cliente de que los servicios contratados a la empresa no sean prestados por una empleada que usa un pañuelo islámico constituye un requisito profesional esencial y determinante. La Sentencia recuerda que «el requisito profesional esencial y determinante» no es el motivo en el que se basa la diferencia de trato sino un rasgo relacionado con dicho motivo. Esto es, no puede ser la religión el requerimiento que condicione un trabajo sino una particularidad relacionada con ella. Respecto a la cuestión concreta, se afirma que «solo en muy contadas circunstancias una característica vinculada en particular a la religión puede constituir un requisito profesional esencial y determinante» de forma que se pueda establecer una diferencia de trato justificada. Para ello es preciso atender «a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo», es decir, a circunstancias objetivas relacionadas con estos elementos, no a los que pudieran basarse en «consideraciones subjetivas, como la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares del cliente».

Como indica el Tribunal, en materia religiosa, el requisito profesional esencial y determinante se ha interpretado de manera muy rigurosa precisamente, tal y como concreta el 2º apartado del

art. 4 de la Directiva 78/2000, sirve como fundamento a las exigencias de criterios relacionados con la religión o con las convicciones para desarrollar el trabajo en las empresas de tendencia o ideológicas⁷⁴⁹. De nuevo, señalamos que no parecen trasladables estas excepciones a las empresas neutras, al menos con la intensidad con la que se han aplicado a las entidades con un ideario. En cualquier caso, lo que ofrece menores dudas es que las decisiones o preferencias subjetivas de los clientes no pueden ser las que han de marcar cuáles son las características precisas o necesarias para desempeñar una actividad laboral⁷⁵⁰. La defensa del interés comercial en dependencia a los deseos del cliente no puede legitimar los posibles convencionalismos, estereotipos, prejuicios o, como ya se apuntó, las «inercias sociológicas trasnochadas»⁷⁵¹.

Se ha planteado⁷⁵² que este conflicto en concreto se podía haber propuesto como un caso de discriminación indirecta alegando como causa objetiva la consideración a los clientes, comparable al mantenimiento de una política de neutralidad de la empresa. Además, incluso se podría haber justificado la proporcionalidad de la medida ya que la restricción era más limitada en cuanto solo se obligaba a la empleada a quitarse el velo cuando desempeñaba concretas funciones frente a determinados clientes. No obstante, convenimos con el autor de la propuesta que resultaría complicado alegar como una medida aparentemente neutra los deseos de los clientes, en muchos casos basados en «generalizaciones y estereotipos de carácter discriminatorio»⁷⁵³.

6.3. La especial dificultad del juicio de proporcionalidad

La complejidad que ofrece la resolución de los conflictos en los que puede verse afectada la libertad religiosa de los trabajadores en el ámbito laboral es incuestionable. De ahí, que se haya considerado que la manera más satisfactoria de arbitrar estos desencuentros sea acudir a los acuerdos colectivos⁷⁵⁴ o individuales donde presida la buena fe de ambas partes sociales, en lo que se ha llamado «la fe con mutua buena fe»⁷⁵⁵. Ni la empresa puede negarse sin fundamento a cualquier manifestación de la religión en el ámbito laboral, ni tampoco los trabajadores han de pensar que la expresión de sus creencias en el trabajo no pueda estar sometida a límites desde el derecho a la libertad de empresa, en una sociedad laica presidida por una gran diversidad cultural y social. La solución equilibrada vendría por el «respeto mutuo a las creencias del trabajador, a los valores de la empresa y a los de la propia sociedad con buena fe recíproca»⁷⁵⁶.

749 CAMAS RODA, F., «El uso del velo islámico en el puesto de trabajo: formas diversas de abordar el conflicto por los tribunales nacionales y el TJUE...», cit., p. 125.

750 Recuérdese en este sentido la STJUE As. Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV, de de 10 de julio de 2008 (C-54/07), sobre la decisión adoptada por una empresa belga dedicada a la venta e instalación de puertas en domicilios privados de no contratar trabajadores extranjeros, especialmente marroquíes, a causa de las reticencias mostradas por sus clientes.

751 SERRA CALLEJO, J., «La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas», cit., p. 104.

752 Seguimos a ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «La regulación del velo islámico en el trabajo», cit., p. 13.

753 *Supra*, p. 13.

754 Sobre la idoneidad de la negociación colectiva para regular el uso de la vestimenta y su compatibilidad con la identidad cultural, SERRANO FALCÓN, C., «El uso del pañuelo musulmán (hiyab) en el ámbito laboral español: ¿prohibición o tolerancia?», *Trabajo y Derecho*, nº 18, 2016, pp. 50-51.

755 LAHERA FORTEZA, J., «Libertad religiosa y condiciones laborales: la fe con mutua buena fe», cit., p. 4.

756 *Supra*, p. 12.

Pero sabemos que en la realidad no se actúa de esta manera, cada vez se asiste a más conflictos judiciales de carácter individual relacionados con esta materia. Partiendo de que solo contamos con una regulación normativa genérica, de nuevo, apuntar, aunque resulte reiterativo, que la manera de afrontar este tipo de conflictos en nuestro derecho (si atendemos a la jurisprudencia del TC, del TEDH y del TJUE) y de valorar las diferentes justificaciones –ya estudiadas– no es otra que la aplicación del consabido juicio de proporcionalidad. Sin embargo, como se señaló en otro momento, su aplicación no resulta tan operativa a fin de garantizar los derechos que requieren para su efectivo disfrute una acción positiva de la empresa (libertad religiosa o ideológica, derecho a la educación, entre otros), generalmente una modificación o adaptación de las condiciones laborales. Resulta más eficaz la doctrina de la acomodación razonable⁷⁵⁷, utilizada por los tribunales de Canadá y Estados Unidos.

La dificultad aún es mayor cuando en el empleo de este juicio se han de apreciar múltiples circunstancias, que no solo obedecen a criterios de naturaleza jurídica sino que también influyen las opciones sociales y políticas ante el fenómeno religioso. Así, existe un modelo multicultural, intercultural⁷⁵⁸ o comunitarista⁷⁵⁹ que aboga por la expresión pública de la fe en cualquier ámbito, incluyendo el laboral, lo cual obliga a las empresas a una acomodación razonable de las vestimentas y prácticas religiosas en el contrato de trabajo⁷⁶⁰. En otro extremo, está el modelo laicista o «laico militante», que reserva la fe a la esfera privada, proscribida la simbología religiosa en los espacios públicos y, respecto al ámbito laboral, no exige a la empresa modificar su organización en función de las convicciones de los empleados⁷⁶¹. Sin embargo, estas dos direcciones no son totalmente impermeables, el respeto a los valores fundamentales propios de las sociedades occidentales lleva en algunos casos a la necesidad de una adaptación religiosa para garantizar principios fundamentales como el respeto a la dignidad o a la no discriminación por razón de sexo⁷⁶².

En España, no existe un patrón definido, ni siquiera en el ámbito público. No hay duda de que la normativa laboral no impone a los empleadores la obligación de realizar una acomodación razonable de los puestos de trabajo a las creencias religiosas de los trabajadores⁷⁶³, pero, a resultas de la aplicación del principio de proporcionalidad combinado con el deber mutuo de buena fe de

757 GOÑI SEIN, J.L., «Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?», cit., p. 36 y ss.

758 LAHERA FORTEZA, J., «Libertad religiosa y condiciones laborales: la fe con mutua buena fe», cit., p. 13.

759 CAMAS RODA, F., «La evolución en el marco jurídico europeo y español del derecho a la libertad religiosa o de creencias en el trabajo», AA. VV., (coord. CAMAS RODA, F.), *El ejercicio del derecho de libertad religiosa en el marco laboral*, Bomarzo, Albacete, 2016, pp. 9 y ss. y «El uso del velo islámico en el puesto de trabajo: formas diversas de abordar el conflicto por los tribunales nacionales y el TJUE...», cit., p. 131.

760 Véase en este sentido el modelo de Estados Unidos en VALDES DAL-RÉ, F., «Libertad religiosa y contrato de trabajo», cit., pp. 597-601 y el de Canadá en ELÓSEGUI ITXASO, M., «El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público», cit., pp. 75-81.

761 El paradigma de este modelo es Francia. Ver referencias jurisprudenciales en VALDES DAL-RÉ, F., «Libertad religiosa y contrato de trabajo», cit., pp. 601-603.

En el ámbito laboral esta también era la línea del TEDH, aunque ya se ha analizado que ha habido un cambio de doctrina en los últimos pronunciamientos.

762 LAHERA FORTEZA, J., «Libertad religiosa y condiciones laborales: la fe con mutua buena fe», cit., p. 13.

763 En la normativa española y en el Derecho comunitario esta exigencia solo está prevista por razones de discapacidad.

las partes contractuales, podría llegarse en ocasiones a resultados parecidos⁷⁶⁴. Ya hemos visto que cuando no hay un perjuicio («Caso *Eweida*»), ni tampoco se deriva una carga excesiva para la empresa («Caso *Achbita*»), esta debería admitir la simbología religiosa o al menos restringir su uso solo a las funciones que se desempeñan de cara al público o, incluso, ofrecer un puesto de trabajo donde no se realicen tareas de esa naturaleza. Quizás, en estos casos lo más aconsejable es una negociación individual presidida por la buena fe sobre las posibles restricciones, evitando una incertidumbre sobre su legitimidad⁷⁶⁵ y la consiguiente conflictividad.

En la misma línea apuntada, cuando en el juicio de proporcionalidad se valoran los sacrificios o perjuicios que en el caso concreto suponen estas limitaciones para la libertad religiosa de los trabajadores, hay supuestos específicos, como el del velo islámico de las mujeres musulmanas, que aconsejan tomar en consideración sus consecuencias en el mantenimiento de las situaciones de desigualdad de determinados grupos sociales desde la perspectiva de la discriminación indirecta⁷⁶⁶. Como se sabe, la mayoría de las culturas parecen «elegir» especialmente a las mujeres para que sean las encargadas de exhibir y transmitir la identidad cultural, étnica o religiosa⁷⁶⁷ a través de la indumentaria u otros símbolos⁷⁶⁸. Por ello, la prohibición de determinadas prendas u objetos religiosos en el trabajo puede tener un impacto mayor sobre las mujeres de determinadas religiones, que incluso puede ser mucho más grave cuando por las propias convicciones se estima que son obligaciones insoslayables. Así, la prohibición del *hiyab* o el pañuelo islámico puede producir unas desventajas específicas para la participación en el mercado de trabajo de las mujeres musulmanas que ya se encuentran en una posición de especial vulnerabilidad⁷⁶⁹. Incluso, puede suponer de manera hipotética su exclusión del trabajo asalariado o de determinados empleos⁷⁷⁰.

En definitiva, aún siendo todas las creencias igualmente respetables –siempre que no dañen otros bienes jurídicos dignos de protección– y mereciendo la misma tutela del ordenamiento jurídico su expresión a través de la simbología, la riqueza de las situaciones fácticas a las que se enfrentan los órganos judiciales exige una esmerada (y complicada) aplicación del juicio de proporcionalidad que puede dar lugar a soluciones aparentemente contradictorias. La certidumbre y la seguridad jurídica se alcanzan con la existencia de unas pautas o criterios homogéneos y generales para esta ponderación, pero la equidad exige una valoración concienzuda de todas las circunstancias concretas presentes en cada situación, que a la defensa jurídica corresponde poner de manifiesto.

764 ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «La regulación del velo islámico en el trabajo», cit., p. 15 y LAHERA FORTEZA, J., «Libertad religiosa y condiciones laborales: la fe con mutua buena fe», cit., p. 11.

765 ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «La regulación del velo islámico en el trabajo», cit., p. 15.

766 *Supra*, p. 16.

767 Así se apunta a que la raza y la etnia, vinculada a la inmigración y los desplazamientos, el sexo femenino y otras circunstancias personales o sociales, son factores de discriminación múltiple particularmente rechazables en los que el sexo femenino interactúa en cada uno de ellos. CASAS BAAMONDE, M. E., «¿Derechos fundamentales específicos de las mujeres?», *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 1, 2017, p. 5.

768 ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», cit., p. 11.

769 Véase, sobre esta cuestión, SERRANO FALCÓN, C., «El uso del pañuelo musulmán (*hiyab*) en el ámbito laboral español: ¿prohibición o tolerancia?», cit., pp. 47-48.

770 ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «La regulación del velo islámico en el trabajo», cit., p. 16.

7. La apariencia externa *versus* la libertad ideológica, la libertad de expresión y la libertad sindical

La indumentaria y los adornos son instrumentos a través de los cuales los individuos expresan su identidad, su modo de ser, su propia personalidad. Así, a través de estos elementos –como ya se ha visto respecto a la libertad religiosa– se pueden manifestar las creencias o convicciones o, incluso, ser el vehículo para ejercitar la libertad de expresión mostrando al exterior las ideas u opiniones que, dependiendo de su contenido, podrían ubicarse dentro de la libertad sindical.

Esta opción de los trabajadores de utilizar su imagen externa en el entorno laboral para manifestar su manera de pensar o sus ideas o canalizar sus reivindicaciones podría entrar en conflicto con los intereses empresariales. En realidad, este asunto no difiere del tratado en el apartado anterior, puesto que, al fin y al cabo, la libertad religiosa es la versión «trascendente» de la ideológica. Por ello, la manifestación expresiva de tales opciones puede chocar con la política empresarial de mantener hacia el exterior una imagen de neutralidad respecto a las distintas creencias ideológicas, filosóficas o políticas.

No obstante, la realidad refleja poca o nula conflictividad en esta materia. A nuestros tribunales laborales⁷⁷¹ no han llegado asuntos relativos a otro tipo de expresión en el centro de trabajo de ideas o concepciones por medio de la simbología, al margen de los supuestos de manifestación de las creencias religiosas a través de la indumentaria. Únicamente la STSJ de Andalucía, de 13 de noviembre de 2001⁷⁷² recoge un caso próximo a esta materia. En un contexto conflictivo en la empresa un sindicato había confeccionado unas camisetas con su logotipo y un mensaje contrario a la futura privatización. La entidad ordenó su retirada por no ajustarse a la ropa de trabajo prevista en el convenio colectivo y tratarse de la transmisión de un mensaje que debía realizarse en los tabloneros de anuncios habilitados para ello. El sindicato entabló el procedimiento de tutela de derechos fundamentales por lesión a la libertad sindical en conexión con la libertad de expresión. Aunque el Ministerio Fiscal en su informe escrito, interesó la admisión de la demanda por estimar que se había vulnerado el derecho fundamental a la libertad sindical porque «el anagrama reivindicativo puede ser considerado perfectamente un comportamiento integrador del derecho a la actividad sindical que regula el artículo 2.1 d) de la LO 11/1985, de Libertad Sindical», el Tribunal tendrá otro parecer. Resuelve el caso «sencillamente» aplicando las reglas del convenio colectivo. Si este ordenaba una determinada ropa de trabajo de la que no formaba parte la camiseta reivindicativa, los trabajadores estaban obligados a llevarla, de tal modo que la exigencia empresarial no resultaba contraria «a la posible libertad de expresión de los trabajadores y a la libertad sindical». Sin embargo, la Sentencia afirma que «otra cosa hubiera sido si en la propia ropa de trabajo suministrada por la empresa, y no en otra distinta, se hubieran incorporado los anagramas y frases publicitarias». En ese supuesto «si tal incorporación hubiera sido vetada por la empresa, sí pudiéramos entrar

771 CÁMARA BOTÍA, A., «La libertad de vestir del trabajador», cit., p. 21. Refiere que en Estados Unidos se han conocido varios asuntos sobre exhibición de insignias sindicales por los trabajadores en los que los tribunales han reconocido su derecho a llevarlas salvo que existan «circunstancias especiales» que puedan justificar la limitación empresarial. Entre tales causas se han considerado las razones de seguridad en el trabajo y el mantenimiento de la imagen de la empresa, especialmente para los empleados en contacto con el público en empresas con estrictas reglas de uniformidad.

772 Rec. núm. 2798/2001.

a analizar si se viola o no el derecho de libertad sindical». No parece que la inobservancia de la uniformidad, respecto a la que no se alegaron o acreditaron en el caso perjuicios concretos para la empresa, más allá de tal incumplimiento, fuese título o causa suficiente para no entrar a conocer la posible vulneración de los derechos fundamentales. Ello nos priva de un pronunciamiento judicial que, probablemente, a nuestro entender, al tratarse de una reivindicación laboral realizada en términos no ofensivos hubiese quedado amparado por la libertad de expresión⁷⁷³ y la libertad sindical.

Respecto a la manifestación de otras ideas u opiniones, al margen de las reclamaciones de naturaleza laboral, parece que los límites han de ser los mismos que los ya configurados por la jurisprudencia constitucional para el ejercicio de estos derechos fundamentales (libertad ideológica y especialmente la libertad de expresión) por parte de los trabajadores en el seno de la relación de trabajo. Sin embargo, la Sentencia del TJUE sobre el «Caso *Achbita*» abre la posibilidad al establecimiento de políticas empresariales de neutralidad que puedan limitar esa libertad de exteriorizar las opciones ideológicas, sobre todo para los trabajadores que de manera directa proyectan la imagen corporativa de la entidad. En cualquier caso, ya planteamos, que es difícil en estas situaciones fijar unas pautas generales. Aunque, en principio, dentro del respeto a los valores constitucionales, cualquier ideología merece la misma protección, la significativa vinculación –en algunos casos obligada– de la religión a la utilización de determinados símbolos o prendas expresivos de tales convicciones, lleva a considerar que puede ser más gravoso y perjudicial para la persona prescindir de tales elementos que de aquellos que pueden reflejar otro tipo de ideas (políticas, sociales...).

No obstante, cada vez es más común que se organicen campañas en las que se portan distintivos (los lazos de diferentes colores, pins) que pretenden expresar el apoyo a una causa o a unos ideales (la lucha contra determinadas enfermedades o la solidaridad con los afectados, la oposición al terrorismo, la defensa de la independencia). ¿Puede la empresa prohibir cualquier manifestación de este tipo? Parece desmesurado pensar que una política de neutralidad empresarial pueda limitar todas estas formas de opinión, aunque se ha de reconocer que en determinadas circunstancias y dependiendo del contexto esta simbología podría afectar de manera negativa a las relaciones de la empresa con terceros y a la propia paz interna entre la plantilla⁷⁷⁴.

Como ya dijimos, menos dudas ofrecen las restricciones que en este sentido pueden establecer las empresas con un ideario propio, puesto que existe una doctrina⁷⁷⁵ y una jurisprudencia más asentada sobre la legitimidad de que los trabajadores de tendencia puedan ver limitada su libertad

773 Respecto a sus límites, (SSTC 204/1997, 134/1999, 6/2000, 11/2000, 49/2001, 148/2001, 181/2006) «fuera del ámbito de protección de dicho derecho se sitúan las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y, por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el art. 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con la norma fundamental».

774 GIL Y GIL, J.L., «Poder directivo y apariencia externa del trabajador», cit., p. 210.

775 Sobre las relaciones laborales en este tipo de entidades, APARICIO TOVAR, J., «Empresas ideológicas y derechos fundamentales de los trabajadores» en AA. VV., (coord. APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A.), *Autoridad y democracia...*, cit., pp. 77-93, CALVO GALLEGO, F.J., *Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*. Consejo Económico y Social, Madrid, 1995, DEL VAL TENA, A.L., «Las empresas de tendencia ante el derecho del trabajo: libertad ideológica y contrato de trabajo», *Relaciones Laborales*, nº 2, 1994. pp. 177-198 y SELMA PENALVA, A., «La trascendencia práctica de la «vinculación ideológica» en las empresas de tendencia en el ámbito de las relaciones de trabajo», *Anales del Derecho*, Universidad de Murcia, nº 26, 2008, pp. 299-332.

ideológica⁷⁷⁶. En estos casos, la imposición de una determinada uniformidad o las indicaciones en la vestimenta del personal vinculados al determinado ideario de la empresa ya sea religioso⁷⁷⁷ o de otro tipo, parecen del todo justificadas⁷⁷⁸. Incluso, podría condicionarse o restringirse respecto a los trabajadores neutros llevar símbolos que puedan representar ataques abiertos o solapados al ideario o que expresen su disconformidad con el mismo dentro del centro de trabajo⁷⁷⁹. Aunque estos empleados no están obligados a compartir la ideología de la entidad para la que trabajan, no pueden realizar en el entorno laboral actos contrarios al mismo.

8. Los cambios de apariencia física/estética como causa de extinción de la relación laboral

La apariencia física no es totalmente inmutable y puede variar a lo largo de la relación laboral por diferentes acontecimientos: accidentes o enfermedades de las que se deriven deformaciones o simples cicatrices, el mero transcurso de los años que envejece el cuerpo o las facciones o el estilo de vida u otras circunstancias que conducen al sobrepeso, entre otras. En determinadas actividades excepcionales (ámbito artístico, publicitario) en las que una apariencia física concreta es un factor determinante para el desempeño laboral, la modificación de estas características puede afectar a la capacidad laboral de los trabajadores. En este escenario puede estar justificada una extinción contractual por parte de la empresa, cuya vía legal más adecuada parece ser el art. 52 a) del ET relativo a la falta de aptitud sobrevenida del empleado⁷⁸⁰. Incluso se ha propuesto la posibilidad de que cuando tales modificaciones incidan en el rendimiento de los trabajadores y en la actividad de la empresa se acuda al despido por causas organizativas bajo el amparo del interés comercial de la empresa⁷⁸¹. En todo caso es necesario que la empleadora acredite que las condiciones concretas de la apariencia física son requisitos inseparables de la actividad a desarrollar o que aportan tal valor añadido a las tareas que su pérdida influye directamente en el rendimiento, provocando la falta de idoneidad del trabajador. Trasladamos aquí lo ya valorado en páginas anteriores en relación a la obesidad o sobrepeso que, dependiendo de las circunstancias concretas, podría ser una causa justificada de la extinción de la relación laboral cuando ha quedado limitada la capacidad física de los trabajadores para el desempeño de sus tareas⁷⁸² o cuando las condiciones o rasgos asociados a

776 CAMÓS VICTORIA, I., «La gestión de la diversidad religiosa en el ámbito del empleo y las empresas de tendencia», en AA. VV., (coord. CAMAS RODA, F.), *El ejercicio del derecho de...*, cit., p. 78.

777 Así, se ha entendido que «la imposición del velo solo parece *a priori* responder a una finalidad legítima en los puestos de tendencia desempeñados en empresas dedicadas a la propagación de versiones del islam que lo consideren obligatorio o conveniente». No estaría justificada su imposición, por ejemplo, en las empresas dedicadas a la producción o distribución de carne *halal*, aunque pueda haber empleadores que tengan un interés legítimo en proyectar una imagen de diversidad étnica, religiosa o de confesionalidad, ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «La regulación del velo islámico en el trabajo», cit., pp. 13 y 14.

778 ROMERO BURILLO, A.M., «Poder de dirección, indumentaria de trabajo y derechos fundamentales de los trabajadores», cit., p. 85.

779 SSTC 5/81 y 47/85.

780 RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*, cit., p.p. 94.

781 *Supra*, p. 94.

782 La STSJ (Sala de lo Social) de Valencia, de 9 de mayo de 2012 (Rec. núm. 823/2012) se refiere a la falta de llamamiento de un trabajador fijo discontinuo, basado en el informe de no aptitud emitido por el servicio médico de empresa.

esta circunstancia pudiesen ser de manera objetiva requisitos determinantes o esenciales para la prestación laboral a desarrollar⁷⁸³.

En relación a los cambios de apariencia física también se incluyen en este marco las modificaciones por reasignación de sexo de los trabajadores transexuales⁷⁸⁴ una vez iniciada la relación laboral. De nuevo, se trata de realidades excepcionales en las cuales será necesario que el dato sexual defina la actividad en sí, impidiendo su realización a aquellos que no pertenezcan a dicho sexo⁷⁸⁵. En tales circunstancias se entiende que la prestación laboral es imposible⁷⁸⁶ y se abre la vía del art. 52 a) para la extinción, sin que probablemente tal decisión empresarial incurra en una discriminación por identidad sexual⁷⁸⁷. Se citan como posibles ejemplos de este tipo de actividades: los bailarines *peep-shows*, el deporte de competición o las empresas de tendencia donde el género sea un elemento fundamental en la contratación⁷⁸⁸. Pero la realidad muestra en los pocos casos que han llegado hasta los tribunales que el trabajador suele ser despedido bajo «otros pretextos» por haberse sometido a una operación de cambio de sexo o tener la intención de hacerlo⁷⁸⁹.

783 Ya se comentó anteriormente que puede haber situaciones excepcionales en las que un sobrepeso de cierta intensidad podría ser incompatible con determinadas exigencias estéticas del puesto de trabajo.

784 Sobre esta materia, véase ALONSO OLEA, M., «El despido de un transexual (a propósito de la Sentencia comunitaria de 30 de abril de 1996)», *Revista Española del Derecho del Trabajo*, n° 87, 1998, pp. 5-19, DEL VAL ARNAL, J., «La argumentación razonable por la empresa en la extinción del contrato de trabajo de un transexual: el error en la persona; la defensa del trabajador: discriminación por razón de sexo», *Aranzadi Social*, n° 2, 2007, pp. 2746-2755, VICENTE PALACIO, M.A., «Transexualidad y contrato de trabajo. (Breves consideraciones a propósito de la STCE de 30 de abril de 1996)», *Tribuna Social*, n° 67, 1996, pp. 55-61. También analiza la incidencia de la transexualidad en la relación laboral, RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*, cit., pp. 160-164.

785 De acuerdo al art. 5 LO 3/2007 que dispone «no constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado».

786 ÁLVAREZ CUESTA, H., «Discriminación laboral por razón de identidad sexual», Comunicación presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, AA. VV., (AEDTSS) *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 12.

787 Sobre el reconocimiento en su momento de la discriminación por cambio de sexo como una circunstancia incluida en la cláusula «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» del art. 14 CE, véase la STC 176/2008, comentada por PULIDO QUECEDO, M., «Transexualidad, interdicción de discriminación y derecho de visitas de los hijos», *Aranzadi Doctrinal*, n° 2, 2009, pp. 85-91.

788 DEL VAL ARNAL, J., «Los transexuales y el contrato de trabajo: la defensa de sus derechos fundamentales», Comunicación presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, AA. VV., (AEDTSS) *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 6.

789 STSJ de Madrid de 24 de julio de 2018 (Rec. núm. 169/2018) sobre el cese en periodo de prueba de un trabajador transexual. Aunque presenta indicios de posible discriminación por las quejas de la empresa sobre su vestimenta (falda), finalmente la entidad acredita otras causas que justifican la extinción.

No obstante, la SJS Barcelona de 26 marzo de 2007 (Proc. núm. 104/2007) estimará la nulidad de la extinción en periodo de prueba por discriminación de la trabajadora.

También se entenderá nulo el despido de un trabajador a raíz de la operación de cambio de sexo y la constancia pública de su condición de transexual. Se acredita que los mandos de la empresa habían comentado que esa circunstancia perjudicaba a la imagen de la entidad. STSJ de Cataluña, de 19 de enero de 2006 (Rec. núm. 6953/2005).

También los cambios en la apariencia estética de los empleados durante la relación laboral pueden ser considerados desde la perspectiva empresarial contrarios a sus intereses bien por perjudicar la imagen de la entidad o bien por repercutir en su actividad u objetivos comerciales. Son situaciones en realidad ya valoradas en las que por diferentes razones (conversión a una religión, deseo de manifestar una ideología o simple cambio de gustos o preferencias) el empleado modifica la vestimenta u otros elementos de su aspecto externo. Como veíamos al inicio de este capítulo, la naturaleza reversible de estas opciones, sitúa los conflictos en un escenario previo a la extinción del contrato, que es el intento –legítimo o ilegítimo, según las circunstancias– de que el empleado se adapte a la estética anterior. La inobservancia de tales requerimientos será la que en mayoría de los casos conduzca a la extinción (o a la imposición de otro tipo de sanciones) a través de la vía disciplinaria. En estos casos, ante la vulneración de uno o de varios derechos fundamentales, puesto que muchas veces la conducta empresarial suele ser pluriofensiva (derecho a la propia imagen, discriminación por diferentes motivos, libertad religiosa...), el ordenamiento reaccionará con la nulidad de la medida y la reparación de los daños causados a los afectados.

Capítulo III.

**La utilización laboral
y comercial por parte
de la empresa: la cesión de
la imagen por los trabajadores**

En este capítulo pretendemos abordar aquellos supuestos en que mediando una relación laboral el derecho a la propia imagen de los trabajadores podría verse limitado en conexión con la actividad o funciones que desempeñan. A veces la prestación de trabajo puede suponer en sí misma la necesidad de que el empleado se vea sometido a la captación, reproducción o publicación de su propia imagen. Ello es así porque la naturaleza de las funciones contratadas puede implicar de manera directa o indirecta la exposición pública de los trabajadores y la posibilidad o incluso la exigencia de que su actividad, y por tanto su imagen sea grabada, reproducida o publicada.

Existen prestaciones de esta naturaleza, cuyo máximo exponente es el trabajo de los artistas en espectáculos públicos, en el que prima la imagen del sujeto. Gracias al desarrollo de las nuevas tecnologías que permiten la grabación y difusión de su actividad han nacido nuevas formas de expresión, productos y servicios artísticos que entrañan la necesaria cesión de los derechos de imagen del artista al empleador o a la empresa. De igual manera, la creciente mercantilización en el deporte profesional⁷⁹⁰, convertido en un espectáculo de masas, cuya difusión pública genera importantes beneficios económicos, supone la necesaria afectación al derecho a la imagen de estos profesionales.

Pero además se ha de tener en cuenta que la popularidad de la que gozan, tanto los artistas como los deportistas profesionales, conduce a que las empresas o las entidades deportivas dimensionen su vínculo contractual más allá de su actividad principal para la explotación de la imagen de estos profesionales con fines publicitarios o comerciales. Estas relaciones laborales merecen un estudio propio tanto por la extensión y vinculación que en ellas cobra la imagen de los trabajadores respecto a la actividad laboral como por la importancia económica que tiene la figura de estos profesionales. De ahí, que pueda dar lugar a la celebración de otro tipo de negocios jurídicos para su explotación al margen del contrato laboral.

En otras relaciones esta conexión de la imagen con la actividad de trabajo no es tan precisa pero la empresa amparándose en razones promocionales, comerciales, o incluso informativas podría pretender el uso de la imagen de los empleados sin precisar de su consentimiento al efecto. Se trata de analizar en qué medida el empleador podría limitar el derecho de los trabajadores al anonimato en virtud del contrato de trabajo o de las excepciones específicas a la afectación del derecho a la propia imagen, reguladas el art. 8.2⁷⁹¹.

790 ROQUETA BUJ, R., «La participación de los deportistas profesionales en los beneficios que se derivan de la explotación comercial de su imagen», AA.VV., (coord. SALA FRANCO, T.), *Libro homenaje a Abdón Pedrajas Moreno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 485.

791 Recordamos tales excepciones, «En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá:

- a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.
- b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.
- c) La información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio.

1. Poder de dirección y derecho a la propia imagen. La grabación, uso o divulgación de la imagen de los trabajadores por parte de la empresa para fines empresariales

1.1. El objeto del contrato como título legitimador de la disposición de la imagen de los trabajadores por parte de la empresa

Al margen del sector artístico y deportivo, hay otras prestaciones laborales como la de los reporteros gráficos o los periodistas cuya actividad exige por su propia naturaleza, bien de manera regular (como es el caso de los presentadores de noticias en radiotelevisión) o bien de manera esporádica, que su imagen sea captada, grabada y difundida ante el público. Se trata de situaciones en las que generalmente no existe un valor económico asociado a la imagen pero la naturaleza de las tareas a desarrollar exige la exposición pública de su persona. No estamos por tanto ante una explotación comercial de la imagen del empleado por parte de la empresa.

Nos podríamos cuestionar si en tales circunstancias se precisa una autorización expresa y específica de los trabajadores respecto a la cesión de su derecho a la imagen o si de la existencia del contrato de trabajo deriva ya una licencia del titular de la imagen en favor de la empresa para su utilización.

A favor de esta segunda tesis estaría la propia lógica de la teoría negocial en relación al objeto y el consentimiento del contrato. Cuando la captación y difusión de la imagen de los trabajadores tenga una relación directa con la actividad a desarrollar se ha de considerar que la voluntad libremente prestada para la celebración del contrato de trabajo lleva implícita, por necesaria, la autorización para su grabación y divulgación. Otra conclusión llevaría a admitir que a falta de un pacto específico no se pudiera cumplir con el objeto principal del contrato, esto es, desarrollar las tareas que necesariamente suponen la exposición de la figura personal. Parece pues que hay que entender que el consentimiento prestado en el contrato laboral incorpora *per se* el uso de la imagen del empleado siempre que se realice en función de la prestación convenida⁷⁹².

Conforme a ello, se ha de considerar que la empresa puede utilizar la imagen pero únicamente para los fines ineludibles relacionados con el cumplimiento del objeto del contrato, no para otros propósitos, salvo que en este caso hubiese un pacto expreso al efecto. En este sentido, siguiendo con el ejemplo anterior, se consideraría adecuada la grabación y difusión de la imagen del periodista por razones informativas mientras retrasmite una noticia en televisión, pero dichas imágenes no podrían ser empleadas posteriormente para otras finalidades, como pudiese ser la elaboración de un documental para su comunicación posterior con fines comerciales. Se trata de valorar en qué medida la prestación contratada requiere la exhibición pública del empleado.

Esta es la línea argumental seguida por el Tribunal Constitucional en su ya clásica STC 99/1994, de 11 de abril sobre el oficial de 2ª cortador y deshuesador de jamones⁷⁹³. Como se

792 CORDERO SAAVEDRA, L., «Derecho a la propia imagen y contrato de trabajo», cit., p. 255.

793 Ampliamente comentada por la doctrina, entre otros, MONTOYA MELGAR, A., «Poder directivo del empresario y derecho del trabajador a la propia imagen», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 75, 1996, pp. 163 y ss. LAFUENTE CUBILLO, A.I., «Sobre el derecho a la propia imagen», *Revista Española*

recordará, en el caso concreto el trabajador fue sancionado por negarse reiteradamente a realizar sus tareas de despiece y corte de jamón en una muestra de los productos de la empresa. Esta se iba a desarrollar ante las autoridades y los medios de comunicación pública y el empleado no deseaba bajo ningún concepto que su imagen fuese fotografiada y difundida.

La Sentencia parte del planteamiento tradicional y premisa general de que el contrato de trabajo no puede considerarse un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que le corresponden al trabajador como ciudadano. Si bien se admite que la inserción en una organización ajena modula tales derechos en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad en concreto.

El Tribunal reconoce que claramente «existen actividades que traen consigo, con una relación de conexión necesaria, una restricción en el derecho a la imagen de quien deba realizarlas, por la propia naturaleza de estas como lo son todas las actividades en contacto con el público, o accesibles a él», para aseverar que en tal caso no cabe que quien acepta prestar tales tareas invoque posteriormente la lesión del derecho fundamental para eximirse de su realización. Por ello, la resolución de este tipo de conflictos requiere examinar en cada caso «si, por la naturaleza del trabajo contratado» las obligaciones del trabajador «implicaban la necesaria restricción de su derecho de tal suerte que pudiera entenderse que era la propia voluntad del trabajador —expresada al celebrar el contrato— la que legitimaba las que pudieran exigírsele en el futuro». Para realizar este juicio, el Tribunal apela no solo a lo expresamente pactado, sino también las consecuencias que según la naturaleza del contrato sean conformes a la buena fe, «a tal efecto, resulta de interés esencial la toma en consideración del propio objeto del contrato, y la medida en que este exigía, o podía entenderse que exigía conforme a las exigencias de la buena fe, la limitación del derecho fundamental para el cumplimiento y la satisfacción del interés que llevó a las partes a contratar». Ello no implica una interpretación extensiva, sino que se ha de extraer la conclusión de que el derecho a la propia imagen no queda incorporado de manera automática al contrato sino que será este y la naturaleza de las funciones a desempeñar los que determinen sus modulaciones. Sólo cuando exista una relación directa o necesaria entre las tareas y la afectación del mismo podrá considerarse que el consentimiento contractual autoriza tales actuaciones y justifica lo que de otra manera debiera considerarse como una intromisión ilegítima conforme a la LO 1/82.

De acuerdo a la doctrina expuesta en la Resolución mencionada, el Alto Tribunal consideró que el trabajador no tenía asignadas ni de forma explícita ni implícita tareas de exhibición de su habilidad y que estas no eran componentes «imprescindibles» de las funciones que debía desarrollar. Por todo ello, el contrato no podía considerarse por sí mismo como título que legitimara la orden dada por la empresa.

En este sentido, aplicando expresamente la doctrina de la STC 99/94, la STJ de Madrid, de 30 de septiembre de 1997⁷⁹⁴ llegará a diferente conclusión de acuerdo a la distinta naturaleza del trabajo a desarrollar. En el caso concreto se estima que el derecho a la propia imagen no autoriza la resistencia del actor, jefe de mesa en una sala de bingo, a que su imagen se viese reproducida en los monitores de televisión por circuito cerrado del local durante unos segundos mientras leía

de Derecho del Trabajo, n° 71, 1995, pp. 467 y ss., y MOLINA GARCÍA, M., «El derecho del trabajador a su propia imagen», *Relaciones Laborales*, n° 2, 1995, pp. 618 y ss.

794 Rec. núm. 2735/1996.

los números de los cartones. El Tribunal argumenta que la prestación se iba a desarrollar en un local abierto al público en el que, por el tipo de empresa y actividad, existe la obligación legal de hacer públicas todas las cuestiones relacionadas con el desarrollo del juego frente a la clientela. Por ello, se asevera que quien suscribe un contrato de trabajo de este carácter está aceptando la limitación de su derecho a la propia imagen en relación a la publicidad necesaria para la ejecución de sus tareas dentro del correcto desarrollo de la actividad empresarial.

Sin embargo, con una interpretación mucho más restrictiva la Sentencia de la AN de 15 de junio de 2017⁷⁹⁵ estima una demanda de conflicto colectivo admitiendo la nulidad de una cláusula tipo incorporada en los contratos de trabajo. En ella, los trabajadores autorizaban la cesión de su imagen tomada mediante una cámara web u otro medio para la realización de servicios de videollamada, de acuerdo a LO 1/82 y a la normativa de protección de datos. A la empresa, dedicada a la venta telefónica, le resultaba aplicable el V Convenio Sectorial de *Contac Center*, que incluye en su ámbito funcional toda actividad de contacto con terceros con la admisión de manera amplia y abierta de distintos instrumentos tecnológicos: «por vía telefónica, por medios telemáticos, por aplicación de tecnología digital o por cualquier otro medio electrónico». Aunque no era una operación muy utilizada, la entidad mantenía dos contratos mercantiles de servicios donde ofrecía a los clientes esta posibilidad. Por ello, se había instalado una *webcam* en los terminales de los trabajadores. La empresa había incorporado en todos los contratos laborales una cláusula de consentimiento expreso para la cesión de la imagen en esta actividad de telemarketing, si bien queda acreditado que para otro tipo de servicios como los promocionales que precisaran de la difusión de la imagen del trabajador se solicitaba una autorización específica a los empleados.

La Sentencia reconoce que, conforme al convenio colectivo aplicable, es legítimo que la empresa pueda exigir a los trabajadores la realización de servicios de videollamada cuando la actividad pactada con el cliente lo requiera, lo cual necesariamente comporta la cesión de la imagen de los afectados para activar esta función. No obstante, considera que la limitación del derecho a la imagen requiere un consentimiento expreso bajo el argumento de que al ser un servicio minoritario (en ese momento solo lo prestaban 15 de los 6000 trabajadores), no se entiende «absolutamente imprescindible» para el cumplimiento del contrato. En relación a la fórmula para obtener esta aceptación, se estima que una cláusula genérica de este estilo vacía de contenido el derecho. Para evitarlo, la empresa debería haber requerido una autorización en relación a los servicios concretos asociados al contrato. Se alude también, con remisión a la doctrina de la STS de 21 de septiembre de 2015⁷⁹⁶, a la debilidad contractual que afecta a la parte trabajadora en esta fase de contratación como motivo de rechazo a un consentimiento genérico, que no garantiza la concurrencia o no de posibles vicios.

Llama la atención que en esta Resolución, en la que junto al derecho a la propia imagen se había alegado la protección de los datos personales, no se haya aplicado la regla general que sustituye en el ámbito laboral el consentimiento informado por la transparencia cuando los datos –en este caso gráficos– fuesen necesarios para la ejecución del contrato (art. 6.1 b) RGPD y art. 6.2 de la anterior LOPD). Además, este principio se está interpretando con bastante generosidad

795 Rec. núm. 137/2017.

796 (Rec. núm. 259/2014). Con ella, se anula una cláusula tipo, inserta en los contratos laborales, que requería datos personales (teléfono, email) del trabajador. Se estima que no son necesarios para la realización de la prestación.

tanto por la autoridad de control como por la doctrina constitucional, tal y como apreciaremos en relación a la videovigilancia laboral. En este caso se obvia tal regla aún cuando la Sala reconoce que la cesión de la imagen era necesaria para realizar este tipo de servicios de videollamada. Quizás la generalización de este tipo de pactos genéricos en los contratos de trabajo haya llevado al recelo de la Audiencia, cuando, a nuestro parecer, la difusión de la imagen como dato personal era ineludible para el cumplimiento de las tareas, por lo que hubiese bastado con una información previa de la empresa⁷⁹⁷.

En relación a la posible limitación del derecho a imagen consideramos que no siendo significativa en este conflicto⁷⁹⁸ –al fin y al cabo solo se trataba de difundir la imagen a los clientes durante la realización del servicio– se había de entender plenamente justificada por las funciones contratadas. Conforme a la doctrina constitucional ya apuntada, la aceptación del contrato con conocimiento informado de las tareas a desarrollar hubiese sido título suficiente para la autorización del uso de la imagen, sin ni siquiera ser necesario un pacto explícito de esta cesión.

1.2. El poder de dirección de la empresa como fundamento para la disposición de la imagen de los trabajadores por parte de la empresa. ¿Otras causas legitimadoras?

Cuestión a analizar es si al margen de los casos en los que del propio objeto del contrato se deriva la limitación del derecho a la propia imagen de los trabajadores podría haber otros intereses o causas empresariales que justificaran el ejercicio del poder de dirección para limitar el derecho del empleado. En relación a este planteamiento se acude de nuevo la STC 99/94 por la trascendental doctrina⁷⁹⁹ que aporta una vez que descarta que la orden empresarial pudiese estar amparada por el propio contrato de trabajo en relación a las funciones o tareas pactadas.

En el examen del conflicto entre el poder organizativo del empleador y el derecho del trabajador, el Tribunal afirma que no basta con la mera alegación del interés empresarial, sino que es necesaria una justificación añadida para tal restricción, dada la posición prevalente que ocupan en nuestro ordenamiento los derechos fundamentales. Esto es, aunque la orden fuese

797 En este sentido se ha valorado que la Sala incurrió en un extremado reduccionismo formalista del concepto jurídico de ejecución o cumplimiento del contrato. Si se admite que el interés empresarial era legítimo y previsto en la norma colectiva, no cabe utilizar un criterio cuantitativo, los pocos servicios de esa naturaleza que se realizaban en ese momento, para concluir que su excepcionalidad convertía la medida en innecesaria. MOLINA NAVARRETE, C., «Interés del cliente», «cláusulas de cesión de datos» y «derecho a la imagen de los trabajadores»: ¿renacer del consentimiento libre o exceso de celo judicial? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 87/2017, de 15 de junio», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 419, 2018, p. 154.

798 No compartimos la tesis de que no existe intromisión en el derecho a la propia imagen al no haber grabación de la imagen. MOLINA NAVARRETE, C., «Interés del cliente», «cláusulas de cesión de datos» y «derecho a la imagen de los trabajadores»..., cit., pp. 152-153. Para la afectación a este derecho basta con la captación y la posterior difusión de la imagen, tal y como ocurre en este supuesto, si bien reconocemos que tal injerencia era mínima y justificada al limitarse la exposición ante los clientes solo durante el desarrollo de esa tarea.

799 De esta sentencia se ha dicho que «es la primera vez que el TC aborda, con una relativa ortodoxia en el ámbito laboral, el contenido de la ponderación de los derechos y bienes constitucionales en juego, utilizando para ello conceptos originarios de la doctrina y de la jurisprudencia constitucional alemana en lo que a los llamados límites de los derechos fundamentales se refiere» en PARDO FALCÓN, J., «El juicio de indispensabilidad: un avance de los derechos fundamentales en el ámbito laboral», *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 39, 1996, p. 60.

legítima desde la perspectiva de la legalidad ordinaria es preciso «acreditar una racionalidad específica» que fundamente la limitación del derecho como única solución para el logro del interés empresarial en el conflicto concreto.

La importancia de esta Sentencia radica en que se trata el conflicto de intereses entre las partes desde la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador. Así, a falta de una solución de ponderación en la que cada interés quedara en cierta manera sacrificado en favor del otro para lograr un equilibrio óptimo⁸⁰⁰, tales derechos operan como límite al poder organizativo empresarial. Esta doctrina supuso un importante avance en esta materia, y, en su momento, precisamente por ello, recibió algunas críticas doctrinales. Se valoró que con esta construcción⁸⁰¹ el TC se estaba extralimitando en sus funciones pues lo más razonable hubiese sido constatar únicamente la adecuación de la orden empresarial al ordenamiento normado y no exigir del empresario una especie de justificación constitucional de la no lesión del derecho fundamental del trabajador. Incluso se afirmó que con este planteamiento de prevalencia de los derechos fundamentales se estaban minorando de manera importante los derechos ordinarios de los trabajadores de contenido no estrictamente constitucional⁸⁰². Sin embargo, la mayoría doctrinal⁸⁰³ aplaudió esta aportación pues suponía un adelanto cualitativo al dar preeminencia de manera general a los derechos fundamentales de los trabajadores y rechazar como excepción el genérico poder organizativo empresarial o la legitimidad y razonabilidad de una orden sin evaluar la estricta necesidad⁸⁰⁴.

Así, se corrobora la posición doctrinal que atiende a que el poder de dirección empresarial aunque tenga un fundamento constitucional lleva necesariamente coligado un sistema de límites que derivan del régimen de libertades, de derechos y principios constitucionales, donde los derechos fundamentales ocupan una primacía incuestionable⁸⁰⁵. Estos delimitan el poder de dirección empresarial y actúan como muralla, como una defensa frente a un ejercicio ilegítimo o innecesario, para el cual resultaría insuficiente la lógica contractual. Por tanto, en aquellos supuestos en los que la publicidad de la imagen de los trabajadores no puede entenderse exigible en relación al objeto del contrato, tampoco basta el argumento organizativo, es decir, apoyar este requerimiento en el mero beneficio empresarial. Será preciso que la empresa pruebe en el caso concreto la necesidad de la limitación del derecho en orden a salvaguardar una causa específica y que sea la única solución para el logro de ese legítimo fin.

800 MOLINA GARCÍA, M., «El derecho del trabajador a su...», cit., p. 625.

801 MONTOYA MELGAR, A., «Poder directivo del empresario y derecho del trabajador...», cit., p. 164.

802 «Por tanto, y aun cuando los derechos fundamentales son superiores a los que no lo son, ello no significa que posean, en mor de la jerarquía, un poder destructivo de la configuración del mismo a nivel legal ordinario» SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 2005, p. 36.

803 Entre otros, MOLINA GARCÍA, M., «El derecho del trabajador a su propia imagen...», cit., pp. 618 y ss., MOLINA NAVARRETE, C. y OLARTE ENCABO S., «Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia constitucional», cit., pp. 359 y ss. DE VICENTE PACHÉS, F., *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad...*, cit., pp. 377-379.

804 MOLINA NAVARRETE, C. y OLARTE ENCABO S., «Los derechos de la persona del trabajador en...», cit., pp. 359 y ss. y DE VICENTE PACHÉS, F., *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad...*, cit., pp. 377-379.

805 VALDÉS DAL RÉ, F., «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador...», cit., p. 32

Aplicando esta doctrina constitucional, no parece que los trabajadores puedan verse obligados a exponer su apariencia de manera pública únicamente por razones de carácter promocional, que beneficien o interesen a la empresa, tal y como insistiremos de en el siguiente apartado. Cuando la proyección pública del empleado no procede de los cometidos relacionados exactamente con las funciones contractuales, lo procedente es contar con su consentimiento o voluntad expresa.

1.3. Los fines y las excepciones contempladas en la LO 1/1982

A. La finalidad informativa

Se ha de valorar si la utilización por parte de la empresa de la imagen de los trabajadores para campañas o reportajes que mejoren la marca de la empresa o suministren información sobre sus servicios o actividades a los consumidores o clientes a través de diversos medios (televisión, Internet, o simplemente la publicación de paneles gráficos) pudiera estar incardinada en la excepción que prevé el art. 8.2 c) de la LO 1/82. Repárese en que, conforme al mismo, el derecho a la imagen no puede impedir la información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.

Reiteramos que la razón que justifica las limitaciones previstas en el art. 8.2 es la existencia de un interés general informativo que debe prevalecer sobre el particular de la persona en evitar la reproducción de su figura. Se trata de garantizar la libertad de información, esto es, el acceso a una información libre y veraz y al contraste de ideas, opiniones o juicios sobre asuntos de interés general⁸⁰⁶. En tales casos, como vimos, es legítima la representación gráfica de personas que no tienen proyección pública siempre que su imagen sea accesoria o secundaria a la noticia o al suceso que ilustran.

Puesto que esta salvedad legal trata de proteger el derecho de información, es aplicable como regla general a los conflictos entre los medios de comunicación e información y los particulares, que bien podrían ser los trabajadores, cuando su imagen fuese publicada o difundida como accesoria a una noticia o reportaje. Pero el derecho a recibir y transmitir información veraz no solo se reconoce a los profesionales de estos medios sino a toda la colectividad. Por ello, nos preguntamos si dentro de la relación contractual laboral la empresa podría alegar esta finalidad informativa bien para utilizar la imagen de los trabajadores en comunicaciones que ella misma difunde o bien para legitimar órdenes o actuaciones unilaterales que supusiesen la exposición pública de los empleados ante los medios de comunicación.

Este asunto ya fue abordado por la STC 94/99 cuando corrige la interpretación realizada por los tribunales, especialmente en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia. Esta había considerado que el trabajador debía obedecer la orden empresarial de comparecer al acto de presentación pública del producto para su corte y despiece en aplicación del art. 8. 2 c) de la LO 1/1982. No se aprecia que exista una intromisión ilegítima en el derecho a la

806 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «Intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen autorizadas por ley...», cit., p. 93.

propia imagen al valorar que se trataba de una información gráfica sobre un acaecimiento público donde la imagen del empleado hubiese sido meramente accesorio. Pero, en sentido contrario, de manera acertada, aunque sin aportar una argumentación al respecto, el Alto Tribunal descarta la aplicación de esta excepción⁸⁰⁷, valorando que en el marco laboral se ha de acudir bien al examen del objeto del contrato o bien al conflicto de intereses entre la organización empresarial y el propio trabajador⁸⁰⁸.

Si la finalidad de esta salvedad es salvaguardar las informaciones sobre hechos o acontecimientos cuyo conocimiento general interesan a la comunidad, no parece que puedan quedar amparadas por ella comunicaciones que decide y difunde la empresa sobre su actividad o sus servicios. Normalmente el objetivo de estos reportajes o publicaciones es promocional, busca la proyección exterior de la entidad, la mejora de su imagen pública, en definitiva, el incremento de su clientela y de sus resultados⁸⁰⁹. No constituyen informaciones de interés público o general que puedan justificar por sí mismas que la empresa utilice la imagen de sus trabajadores o permita a los medios de comunicación su uso sin el previo consentimiento de los interesados.

Como ya expresó la STC 99/94, en atención a este precepto la restricción del derecho a la propia imagen de los trabajadores podría ser legítima desde la perspectiva de los medios de comunicación siempre que existiese un interés informativo suficiente, pero no respecto a la empresa y la valoración de la orden empresarial de exponer al trabajador ante ellos. En esta dirección también apunta la STSJ de Andalucía, de 20 de diciembre de 2016⁸¹⁰, ante la demanda de un médico contra la empresa pública de emergencias sanitarias para la que desempeñaba su trabajo. Solicitaba la retirada de varias fotografías que se habían publicado en la página web de la entidad sin su autorización. Tales imágenes se tomaron en un acto público, un simulacro de emergencia, organizado para celebrar el 25º aniversario de la empresa. El empleado había participado en el mismo porque al estar de guardia debía trabajar, pero no se le había informado previamente de que se iban a tomar fotografías que posteriormente se publicarían en la página web. La entidad alegará en su defensa, entre otras cuestiones, que el empleado había intervenido en un acto público en el que su imagen era accesorio a la información difundida. Sin embargo, el Tribunal afirmará que la presencia del trabajador en tal acontecimiento obedecía al cumplimiento de sus tareas y negará la aplicación del art. 8.2. c) para utilizar su imagen puesto que la comunicación realizada por la entidad en su página web no constituye una «información gráfica» amparada por la libertad de información (FJ 2º).

Un caso más cercano a la finalidad informativa que a la promocional es el resuelto por la STSJ de Madrid, de 20 de noviembre de 2015, que se pronuncia sobre la reclamación de una trabajadora en relación a una fotografía que había aparecido en los medios de

807 Refiriéndose a la no aplicación del art. 8.2 LO 1/1982 «(...) En este supuesto, al venir propiciada la intromisión desde el seno de la relación de trabajo, es obligado matizar el juego de la regla general (...)» (FJ 7º).

808 Apoya la aplicación de este precepto en el seno de las relaciones laborales, MONTOYA MELGAR, A., «Poder directivo del empresario y derecho del trabajador a la propia imagen», cit., pp. 164 y 165.

809 En este sentido, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., «La prestación laboral de servicios como ámbito modulador de la imagen del trabajador». Comunicación presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, AA. VV., *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral*, p. 12.

810 Rec. núm. 3003/2016.

comunicación. Aunque finalmente la demanda de la trabajadora no tendrá éxito por diferentes circunstancias⁸¹¹, de la Resolución se extrae la conclusión de que se debe respetar la libertad de los trabajadores para decidir sobre la captación y/o publicación de su imagen por los medios de comunicación cuando estos acuden a la empresa.

También se puede traer a colación la ya citada SAN (Sala 3ª), de 24 de enero del 2003⁸¹², que enjuicia el asunto desde la perspectiva de la protección del derecho a la protección de datos personales. Se trata de un recurso contra la sanción⁸¹³ impuesta a la empresa por una resolución de la Agencia de Protección de Datos. El supuesto de hecho se refería a la instalación en la redacción del diario Marca de una webcam que cada quince segundos recogía imágenes de la plantilla y los depositaba en un servidor de Internet ubicado en la empresa con la finalidad de reflejar el movimiento y la actividad de la redacción. La Sentencia confirma la infracción grave al existir un tratamiento de datos de carácter personal sin el necesario consentimiento inequívoco de los afectados, puesto que el hecho de que hayan soportado la captación o hayan permanecido inactivos ante la iniciativa de la empresa no supone su aceptación.

Por tanto, no solo desde la perspectiva de la protección del derecho a la imagen sino también conforme al derecho de autodeterminación informativa, la empresa no puede de manera unilateral hacer visible al público la imagen personal de los trabajadores para tales fines. En este sentido, se ha de destacar la previa Resolución de la AEPD⁸¹⁴ que, tras admitir la posibilidad de que el objeto del contrato pudiese hacer exigible la difusión pública del trabajador, descarta para este caso tal excepción, puesto que legalmente no se contempla la facultad empresarial de utilización de la imagen de los trabajadores para fines informativos o promocionales como es el de reflejar el movimiento y la actividad de la redacción.

En igual sentido, hay que valorar la práctica cada vez más común de las grandes empresas de la inclusión de la fotografía de sus empleados en la página web de la entidad o en la red interna o intranet. La imagen en este caso tiene fines promocionales o de información interna, y atendiendo a esta causalidad, no pueden valorarse como datos de carácter personal necesarios para el cumplimiento de la relación laboral, por lo que precisarían la autorización de los trabajadores. En relación a este tipo de conflictos se puede citar la STSJ de Cataluña, de 29 de mayo de 2015⁸¹⁵,

811 Con motivo de la inauguración de las nuevas instalaciones de la empresa, las autoridades realizan una visita al centro de trabajo. A iniciativa de la corporación municipal, no de la empresa, asisten los medios de comunicación. Ante la negativa de varios trabajadores a ser grabados o a que lo ya captado se difunda de manera pública, queda acreditado que la empresa lo comunica a los citados medios. Sin embargo, finalmente aparece una fotografía de las instalaciones en varias publicaciones donde la demandante figura de manera accesoria sin que su reconocimiento sea claro. Por esta última razón sumada al intento de la empresa de evitar la publicación de tales imágenes no se apreciará la vulneración del derecho de la trabajadora.

812 (Sala de lo Contencioso) (Rec. núm. 400/2001).

813 Ante la denuncia del sindicato CNT (Sindicato de Artes Gráficas, Comunicación y Espectáculos de Madrid), la APD resuelve sancionar a la empresa con una multa de 1.000.000 de pesetas.

814 «(...) constituye también hecho cierto que la relación jurídica entre Recoletos Compañía Editorial, S.A. y sus trabajadores no exige ni requiere la grabación de las imágenes de estos últimos y su exposición en Internet para que pueda perfeccionarse entre las partes dicha relación jurídica. La grabación de los trabajadores para difundir sus imágenes a través de Internet con la finalidad de reflejar el movimiento y la actividad de la redacción no constituye una facultad del empresario, puesto que no figura entre las facultades que le reconoce la legislación vigente». R/00330/2000.

815 Rec. núm. 1535/2015.

relativa a la inserción de cuatro fotografías del trabajador en las revistas internas y en la página web de la empresa acompañando información relativa a varios eventos o noticias. De la misma se deduce la necesidad de que haya una autorización de los empleados, aunque en el caso concreto, no se estimará la demanda del trabajador. Queda acreditado el consentimiento escrito del trabajador para dos de las fotografías y su autorización tácita para las otras dos ante la falta de una negativa expresa en el formulario que a tal efecto recababa la empresa.

Asunto diferente es que el derecho a la imagen de los trabajadores pueda ceder respecto a los medios de comunicación externos cuando difundan informaciones de interés público o general sobre hechos noticiables, como, por ejemplo, ciertos conflictos de relevancia (ERES, huelgas...). En estos casos, podría ser de aplicación la excepción legal del art. 8.2. c) para los medios de comunicación en relación a los datos gráficos que acompañen las noticias sobre la empresa. La publicación de las imágenes de los trabajadores en los periódicos, televisión o Internet no precisará de su autorización siempre que los instrumentos utilizados hubiesen sido lícitos (grabación en espacios abiertos y públicos), se trate de imágenes ilustrativas de carácter accesorio sobre un hecho noticiable de interés general y la imagen de los empleados sea secundaria. Sin embargo, la relevancia de la noticia no podrá legitimar a la empresa para decidir y autorizar el acceso de los medios de comunicación a la entidad y la grabación de imágenes en las que aparezcan los trabajadores sin su previa autorización.

B. Los cargos públicos o las profesiones de notoriedad o proyección pública

Como se recordará, el art. 8.1 a) LO 1/1982 admite la captación y publicación de la imagen de las personas que ejerzan un cargo público o un trabajo con proyección pública siempre que se produzca durante un acto público o en lugares abiertos al público. Podríamos preguntarnos en qué medida esta salvedad normativa es aplicable también en el seno de la relación de trabajo.

La razón de ser de esta reserva coincide con la excepción anterior. Persigue armonizar el interés general que presupone la libertad de información con el derecho particular de cada individuo a preservar la publicidad de su propia imagen. El precepto se refiere por tanto a las personas cuya imagen despierta una atención del público por la actividad o cargo que desempeñan⁸¹⁶, aunque la interpretación dada por los tribunales a la noción de «cargo público» se haya ampliado a cualquier funcionario o empleado público anónimo cuando haya participado en un hecho de interés informativo general y las imágenes se hayan captado en lugares públicos⁸¹⁷.

Como ya reflexionamos en su momento, la proyección pública de la actividad o de las funciones supone en cierta medida una mayor exposición ante los demás, que no solo restringe el ámbito de tutela del derecho a la propia imagen sino también el de otros derechos de la

816 Pese que el precepto se refiere a cargos públicos o personas que han alcanzado notoriedad por su profesión, la jurisprudencia civil extiende las razones de esta popularidad a innumerables circunstancias: la actividad política, su relación con un suceso importante, su trascendencia económica, sus relaciones sociales o amorosas, su matrimonio, o la belleza, entre otras. Véase el apartado 3.6 B. del Capítulo I.

817 STC 72/2007 no considera vulnerado el derecho a la propia imagen de una policía municipal cuya fotografía aparece en la portada de una revista. Se trataba de un primer plano donde la policía estaba inmovilizando a un vecino desahuciado que se negaba al desalojo de su vivienda.

personalidad. En este sentido la STC 132/1995⁸¹⁸ advierte que «las personalidades públicas, que ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública deben soportar un cierto mayor riesgo de injerencia de sus derechos de la personalidad que las personas privadas». Como se analizó con más detalle en el Capítulo I, el ámbito de protección del derecho a la imagen de estas personas quedó francamente reducido frente a los medios de comunicación permitiendo informaciones gráficas que en muchos casos nada tenían que ver con la actividad profesional que realizaban en los lugares abiertos al público. No obstante, recordemos que el TC, siguiendo la previa doctrina del TEDH, ha rectificado esta interpretación al introducir como un elemento principal a valorar en estos casos la necesidad de que exista un «interés público» o una «relevancia pública» en la información que se difunde. Si lo comunicado no es significativo para la comunidad, esto es, no son hechos o imágenes noticiables que por su importancia social contribuyan a la formación de la opinión pública o a un debate de interés general, el derecho a la imagen de estas personas no ha de ceder frente a tales intromisiones. La falta de este requisito adicional convierte al resto de los elementos enunciados en la ley en irrelevantes⁸¹⁹. Con estos pronunciamientos se viene a reconocer un ámbito más amplio en el derecho a la propia imagen de las personas públicas al circunscribir el juego de esta excepción a aquellas fotografías que manifiesten ese interés suficiente, que suele estar ausente cuando se refiere a noticias que no están relacionadas de manera directa o indirecta con su actividad profesional⁸²⁰.

Si bien esta previsión legal supone una exposición mediática mayor frente a los medios de comunicación de aquellos profesionales que por su actividad laboral tienen trascendencia pública, hay que matizar la aplicación de esta excepción con tal extensión respecto a la empresa o la entidad de la que dependen en función del tipo de vinculación y de las tareas que desempeña cada empleado. Generalmente en el caso de personas con amplias responsabilidades y que ostentan una representación específica de la entidad, la necesidad de atender a los medios de comunicación, de realizar entrevistas o de acudir a ruedas de prensa o a eventos de carácter público está implícita entre sus propias funciones. Puede ocurrir que no haya un pacto específico en ese sentido, pero quién acepta funciones de tal índole asume una probable exposición pública de su imagen ante informaciones relacionadas con la entidad o incluso consiente su participación activa en tareas promocionales de la misma.

Igual sucede con otras actividades profesionales de interés social (artistas, deportistas, modelos, entre otros) en las que hay una mayor atención de los medios de comunicación y la imagen del empleado se utiliza como un instrumento para publicitar el equipo, la agencia o la compañía de la que dependen. El objeto de la relación es la que legitima la modulación del derecho, aunque en la mayoría de los casos se suele pactar explícitamente en el contrato laboral la obligación de realizar labores de promoción de la actividad, del espectáculo o de la propia entidad, como veremos en el caso de los artistas y deportistas profesionales. Así, es

818 En parecidos términos, STC 144/1998 (FJ 2º).

819 STC 19/2014 «Una vez descartado el interés público del reportaje, es irrelevante, como ya hemos puesto de manifiesto, la proyección pública del personaje o la circunstancia de que las imágenes se capten incluso en un lugar abierto al uso público. Dichas circunstancias, por sí solas, no justifican la difusión de cualquier imagen, pues no cabe privar incondicionalmente a la persona de la capacidad de decidir sobre qué aspectos de ella desea preservar de la difusión pública» (FJ 8º).

820 Tal y como afirma la STC 19/2014 «dado que la protección constitucional se ciñe a la transmisión de hechos ‘noticiables’ por su importancia o relevancia social para contribuir a la formación de la opinión pública, tales hechos deben versar sobre aspectos conectados a la proyección pública de la persona a la que se refiere, no a las características del hecho en que esa persona se haya visto involucrada. STC 12/2012 (FJ 4º)».

usual incluir entre sus obligaciones la atención a los medios de comunicación o la asistencia a determinados actos públicos. Pero en los demás supuestos la ausencia de esta conexión con la prestación laboral impone a la empresa recabar el consentimiento del afectado, tal y como exige la normativa aplicable. Por eso, para evitar posibles conflictos, cada vez es más frecuente que además del contrato laboral exista una cesión explícita de los derechos de imagen del trabajador donde se concrete su contenido, especialmente cuando se trata de una transmisión para su explotación económica, como analizamos seguidamente.

1.4. La utilización promocional o comercial de la imagen de los trabajadores no autorizada al margen del objeto del contrato

Por último, hemos de plantearnos si es legítima la utilización económica por parte de la empresa de la imagen de los trabajadores sin su previa autorización. Son aquellos supuestos en los que la entidad utiliza información gráfica de los empleados para fines comerciales, publicitarios o análogos. Si veíamos que la regla general exige a la empresa requerir el consentimiento del personal para el uso de su imagen en actos promocionales o informativos que no buscan un beneficio económico directo, con mayor razón se ha de contar con la autorización expresa para la explotación comercial de su imagen.

Los pleitos de este tipo son relativamente escasos⁸²¹ porque normalmente la empleadora solicita de antemano el beneplácito expreso del trabajador. Tal vez, la Sentencia más destacable sea la STSJ de Madrid de 16 de noviembre de 2012⁸²². Se trata del conflicto suscitado entre la empresa PEPE JEANS S.L. y una ex trabajadora, diseñadora de zapatos con categoría de dibujante, cuando esta conoce por una revista que se está utilizando su imagen con fines comerciales sin su previa autorización. En concreto, su rostro se había estampado en una camiseta que se estaba comercializando en todo el mundo. Además, la misma imagen aparecía en unas galletas que se repartían entre los blogueros que convocaba la empresa. Esta se había extraído de una serie de fotografías que la trabajadora había autorizado con el fin de realizar unas pruebas de diseño. Ante la reclamación de una indemnización por parte de la ex empleada, la empresa alegó en su defensa que era una práctica común la toma de fotos para pruebas que posteriormente podían ser comercializadas, siendo la actora plenamente consciente de que aceptando la toma de las fotografías podía aparecer su imagen en artículos de la firma.

Antes de abordar la cuestión de fondo, la Resolución también se refiere a la posible incompetencia de la jurisdicción social para atender esta reclamación. En aplicación del art. 2 f) LRJS se afirma que los órganos judiciales sociales deben de conocer de los asuntos litigiosos de vulneración de derechos fundamentales por la empresa o por terceros cuando exista una conexión directa entre

821 STSJ (Sala de lo Social) de las Islas Baleares, de 17 de diciembre de 2004 (Rec. núm. 487/2004) Se refiere a la reclamación de la subdirectora médica por la emisión de un vídeo promocional de la empresa en una televisión local en la que aparecía su imagen durante unos segundos mientras desempeñaba su actividad laboral. La petición de una indemnización será desestimada porque si bien no se acreditó ni la existencia ni la falta de una autorización escrita, determinadas circunstancias fácticas (su cargo, su falta de oposición posterior, la alegación de que no hubo forma escrita, entre otras) conducen al Tribunal a suponer que hubo conocimiento y consentimiento.

822 (Rec. núm. 5519/2012). Véase comentario a la misma en APARICIO ALDANA R. K., «Derecho a la propia imagen en las relaciones laborales STSJ de Madrid 16 noviembre 2012 (AS 2013, 162)», *Aranzadi Social*, nº 4, 2013, pp. 189-197.

la supuesta lesión y la prestación de servicios. En el conflicto concreto, teniendo en cuenta que el único vínculo entre las partes había sido el contrato laboral y que la toma de las fotografías se había realizado en tiempo y lugar de trabajo, se aprecia que existe una relación directa de causalidad de la que deriva la competencia de este orden jurisdiccional. No se da relevancia a que la relación laboral ya no estaba vigente, argumento que ha sido utilizado en otras ocasiones por la Sala de lo Social para pronunciarse en sentido contrario⁸²³. De hecho nos encontramos con bastantes sentencias del orden jurisdiccional civil que resuelven sobre conflictos por el uso comercial no autorizado de fotografías de ex empleados o de futuros trabajadores⁸²⁴.

Respecto a la cuestión material, uno de los temas más cruciales en este tipo de asuntos es determinar si cuando se produce un uso no consentido de la imagen por razones publicitarias o comerciales existe una vulneración del derecho fundamental a la propia imagen del trabajador o se trata de una cuestión de mera legalidad ordinaria, relativa a los derechos de explotación económica de la imagen. Tal y como valoramos en el Capítulo Primero, la cuestión es confusa. Por una parte, el art. 7.5 de la LO 1/1982 considera como intromisión ilegítima cualquier uso no consentido de la imagen, sea cual sea su finalidad, y, por otra, el art. 7.6 reconoce a su vez como intromisión ilegítima el uso sin autorización del nombre, la voz o la imagen de una persona, pero esta vez, solo para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

Como ya expusimos, la mayoría doctrinal y el Tribunal Constitucional extrae de tal regulación un doble aspecto moral y patrimonial del derecho a la propia imagen en el cual la vertiente personal estaría en el ámbito de la protección constitucional del contenido del derecho fundamental, mientras que la vertiente económica, es decir, la facultad de explotar pecuniariamente la imagen en favor de terceros tendría únicamente una protección legal, como un derecho similar a los derechos de propiedad intelectual.

Para solventar este asunto se han de diferenciar las controversias en las que se ha pactado contractualmente la explotación económica de la imagen por las partes de aquellas otras actuaciones unilaterales en las que un tercero utiliza la imagen de una persona sin su autorización con fines comerciales o promocionales.

823 En la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 1 de Febrero del 2010 (Rec. núm. 5302/2009) la Sala declara la incompetencia del orden social para conocer, una vez extinguida la relación laboral, la reclamación de una ex empleada. La demandante, que había trabajado como auxiliar administrativo, autorizó de manera oral el uso de unas fotografías para publicitar un casco y un chubasquero de la firma. Finalizada la relación laboral algunas de estas fotografías aparecían en la página web de la empresa y en una revista.

824 Como muestra, SAP Madrid, de 5 de noviembre de 2004 (Rec. núm. 605/2003). La Sala estima su competencia porque «el que la autorización o consentimiento para la utilización de la imagen del actor se incluyera en un contrato de trabajo no comunica esta última naturaleza a aquella estipulación, la cual mantiene su carácter estrictamente privado lo que excluye la competencia del orden jurisdiccional laboral» (FJ 10º). Finalmente se estima que la intención de las partes era vincular la autorización a la relación laboral que les unía. Por ello, extinguida esta, se ha de entender revocado el consentimiento sin precisar una manifestación expresa en contrario. El trabajador, guarda de seguridad, había dado su autorización para el uso publicitario de su imagen en una cláusula del contrato de trabajo. Una vez extinguido este, la empresa seguía utilizando las fotografías en su página web, en anuncios publicados en Internet, en las páginas amarillas y en otros medios.

SAP Santa Cruz de Tenerife, de 21 de diciembre de 2017 (Rec. núm. 139/2017) sobre el uso de una fotografía del demandante trabajando como recoge-vasos durante la celebración del Arona Summer Festival de 2013 para la promoción del festival de 2014.

SAP León, de 24 de abril de 2015 (Rec. núm. 90/2015) relativa a la utilización de unas fotografías entregadas para una oferta de empleo como reclamo publicitario en la web de la entidad.

Por ello, aunque el Tribunal Constitucional⁸²⁵ afirme por una parte que el derecho fundamental a la propia imagen no debe confundirse con el derecho de toda persona a la explotación económica, comercial o publicitaria de su imagen, por otra, reconoce que el uso comercial de la imagen de una persona sin su previo consentimiento sigue constituyendo una vulneración del derecho fundamental. Precisamente en el contrato o pacto de cesión de derechos de imagen es donde coexiste más claramente la doble dimensión constitucional y patrimonial del derecho, siendo la primera la que justifica la aplicación de la LO 1/1982 ante la falta del consentimiento. En tales casos, existirá una intromisión ilegítima y entrará en juego la tutela prevista por la citada Ley. Por el contrario, emitido el consentimiento válidamente, las cuestiones que se deriven del cumplimiento e incumplimiento de los pactos estipulados constituyen, por regla general, una materia puramente contractual⁸²⁶. La dificultad se encuentra, sin duda, en determinar en cada caso concreto cuándo nos encontramos ante una falta de consentimiento porque no se ha emitido o ya ha sido revocado y cuándo ante un mero incumplimiento contractual.

Así, en aplicación de esta doctrina, la Sentencia antes señalada reconoce la vulneración del derecho fundamental de la trabajadora al no quedar acreditado que esta hubiese accedido a la comercialización su imagen. Además, esta Resolución destaca la importante protección que el ordenamiento otorga al uso comercial de la imagen no consentido. Así como el derecho a la imagen, entendido como la facultad exclusiva de difundir o publicar la imagen, puede ceder frente a otros derechos fundamentales como la libertad de información (art. 7.5 en relación a las excepciones del art. 8.2), no ocurre lo mismo cuando se utiliza para fines comerciales, promocionales o de naturaleza análoga. Como recoge la Sentencia, en estas situaciones «no cabe oponer excepción alguna que evite considerar la conducta como «intromisión ilegítima» al derecho a la propia imagen, salvo el haber obtenido el consentimiento otorgado por el afectado de forma expresa» (FJ 9º).

En definitiva, la conclusión es diáfana. Cuando no existe entre la empresa y el empleado un pacto sobre la posibilidad de explotar económicamente la imagen de este, que derive implícitamente del contrato laboral o de un acuerdo específico, la utilización para fines publicitarios, comerciales, o de naturaleza análoga ha de entenderse en todo caso como una injerencia o conculcación del derecho fundamental a la propia imagen. Recuérdese que el consentimiento debe ser expreso, pero ello no supone una formalización escrita, es posible que se derive de un acuerdo verbal o de los actos concluyentes del afectado. En definitiva, en tales supuestos lo primordial suele ser la prueba de la existencia o no de la autorización y del alcance de esta.

2. La cesión por parte de los trabajadores de su imagen a la empresa. El derecho patrimonial a la explotación de la imagen

En el contenido del derecho a la imagen se integra una dimensión positiva o patrimonial que hace referencia a la facultad que tiene su titular de efectuar actos dispositivos sobre su imagen en el tráfico comercial. Su origen se sitúa en el reconocimiento a los personajes famosos por parte de la jurisprudencia anglosajona del derecho a ser compensados por los daños económicos derivados del uso de su imagen, su nombre o su voz para fines comerciales o lucrativos sin su

825 STC 81/2001.

826 PALACIOS GONZÁLEZ, M.D., «La cesión de derechos de imagen», *Actualidad Civil*, nº 1, 2004, p. 475.

previo consentimiento. Esta doctrina llevará a construir el *right of publicity* como un derecho independiente a disponer publicitaria y comercialmente de la imagen a fin de promover o fomentar la venta de ciertos productos o la prestación de determinados servicios.

De esta manera se entenderá que junto al *right to privacy* que protege la esfera moral del individuo de los posibles daños derivados de la apropiación de su imagen por los terceros, existe un derecho de contenido meramente económico que reconoce la facultad de negociar y comerciar con la misma. Ello es debido a que la popularidad social de determinadas personas, dota a su imagen de un importante valor económico, susceptible de tráfico económico⁸²⁷. Desde la perspectiva de la relación laboral, la notoriedad de determinados trabajadores puede suponer un activo muy interesante para la consecución de los objetivos empresariales. La imagen de la entidad como productora o comercializadora de bienes y servicios al público podría verse muy favorecida por la publicidad que pueden otorgar determinados empleados que gozan de gran eco social. Piénsense en este sentido en los importantes beneficios que obtienen las entidades deportivas y determinados profesionales de este ámbito con la venta de productos asociados a su imagen.

Aunque existen variadas actividades laborales donde cabe cierta exhibición de la persona ante los demás, suele tratarse de una circunstancia accidental. Sin embargo, en otras relaciones de trabajo como la de los deportistas profesionales, y en especial, la de los artistas que participan en espectáculos públicos, el objetivo primordial del vínculo consiste precisamente en que la prestación sea contemplada o exhibida ante el público, en la búsqueda de un beneficio empresarial. En ellas, el objeto del contrato presupone irremediamente una afectación al derecho a la imagen de los trabajadores. Desde el punto de vista de este derecho estas dos relaciones laborales especiales, la de los deportistas profesionales y la de los artistas en espectáculos públicos tienen perfiles propios, que nos conducen a un tratamiento específico de cada una de ellas. No obstante, se pueden apreciar ciertas coincidencias entre sí.

Así, la aparición y rápido desarrollo de los medios de grabación, transmisión y reproducción de la imagen y/o sonido ha supuesto una importante transformación de ambos sectores de actividad. Por una parte, el uso de algunos de estos medios, principalmente la radiotelevisión e Internet, han facilitado que además de la exhibición en directo de la actividad ante el público, esta pueda ser retransmitida de manera simultánea o en diferido a un gran número de personas, suponiendo una importantísima fuente de negocios e ingresos⁸²⁸.

Por otro lado, el empleo de tales instrumentos, principalmente los que permiten las grabaciones de las imágenes y sonidos en un soporte y su difusión posterior, han posibilitado que estas actividades puedan ser conservadas y reproducidas de manera ilimitada, lo que ha supuesto una transformación fundamental, especialmente en el sector artístico. Piénsese que la invención de estos procedimientos fue la que en su momento originó el desarrollo de artes propias como la cinematografía donde la ejecución de la actividad de los actores se realiza solo para su grabación y difusión pública futura.

827 CORDERO SAAVEDRA, L., «Derecho a la propia imagen y contrato de trabajo», cit., pp. 254-255.

828 Muestra de la importancia de los ingresos son las cifras recaudadas por los derechos televisivos en el fútbol profesional, así en 2017 se ha estimado una cuantía de 1.448.046.109 €. Consejo General de Deportes, Balance de la situación económico-financiera del fútbol español, p. 17 <www.csd.gob.es/csd/estaticos/Balances/balance_futbol_1999_2017.pdf> (consultado en diciembre de 2018)

Además, la popularidad de estos trabajadores, artistas o deportistas, ha convertido a su imagen en un producto en sí mismo. Su asociación a un determinado artículo o servicio se considera una valiosa técnica de marketing para su comercialización⁸²⁹. De ello son muestra las cifras millonarias que algunas marcas invierten en concretos equipos deportivos o en profesionales individuales a los que patrocinan. También en el ámbito artístico la utilización de la imagen de los intérpretes se dimensiona más allá de su prestación. Así, por ejemplo, en el ámbito musical, las compañías discográficas han ido creando nuevas modalidades de explotación de la imagen, la voz o el nombre de los cantantes como una fuente de ingresos añadida al producto musical⁸³⁰.

Uno de los asuntos más controvertidos en ambas relaciones especiales es determinar el alcance y la naturaleza de la cesión de los derechos de imagen de los trabajadores asalariados, fijar en qué medida son parte de la relación laboral que les vincula o se trata de negocios de carácter autónomo de naturaleza civil o mercantil. Como veremos, las dificultades que ofrece esta problemática se han visto acrecentadas por determinadas prácticas en las que artistas y deportistas ceden a terceras sociedades los derechos de imagen para su explotación. En muchos casos, la profusión de estas entidades interpuestas ha buscado eludir la responsabilidad fiscal de ese aprovechamiento patrimonial. Sin embargo, no es una cuestión resuelta de manera unívoca y pacífica por la Administración tributaria ni tampoco por los órganos jurisdiccionales sociales y contencioso-administrativos ante las incertidumbres que se presentan en la interpretación y aplicación de la legislación vigente.

2.1. El derecho a la imagen de los artistas asalariados en los espectáculos públicos

De manera progresiva⁸³¹ las distintas prestaciones artísticas fueron incorporadas al ámbito laboral⁸³² hasta su plena integración con la aprobación de la Ley de Relaciones Laborales⁸³³ que

829 GARZÓN VICENTE, A. y DE LACALLE BAYGORRI, I., «La cesión de los derechos de imagen de los artistas en los contratos discográficos como consecuencia de la crisis discográfica», *Revista Aranzadi de Derecho y Entretenimiento*, nº 22, 2008, (BIB 2008/97), pp. 5-6.

830 Grabación de dedicatorias, felicitaciones, mensajes multimedia, tonos, envío y descargas de fotografías, entre otros.

831 Se acepta que la primera norma que reconoce este carácter es la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, que será posteriormente corroborado por otras leyes, entre otras, la Ley de Accidentes de trabajo de 10 de enero de 1922, el Real Decreto Ley de 26 de noviembre de 1926, de Organización Corporativa Nacional, la Ley del Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931 y por las diversas Reglamentaciones de Trabajo y Ordenanzas Laborales relativas a cada modalidad de actividad.

Sobre la temprana consideración de los artistas como trabajadores, véase, ALZAGA RUIZ, I., *La relación laboral de los artistas*, CES, Madrid, 2001, pp. 36-53 y «El proceso de integración de los artistas en espectáculos públicos en el ámbito del Derecho del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 104, 2001, pp. 225-245.

832 Aunque determinadas modalidades de trabajo artístico, como el de los actores de reparto de una película y los artistas cabeza de cartel en el teatro, circo y variedades, padecieron sucesivas inclusiones y exclusiones en el ámbito laboral tanto por la normativa aplicable como por la jurisprudencia. Véase, ROQUETA BUJ, R., *El trabajo de los artistas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 14-15.

833 Ley 16/76, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, BOE 21 de abril de 1976. Su régimen jurídico, tal y como sucedió con otras relaciones laborales especiales no se desarrolló reglamentariamente al dejar transcurrir el Gobierno el plazo dado en la norma habilitadora. Para la adecuación de la normativa laboral común a las peculiaridades propias del trabajo de los artistas fueron de gran importancia las diferentes Ordenanzas y Reglamentaciones de Trabajo dictadas previamente para los diferentes colectivos, como la

les otorgará la calificación de relaciones laborales de carácter especial. Singularidad, corroborada posteriormente por el artículo 2 del ET y concretada por el RD 1435/1985, de 1 de agosto⁸³⁴, norma principal aplicable a este colectivo y pendiente de una próxima reforma, aunque se haya atendido recientemente a las demandas más apremiantes de estos profesionales⁸³⁵. En cualquier caso, no está de más señalar que la aplicación del régimen laboral a esta actividad, como a cualquier otra prestación, dependerá del cumplimiento de las notas de la laboralidad conforme al art. 1.1 del ET, especialmente de la ajenidad y de la dependencia. A pesar de que la especificidad de este tipo de trabajo lleva a que ambos presupuestos sustantivos puedan verse atenuados o modulados⁸³⁶, sin que ello impida su reconocimiento como relaciones de naturaleza laboral⁸³⁷.

De forma más incisiva que en otras actividades de trabajo el avance de la tecnología ha ido transformando este sector y las relaciones entre las empresas y los profesionales. En una primera época fueron la aparición y desarrollo de los medios técnicos de reproducción y grabación de las imágenes y sonidos los que revolucionaron el mercado y la manera de realizar la prestación, al permitir que el trabajo de los artistas pudiera ser conservado y reproducido de manera ilimitada. Esta posibilidad de reproducción mecánica de las obras musicales, literarias y dramáticas y su comunicación pública a una generalidad de interesados desbancó a la tradicional exhibición pública de la actividad artística «en directo» o de manera simultánea a su realización. Gracias a estos instrumentos, el empresario podía variar y aumentar la exhibición del trabajo del artista, explotarlo de diferentes maneras o reutilizarlo, obteniendo con la misma actividad diferentes

Reglamentación Nacional de Trabajo de Corridas de Toros y Novillos, aprobada por OM de 17 de junio de 1943; la Ordenanza Nacional de Trabajo de los Profesionales de la Música, aprobada por OM de 16 de febrero de 1948 y derogada por OM 2 de mayo de 1977; la Reglamentación Nacional de Trabajo de la Industria Cinematográfica, aprobada por OM de 31 de diciembre de 1948 y la Ordenanza Nacional de Trabajo de los Profesionales del Teatro, Circo, Variedades y Folklore, aprobada por OM de 26 de febrero de 1949, derogada por la de 28 de julio de 1972.

834 El Poder Ejecutivo, incumplirá el mandato para regular su régimen jurídico, pero una vez renovado el plazo para ello por la Ley 32/1984, de 2 de agosto, aprobará el reglamento actualmente en vigor.

835 Real Decreto-ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía.

La DF 3ª prevé la modificación del RDA en un plazo de seis meses de acuerdo con las propuestas contempladas en el informe para la elaboración del Estatuto del Artista, aprobado el 6 de septiembre por el Pleno del Congreso de los Diputados.

Por ahora, el RDL ha atendido a las cuestiones de naturaleza fiscal y de seguridad social más acuciantes: la rebaja del Impuesto sobre Valor Añadido (IVA) del 21% al 10% aplicable a los servicios prestados por intérpretes, artistas, directores, técnicos que sean personas físicas, a los productores y organizadores de obras y espectáculos culturales y del tipo de retención e ingreso a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) (del 19 al 15%) aplicable a los rendimientos del capital mobiliario procedentes de la propiedad intelectual cuando el contribuyente no sea el autor; la posibilidad de que los artistas en espectáculos públicos puedan continuar incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social durante sus periodos de inactividad de forma voluntaria y la compatibilidad de la pensión de jubilación con la actividades de aquellos profesionales dedicados a la creación artística que perciban por tal actividad derechos de propiedad intelectual (esta última materia se concretará por el Gobierno en una norma reglamentaria en el plazo de 6 meses).

836 Para un estudio de estas atenuaciones, véase ALZAGA RUIZ, I., *La relación laboral de los...*, cit., pp. 107-121 y HURTADO GONZÁLEZ, L., *Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual y Seguridad Social*, La Ley, 2006, respecto a la ajenidad, pp. 147-150 y en relación a la subordinación, pp. 155-170.

837 Estudia en profundidad la delimitación entre la relación asalariada y la autónoma GARRIDO PÉREZ, E., «Trabajo autónomo y trabajo subordinado en los artistas en espectáculos públicos», AA. VV., (coord. CRUZ VILLALÓN, J.) *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras de derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Ed. Tecnos, Madrid, pp. 335-355.

tipos de espectáculos públicos⁸³⁸. Por ello, aunque la actuación directa siga siendo esencial, la posibilidad de grabación y reproducción del trabajo del artista genera en muchos casos mayores ingresos que la interpretación ante el público.

En los últimos años ha habido un desarrollo muy importante de la cultura del ocio que ha supuesto a su vez un fuerte incremento de la producción y el consumo en el sector del espectáculo público, especialmente en el campo audiovisual. Este auge se ha visto auspiciado por una segunda revolución tecnológica, en este caso, la digital. El desarrollo de las nuevas técnicas digitales y la aparición de Internet han transformado esta industria al facilitar la producción y la distribución. Pero también han provocado el aumento de la difusión ilegal del trabajo de los artistas, no solo mediante descargas en el ámbito privado, sino también a través de su comercialización ilícita⁸³⁹.

Desde la perspectiva del derecho a la propia imagen, como la facultad de cada persona para impedir o autorizar a los demás la obtención, publicación y reproducción (comercial o no) de la propia figura, es obvio que esta libertad se ve afectada por la prestación objeto del contrato laboral de la mayoría de los artistas en espectáculos públicos. Ello obedece a la propia finalidad de la actividad –la exhibición ante el público– y a la posibilidad de que el empresario realice esta muestra a través de procedimientos de reproducción artificial de la actuación.

Aunque se trate de un trabajo especialmente idóneo para su captación, emisión, transmisión y/o grabación (sea en fonogramas, vídeos o en cualquier otro soporte audiovisual), la normativa laboral no ha atendido a esta cuestión. El RD 1435/1985 (en adelante, RDA) no se refiere a esta materia aunque existe alguna referencia indirecta⁸⁴⁰. En aplicación de la LO 1/1982, el artista, como cualquier ciudadano, ostenta el derecho o los derechos de imagen (es decir, la facultad para autorizar expresamente la captación y/o la publicación y/o reproducción de su figura), por ello, hay que plantearse si estos cubren su figura mientras actúa o interpreta. Siendo así, surge la pregunta lógica, si el empresario para difundir al público el trabajo contratado precisa de la autorización expresa del artista sobre los derechos de imagen interesados, quedando, en su caso, el resto de los derechos no cedidos como límites para la exhibición artificial de la actuación⁸⁴¹.

Sin embargo, no siempre estamos ante una cesión de derechos de imagen en la que se deba atender únicamente a esta normativa civil. La mayoría de los artistas quedan bajo la protección de la normativa de propiedad intelectual, básicamente de la Ley de Propiedad Intelectual⁸⁴² (en adelante LPI) con el reconocimiento de los llamados «derechos conexos» u otros derechos de propiedad intelectual. Es esta norma la que resulta aplicable por regla general a la captación, transmisión, retransmisión, grabación o en su caso producción de las obras musicales o

838 HURTADO GONZÁLEZ, L., *Artistas en...*, cit., p. 204.

839 ALZAGA RUIZ, I., «Propuestas de mejora de la situación sociolaboral de los artistas en espectáculos públicos», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 203, 2017, p. 131.

840 Únicamente hay una referencia en el art. 1.3 del RDA cuando al delimitar su ámbito de aplicación, alude a que trabajo contratado pueda tener como destino su desarrollo directamente ante el público o la «grabación de cualquier tipo para su difusión entre el mismo» en medios tales como cine, radiodifusión, televisión.

841 HURTADO GONZÁLEZ, L., *Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual...*, cit., p. 303.

842 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

audiovisuales y los derechos que tales actividades generan. Estos derechos, regulados de manera más concreta y precisa que los derechos de imagen, son los que en la práctica vienen a limitar o configurar la utilización por parte de la empresa de la figura, nombre y voz del artista para su explotación. Aún así, habrá que valorar en concreto la relación entre ambas categorías de derechos y las circunstancias que presiden su ejercicio.

Pero, como se adelantaba, no toda actividad artística queda amparada por las facultades que otorga la LPI a los intérpretes, por lo que fuera de estos supuestos, al igual que ocurre con los deportistas profesionales, será la regulación de los derechos de imagen la aplicable a la explotación o utilización de la misma. Ello nos conduce al estudio de ambas categorías de artistas tratando de delimitar cuáles son los que ostentan derechos de propiedad intelectual y en qué relaciones solo se generan derechos de imagen.

2.1.1. La protección de la imagen de los artistas asalariados a través de los derechos de propiedad intelectual

A. Los artistas que ostentan derechos de propiedad intelectual

Como ha quedado de manifiesto, el ámbito subjetivo de aplicación de la norma laboral y de la norma sobre la propiedad intelectual es cualitativamente diferente. Así, a pesar de que sean una minoría, la desigual definición que establece el RDA y la LPI, determina que algunos colectivos de artistas asalariados no sean considerados como intérpretes o ejecutantes a efectos de ostentar los llamados derechos conexos de propiedad intelectual.

En el ámbito social, el art. 1.2 del RDA, partiendo de la existencia de las notas típicas de la laboralidad, configura su campo de aplicación fundamentalmente sobre dos elementos: uno objetivo⁸⁴³, relativo a la realización de una actividad «artística»⁸⁴⁴ y otro, en cierta manera de carácter finalista, que requiere que tal prestación se realice «en un espectáculo público».

Aunque el precepto no define el concepto de actividad artística, la identifica de forma indirecta cuando alude a las modalidades de difusión y a los lugares donde esta se desarrolla, así, «quedan incluidas en el ámbito de aplicación (...) las relaciones establecidas para la ejecución de actividades artísticas (...) en medios como el teatro, cine, radiodifusión, televisión, plazas de toros, instalaciones deportivas, circo, salas de fiestas, discotecas y, en general, cualquier local destinado habitual o accidentalmente a espectáculos públicos o a actuaciones de tipo artístico o de exhibición».

El segundo elemento también ayuda a concretar la cualidad artística del trabajo. Para la norma laboral no interesa el trabajo artístico sin más, sino aquel que se realiza en el marco de

843 Aunque el sujeto, es decir, el trabajador debe ostentar la condición de artista, esta no viene determinada legalmente por una concreta cualificación profesional, sino por el tipo de actividad que se desempeña. La norma se refiere «a que el sujeto sea artista en el simple sentido de desarrollar una actividad artística» GARRIDO PÉREZ, E., «Trabajo autónomo y trabajo subordinado en los artistas...», cit., p. 342.

844 Sobre la actividad artística como realidad dinámica e imprecisa, véase GARCÍA MURCIA, J. y RODRÍGUEZ CARDO, I.A., «Las actividades artísticas como zonas de frontera del Derecho del Trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 83, 2009, pp. 65 y ss.

un espectáculo público, entendido este en el sentido de que sea creado para el público, bien de manera directa a través de su contemplación *in situ* o bien de manera indirecta por medio de su grabación y posterior difusión.

En definitiva, al referirse al espectáculo público se atiende al concreto sector o ámbito productivo al que pertenecen todos los trabajos de realización y producción de este tipo de eventos, pero acotando la actividad: que sea artística⁸⁴⁵. Para ello, se tiene en cuenta la cualidad concreta de los trabajos, no la de los trabajadores, en relación siempre con el propio espectáculo⁸⁴⁶. Se trata por tanto de un concepto bastante amplio que comprende todas las actividades directamente relacionadas con el arte, es decir, las relativas al género musical, teatral, cinematográfico, circense, u otros. Ello conduce a calificar como artistas a los músicos, cantantes, bailarines, actores de cine o de teatro, humoristas, payasos, ilusionistas y a otras prestaciones cuya relación parece más lejana con el arte, como el trabajo de los especialistas en películas, los actores de doblaje o la actividad taurina. Incluso comprende ocupaciones cuya conexión con el arte es prácticamente inexistente como la lucha libre, la figuración de los famosos en fiestas o presentaciones o la participación en concursos de los denominados «*reality shows*»⁸⁴⁷, entre otros ejemplos⁸⁴⁸.

El ámbito de aplicación de la LPI en principio es más amplio que el de la norma laboral puesto que acoge a los artistas que prestan su actividad en régimen de autonomía y a los que la realizan en espectáculos de carácter privado, en este último caso, con o sin vínculo laboral⁸⁴⁹. Pero si acotamos nuestro análisis a los sujetos de la relación laboral especial, la definición que emplea la LPI es más restringida. Si bien se utiliza un concepto de artista coincidente con la norma laboral al basarse en el tipo de actividad, no en las posibles cualidades o aptitudes del sujeto, se añade otro requisito adicional, que la interpretación o ejecución artística se refiera a una obra.

Respecto a la naturaleza de la prestación el art. 105 LPI⁸⁵⁰ menciona varios actos —«la persona que represente, cante, lea, recite, interprete»—, en una enumeración no exhaustiva —«o ejecute en cualquier forma»—, que pueden incluir otras formas de expresión no aludidas específicamente, como pudiese ser el baile. En todo caso se requiere que haya una aportación personal a una

845 Repárese en que el art. 1.5 excluye de la aplicación de esta norma especial a las relaciones laborales del personal técnico y auxiliar que colabore en la producción de espectáculos.

846 HURTADO GONZÁLEZ, L., *Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual...*, cit., pp. 27 y 28.

847 Mientras que las SSTSJ de Madrid, de 12 de marzo de 2008 (Rec. núm. 384/2008) y de 21 de mayo de 2010 (Rec. núm. 5418/2009) califican la relación como laboral especial de carácter artístico, las SSTSJ de Madrid de 11 de marzo de 2008 (Rec. núm. 98/2008) y de 3 de junio de 2008 (Rec. núm. 554/2008) consideran que no son relaciones laborales.

848 Para una exhaustiva relación de ejemplos con cita jurisprudencial, véase ALZAGA RUIZ, I., *La relación laboral de los...*, cit., pp. 85 y ss. y ROQUETA BUJ, R., *El trabajo de los artistas...*, cit., pp. 24 y ss.

849 Existe una relación de género-especie entre la LPI y la norma laboral especial puesto que la primera se extiende a las relaciones no laborales, funcionariales, laborales comunes o especiales. HURTADO GONZÁLEZ, L., *Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual...*, cit., pp. 212-213.

850 Esta definición prácticamente coincide con la que establece la Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (adoptada en Roma el 26 de octubre de 1961) que en su art. 3.a) considera artista intérprete o ejecutante a «todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística»

obra previa⁸⁵¹. No parece que tal contribución propia deba medirse por la calidad de la misma, exigiendo que proporcione originalidad o creatividad. Se utiliza un criterio más neutral, donde basta la apreciación objetiva de la existencia de una actividad individualizada del artista, es decir, una tarea intelectual de expresión personal de la obra⁸⁵². Respecto a este requisito no se aprecian por tanto diferencias entre la norma laboral y la LPI.

Lo determinante es por tanto el segundo elemento, la exigencia de que la interpretación verse sobre una obra conforme a la propia definición que proporciona el art. 10 LPI. El precepto alude a las creaciones literarias, artísticas o científicas, incorporando un amplio listado a título ejemplificativo⁸⁵³. La actividad artística debe recaer sobre una obra original de creación humana⁸⁵⁴, que preexista a la interpretación, tutelando así los derechos de propiedad intelectual de esa versión particular del artista o ejecutante. Además, esta es la característica que diferencia la protección que otorga la LPI a los autores de la que brinda a la interpretación o ejecución del artista. El autor crea, mientras que el artista actúa sobre esa creación⁸⁵⁵. En definitiva, el concepto de artista de

851 RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S., *El contrato laboral de artistas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 270.

852 HURTADO GONZÁLEZ, L., *Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual...*, cit., p. 222.

853 Artículo 10 Obras y títulos originales

«1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas:

- a) Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza.
- b) Las composiciones musicales, con o sin letra.
- c) Las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales.
- d) Las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales.
- e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o cómics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas.
- f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería.
- g) Los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia.
- h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía.
- i) Los programas de ordenador.

2. El título de una obra, cuando sea original, quedará protegido como parte de ella».

854 Esta es la principal característica para calificar a una obra. Aunque no exista una definición exacta, en la actualidad existe cierto consenso para atender tanto a criterios objetivos como subjetivos. Por un lado, ha de ser una obra nueva, es decir, diferente de otras anteriores, no una mera copia, reproducción o incluso una transformación no autorizada de una previa. Por otro, en ella se ha de plasmar el talento, la personalidad o inventiva del autor. ALTÉS TÁRREGA, J.A., «El contrato de trabajo del autor asalariado: supuestos de aplicación del art. 51 de la Ley de Propiedad Intelectual» *Relaciones Laborales*, nº 1, 2011, pp. 406 y ss. y VALDÉS ALONSO, A. *Propiedad Intelectual y relación de trabajo. La transmisión de los derechos de propiedad intelectual a través del contrato de trabajo. artistas, programadores informáticos y producción audiovisual*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 54 y ss.

STS, Sala de lo Civil, 24 de junio de 2004 (Rec. núm. 2397/1998). «Según autorizada doctrina científica, el presupuesto primordial, para que la creación humana merezca la consideración de obra, es que sea original, cuyo requisito, en su perspectiva objetiva, consiste en haber creado algo nuevo, que no existía anteriormente; es decir, la creación que aporta y constituye una novedad objetiva frente a cualquier otra preexistente: es original la creación novedosa, y esa novedad objetiva es la que determina su reconocimiento como obra y la protección por la propiedad intelectual que se atribuye sobre ella a su creador. En cualquier caso, es exigible que esa originalidad tenga una relevancia mínima». (FJ 2º).

855 GALACHO ABOLAFIO, A.F., «Artículo 105», AA. VV., (dir. PALAU RAMÍREZ, F. y PALAO MORENO, G.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 1297.

la LPI es secuencial en el tiempo, dependiente y derivado de la obra creada previamente por el autor, que aquel interpreta o ejecuta mediante la lectura, el cante, el baile o cualquier otra forma de expresión. La obra fundamenta tanto los derechos de propiedad intelectual del creador o autor como los conexos o derivados de quien la interpreta o ejecuta como artista⁸⁵⁶.

Con esta exigencia se distingue y se deja fuera de la protección de la norma a los artistas cuya ejecución o interpretación no está fundamentada en una obra previa. Aunque en la mayoría de los casos la actividad de estos profesionales se basa en ella (el actor, respecto al guión de la película u obra, el músico o cantante, respecto a la composición o canción...), hay otros supuestos en los que no cabe apreciar la interpretación de una obra original. Son aquellos en los que no se puede percibir la identidad de la obra respecto a su ejecución. No existe una unidad intelectual de lo interpretado⁸⁵⁷ que pueda permitir su repetición por el mismo o por otros artistas donde se mantenga igual estructura u homogeneidad. Esto es, no hay una base o creación intelectual que posibilite distinguir entre una interpretación (y sus repeticiones) de las interpretaciones o ejecuciones de otras obras⁸⁵⁸.

Además de ser actividades espontáneas, en algunas de ellas suele primar la habilidad física o la fuerza sobre la creación⁸⁵⁹. Así, se excluyen de la aplicación de la LPI la actividad taurina, la práctica como espectáculo de los deportes ante el público y algunas prestaciones en el ámbito circense como la de los acróbatas y los domadores de animales. Se trata de acciones que o bien por su margen de improvisación son irrepetibles (un espectáculo de lucha libre o una corrida de toros) o bien están basadas en un plan o técnica de actuación previo con más o menos concreción (un pasacalles de payasos o de gigantes y cabezudos, las acrobacias de un artista de circo) que carecen de los elementos necesarios para poder considerarse como una obra identificable y protegida⁸⁶⁰. Conforme a estos criterios, también se exceptúan otras profesiones como la de los modelos publicitarios, los «extras» o figurantes de cine y los locutores o presentadores de noticias de radio y televisión. Incluso, en este último caso no se estima que entran dentro de la calificación de artistas⁸⁶¹ a efectos de la aplicación de la normativa especial, se trataría de relaciones laborales de régimen común⁸⁶².

856 Aunque cabe que coincida en una misma persona la condición de autor y de artista. Esto supondrá el reconocimiento de derechos de propiedad intelectual diferentes, los de autor sobre la creación y los derechos conexos sobre la interpretación o ejecución.

857 ALTÉS TÁRREGA, J.A., «Artistas y derechos de propiedad intelectual: su inserción en el contrato de trabajo», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº 14, 2013, p. 176.

858 HURTADO GONZÁLEZ, L., *Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual...*, cit., p. 217.

859 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Artículo 10», AA. VV., (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 177.

860 Es de interés la SJ Mercantil nº1, de Badajoz, de 10 de abril de 2017 (Sentencia Nº 110/2017) que deniega la inscripción en el Registro de Propiedad Intelectual de una faena taurina por no tratarse de una obra original protegida. La sentencia resume la jurisprudencia existente y el parecer de la doctrina científica sobre la consideración del artista sujeto de derechos de propiedad intelectual.

861 A ambos se les excluye de la aplicación de la LPI por la ausencia de una aportación personal o individualizada. Los primeros, los extras, se limitan a estar o a moverse según las pautas dadas, sin realizar una actividad que pueda considerarse interpretación y en la actividad de los segundos, los presentadores, la lectura de las noticias, tampoco cabe apreciar una aportación personal que dote a su ejecución del carácter artístico. Simplemente ejecutan las instrucciones del director o del guión, sin realizar una actividad intelectual que pueda considerarse interpretación, tal y como sí ocurre en el caso de los actores secundarios o de reparto.

862 Entre otras, SSTJ Sala de lo Social, de Galicia de 15 de diciembre de 2016 (Rec. núm. 502/2016) y 24 de mayo de 2016 (Rec. núm. 4613/2015) y doctrina judicial anterior citada en las mismas. También, STS (Sala de lo

B. Los derechos de propiedad intelectual de los artistas en la LPI y la transmisión de los derechos de explotación al empresario en el seno de la relación laboral

El reconocimiento por esta normativa a los artistas de derechos patrimoniales sobre su actividad, desplazará, como veremos, la virtualidad o eficacia en la práctica de las cesiones económicas de los derechos de imagen porque las mismas finalidades y garantías quedan cubiertas por esta regulación más específica que protege la propiedad intelectual.

No obstante, la plasmación de estos derechos en nuestra legislación interna, al empuje de la normativa internacional, ha sido relativamente reciente⁸⁶³. Con anterioridad, para los artistas asalariados era el contrato de trabajo el medio por el cual se fijaba la actividad a realizar y sus posibles formas de exhibición, (ejecución directa ante el público, radiodifusión, grabación en un soporte para su posterior comercialización o cualesquiera otras), entendiéndose que, a falta de un pacto expreso entre las partes, en aplicación del art. 1258 Cc.⁸⁶⁴, las posibilidades de la empresa para exhibir el trabajo eran prácticamente ilimitadas⁸⁶⁵.

Con la implantación del régimen preservador de la propiedad intelectual «aparentemente» se instaura el sistema contrario porque el reconocimiento a los artistas de lo que la LPI llama «otros derechos de propiedad intelectual», especialmente de los derechos de explotación económica⁸⁶⁶, puede suponer para la empresa una limitación legal sobre las múltiples posibilidades de utilizar y exhibir el trabajo artístico acordado. Puesto que los derechos de explotación son los que posibilitan que la ejecución artística genere beneficios económicos, generalmente suelen ser objeto de cesión a la empresa para la comercialización de la actividad. Pero ya no es el contrato de trabajo (o el arrendamiento de servicios o contrato de otra naturaleza) sin más el título del que se puede derivar conforme al art. 1258 Cc. el derecho de la empresa a formas de explotación no

Social), de 19 de febrero de 2014 (Rec. núm. 3205/2012) sobre relación laboral común de un colaborador-tertuliano.

863 Los avances tecnológicos propiciaron la necesidad de proteger a los artistas ya que hasta invención de medios como el disco, la cinta o el celuloide, que permitían fijar y difundir sus actuaciones, no se planteaba la necesidad de unos derechos especiales. La preocupación por tutelar a estos profesionales ante la pérdida de su clásica fuente de ingresos, la actuación ante el público, llevará a la OIT a redactar un proyecto de Convenio en 1956 (el denominado Proyecto de Ginebra) que pretendía limitar cualquier difusión de las interpretaciones artísticas que no fuese autorizada por su ejecutor. Finalmente se adoptó en 1961 la Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. A la par se irán aprobando en todos los países la legislación que seguirá los criterios de este acuerdo. En España no habrá una regulación en este sentido hasta la promulgación de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual que contempla los derechos de autor y los otros derechos de propiedad intelectual entre los que se incluyen los reconocidos a los artistas.

864 El contrato no solo obligaría a la prestación artística acordada sino también «a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

865 HURTADO GONZÁLEZ, L., *Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual...*, cit., p. 240.

866 No está de más apuntar que la LPI parte de la distinción entre los derechos de autor únicamente reconocidos a los creadores de una obra literaria, artística o científica en el Libro I y otros derechos de propiedad intelectual que se reconocen a otros sujetos como es el caso de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de grabaciones audiovisuales, de las entidades de radiodifusión, entre otros (Libro II). Estos derechos, que son similares a los del autor o del creador, se clasifican en dos grupos, los derechos de explotación y los derechos morales. Son los primeros los que posibilitan que el empresario y el artista puedan obtener beneficios de su actividad.

aludidas por las partes. La Ley fija una serie de derechos de autorización exclusiva del artista (arts. 106-109) que, a falta de una previsión expresa anuente (contractual o por pacto), podrían suponer la imposibilidad de utilizar determinadas fórmulas de exhibición.

Como decíamos, la titularidad de estos derechos implica dotarles de la decisión sobre las condiciones de explotación de su actividad. Sin embargo, repárese en que habitualmente en la contratación de actividades artísticas lo que realmente se persigue por parte de las empresas es la explotación de la fijación de la obra interpretada o ejecutada. En determinados ámbitos, la utilidad patrimonial que se puede obtener por la mera prestación «física»⁸⁶⁷ del trabajador es prácticamente nula si no hay a su vez una cesión de los derechos de explotación de la interpretación o ejecución. Insistimos en que actualmente salvo ciertas prestaciones pensadas para su ejecución en directo (conciertos musicales, obras de teatro, entre otras) la mayor parte del negocio existente en este sector se refiere a la obra ya fijada (producción y grabación audiovisual, cinematográfica, musical).

Teniendo en cuenta esta circunstancia, el art. 110 de la LPI trata de dar una respuesta a la cesión de tales derechos para los artistas vinculados por una relación laboral o civil, aunque su ambigüedad ha generado finalmente la necesidad de realizar una labor interpretativa y hasta casi integradora⁸⁶⁸ de la norma que tampoco resulta del todo pacífica. Se trata de una regulación «escueta, imprecisa y un tanto incongruente»⁸⁶⁹ que paradójicamente pretende solventar una realidad muy habitual, dado que en este ámbito la mayoría de las actividades se realizan en régimen laboral o de manera autónoma a través del arrendamiento de servicios o de figuras contractuales equiparables.

En principio, la cesión opera conforme al acuerdo de las partes, pero para facilitar el tráfico comercial el art. 110 LPI ha adoptado un mecanismo de transmisión de tales derechos cuando el artista está vinculado por un arrendamiento de servicios o un contrato laboral. El precepto alude a que, «salvo estipulación en contrario» cuando la interpretación o ejecución «se realiza en cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios» es el empresario o el arrendatario el que adquiere «los derechos exclusivos de autorizar la reproducción y la comunicación pública previstos en este título» siempre que «se deduzcan de la naturaleza y objeto del contrato».

Se ha de entender por tanto que lo que prima es el pacto entre trabajador y empresario⁸⁷⁰, este en principio determinará la cesión de los derechos, concretando las formas de exhibición, de distribución o de comunicación de la prestación. Así, cuando las partes hayan precisado el objeto del contrato en lo que se refiere a las condiciones de exhibición no operará el art. 110 LPI.

867 VALDÉS ALONSO, A. y BENZAL MEDINA, E., «Los derechos de propiedad intelectual e imagen de los artistas en espectáculos públicos», *Documentación Laboral* n° 71, 2004, p. 108.

868 ALTÉS TÁRREGA, J.A., «Artistas y derechos de propiedad intelectual: su inserción en el contrato de trabajo», cit., pp. 184.

869 ALTÉS TÁRREGA, J.A., «Artículo 110», AA. VV., (dir. PALAU RAMÍREZ, F. y PALAO MORENO, G.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, cit., p. 1336.

870 Ni siquiera entre la doctrina parece pacífica esta cuestión, así, hay quién considera que para los artistas o ejecutantes vinculados por un contrato de trabajo o por un arrendamiento de servicios se produce en todo caso una cesión de los derechos económicos de explotación a favor del empresario u organizador del espectáculo. En este sentido, ALZAGA RUIZ, I., *La relación laboral de los...*, cit., p. 112.

En este sentido, podría suceder que el empresario no adquiriera ningún derecho de explotación o solo aquellos que se determinan en el acuerdo, que no tendrían por qué coincidir necesariamente con los que se deducen del precepto. Por ejemplo, cuando se pacta con el artista únicamente la interpretación de su papel en un escenario teatral, del propio objeto del contrato solo se infiere que el empresario adquiere el derecho a que el actor ejecute su actuación en escena. De la no mención explícita a los medios de fijación o reproducción no cabe deducir que haya una autorización para grabar y comunicar la actuación por radio, televisión u otros medios⁸⁷¹. Se precisaría un acuerdo específico.

De esta manera, solo en defecto de pacto o por ambigüedad o insuficiencia del mismo se aplicará la cesión de los derechos de explotación que contempla el precepto. Hay que señalar además que el art. 110 LPI no se refiere a todos los derechos que la Ley atribuye al artista por su actuación sino que solo alude a «los derechos exclusivos de autorizar la reproducción y la comunicación pública⁸⁷²», sin mencionar la fijación previa⁸⁷³ y la distribución⁸⁷⁴.

Para una minoría doctrinal, la no alusión a la fijación se trata de un olvido legislativo, consideran que este derecho se cede en todo caso de manera implícita puesto que se trata de una facultad medial necesaria para la posible reproducción o la distribución a fin de una adecuada comercialización de los ejemplares⁸⁷⁵. Sin embargo, parece más adecuada la opinión mayoritaria para la cual esta

871 CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «arts. 105-113», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, AA. VV., (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), cit., p. 1588.

872 El art. 20 de la LPI define lo que ha de entenderse por comunicación pública como «todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas» y realiza una enumeración exhaustiva de la mayoría de estas acciones.

No obstante, en este último caso la autorización se reduce a los supuestos más antiguos o clásicos en los que hay una inmediatez de tiempo y espacio entre el público y el artista puesto que el resto quedan excluidas o siguen un régimen especial. Así, aunque el art.108.1 de la LPI otorgue al artista el derecho exclusivo a autorizar la comunicación pública de su actuación, acto seguido lo excluye en dos supuestos: cuando dicha actuación constituya en sí una actuación transmitida por radiodifusión y cuando se realice a partir de una fijación previamente autorizada. En estos casos en realidad no es que no haya derecho de autorización, sino que se entiende que este se cede al productor o a la entidad de radiodifusión cuando el artista da su consentimiento al aceptar la actuación en vivo que va a ser fijada o radiodifundida.

Para las actuaciones difundidas por satélite o cable se establece un régimen especial (art. 108.1 en relación con el art. 20.3 y 4 de la LPI) con un complicado sistema de remuneraciones para los actos de comunicación secundaria de las actuaciones artísticas fijadas (véase arts. 108.4 y 5 LPI).

873 El art. 106 LPI otorga al artista la facultad en exclusiva de autorizar la fijación de sus actuaciones, requiriendo la forma escrita. Pese a constituir un derecho estratégico en relación con la explotación de las misma no se define expresamente, pero de la lectura del art. 18 de LPI puede desprenderse que se trata de la incorporación de sonidos, de imágenes, o de sonidos e imágenes, o la representación de estos, a partir de la cual pueden percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo. Así, mediante la fijación «se obtiene la matriz de la actuación artística en un soporte tangible –un fonograma, un videograma, una película, un archivo digital o cualquier soporte inventado o por inventar– que permite su posterior reproducción, haciendo perdurable una actividad que por definición es intangible y que se consume conforme se desempeña, lo cual posibilita su explotación de diversas maneras», ALTÉS TÁRREGA, J.A. y GARCÍA TESTAL, E., *El contrato de trabajo y propiedad intelectual de los artistas musicales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017, (versión digital).

874 Art. 109.1 LPI. El precepto nos remite al art. 19 LPI en relación a la definición de la distribución que se entiende como «la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma».

875 VALDÉS ALONSO, A., *Propiedad intelectual y relación de trabajo: la transmisión de los derechos de propiedad intelectual a través del contrato de trabajo: artistas, programadores informáticos y producción audiovisual*, Civitas, Madrid, 2001, p. 278.

omisión en el caso de los artistas tiene su razón al atender a situaciones dispares. En muchos casos, el derecho de fijación no se podrá separar de la reproducción, así por ejemplo, el primero quedará subsumido en el segundo cuando la actividad contratada tenga como finalidad ser grabada para su posterior explotación comercial (una grabación audiovisual o una producción fonográfica). No obstante, en otros supuestos el derecho a la fijación puede derivar de una autorización solo para la comunicación pública al margen totalmente del derecho de reproducción. Esto ocurre cuando se acuerda una comunicación pública que requiere la previa fijación, una grabación para ser emitida en diferido por una sola vez, pacto que en ningún caso implicaría aceptar la posterior reproducción y distribución de copias de la misma. Además, el derecho de fijación es totalmente independiente cuando se pacta la mera ejecución de la prestación artística ante el público (actuaciones en directo de transmisión simultánea como obras de teatro, conciertos). Quizás, cuando el art. 110 LPI no menciona esta facultad está pensando particularmente en esta última hipótesis, donde la grabación de la actuación requerirá un pacto expreso y, a falta del mismo, no cabrá entenderlo cedido ni por la vía del art. 110, ni de manera implícita por la cesión de otros derechos. Esta facultad ha de ejercerse de manera independiente. Así, por ejemplo, para la grabación por terceros de un espectáculo en directo para fines comerciales o informativos la autorización no le corresponde a la empresa, puesto que no ha habido una cesión tácita⁸⁷⁶. De todas maneras, en la realidad, a fin de evitar obstáculos a la explotación de la actividad artística suele ser práctica habitual autorizar de forma expresa este derecho al productor.

Sobre la segunda omisión, la relativa al derecho de distribución, la mayoría de la doctrina⁸⁷⁷, señala que se trata de una decisión intencionada del legislador que persigue que la cesión de este derecho no se vea afectada por la presunción y deba ser objeto de un pacto expreso. Así, el artista, salvo las excepciones que se contemplan en otros apartados de la LPI⁸⁷⁸, puede reservarse el derecho de todas o de algunas formas de distribución o cederlo en función de las condiciones que se acuerden con la empresa. Ello posibilita que se pueda negociar la compensación económica adecuada a cada circunstancia.

En todo caso, la aplicación de la cesión que realiza la norma requiere que esta se pueda deducir de «la naturaleza y objeto del contrato» esto es, habrá que atender al conjunto de cláusulas y circunstancias concretas, de entre las cuales se deberá tener en cuenta fundamentalmente la causa y el fin del contrato. Desde esta perspectiva, en un contrato entre una emisora de radio y un cantante para una actuación a emitir en un futuro programa nada permitiría deducir que además de esta comunicación pública la empresa puede utilizar otras fórmulas de exhibición. De igual modo, en un acuerdo entre un empresario teatral y un actor para la representación de una obra ante el público sin que se aluda a otros medios de difusión, tampoco se podría colegir que la empresa adquiera los derechos para grabar y radiodifundir o televisar esa actuación⁸⁷⁹.

876 ALTÉS TÁRREGA, J.A. y GARCÍA TESTAL, E., *El contrato de trabajo y propiedad intelectual de los artistas...*, cit., (versión digital).

877 Entre otros, HURTADO GONZÁLEZ, L., *Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual...*, cit., p. 283 y ALTÉS TÁRREGA, J.A., «Artistas y derechos de propiedad intelectual: su inserción en el contrato de trabajo», cit., p. 179.

878 Por ejemplo, en el art. 109. 3 1º y 2º para facilitar la gestión de la explotación se presume cedido al productor de las obras audiovisuales o fonogramas el derecho del alquiler de las copias que contienen la actuación fijada.

879 HURTADO GONZÁLEZ, L., *Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual...*, cit., p. 279.

En la práctica, como ya referíamos, lo más habitual es que para facilitar la explotación de las actividades artísticas se ceda expresamente este derecho a los productores a cambio de una remuneración que puede ser una cantidad por copia vendida, un importe a tanto alzado o un porcentaje sobre el salario⁸⁸⁰.

Adviértase que estos extremos suelen estar regulados en la negociación colectiva. Así, por ejemplo, el III Convenio Colectivo Estatal regulador de las Relaciones Laborales entre los Productores de Obras Audiovisuales y los Actores que prestan servicios en las mismas⁸⁸¹ establece como uno de los elementos mínimos que debe figurar en todo caso en el contrato la declaración expresa del actor por la que cede al productor de la obra audiovisual los derechos de fijación, reproducción, distribución y autoriza la comunicación pública de su interpretación fijada, indicando el plazo y ámbito geográfico a que se refiere la cesión⁸⁸².

Se admite que el convenio colectivo pueda actuar en este ámbito pero siempre que respete el carácter imperativo de la ley⁸⁸³ que, como veíamos, a falta de un pacto expreso, establece una cesión presunta con el contenido y alcance que se deduzcan de la naturaleza de la relación contractual. Por tanto, si determinadas facultades y tipos de explotación son precisas para que el empresario lleve a cabo la finalidad que perseguía al contratar, quedarán incluidas dentro de este límite y también dentro del margen de regulación del convenio.

La realización de una obra audiovisual para ser emitida en televisión o en salas cinematográficas sí necesitará de la autorización para la fijación y la comunicación pública en alguna de sus modalidades. Pero la cláusula que incorpora el convenio colectivo establece la cesión de todas las modalidades de explotación posibles, incluida la distribución, no mencionada por el artículo 110 LPI. Como dijimos, de esta omisión, se deduce la necesidad de un acuerdo expreso y específico del artista para la distribución que trata de «salvaguardar el derecho del artista a negociar la remuneración que ha de obtener con cada copia vendida»⁸⁸⁴. Por ello, puede entenderse desproporcionado que la norma colectiva imponga tal cesión⁸⁸⁵ si tal facultad no se deduce del objeto contractual.

Sin embargo, los convenios colectivos relativos a representaciones artísticas directas ante el público regulan la cuestión de manera diferente. Tomando como ejemplo el I Convenio Colectivo

880 ALTÉS TÁRREGA, J.A., «Artistas y derechos de propiedad intelectual: su inserción en el contrato...», cit., pp. 178-179.

881 BOE 16 de mayo de 2016.

882 Previsión que contempla el artículo 7 j) y k) del Convenio y que lógicamente es compensada al margen de la retribución pactada con un 5% del salario total, tal y como exige la última disposición del Anexo I de la norma.

883 HURTADO GONZÁLEZ, L., *Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual...*, cit., p. 294.

884 ALTÉS TÁRREGA, J.A., «Artistas y derechos de propiedad intelectual: su inserción en el contrato...», cit., p. 179.

885 Téngase en cuenta que probablemente las obras audiovisuales que se explotan en televisión no lleguen a ponerse a disposición del público mediante venta, alquiler o préstamo, por lo que, cuando el contrato se celebra para llevar a cabo la fijación de una obra televisiva, no debería incluir el derecho de distribución. Incluso, respecto a las obras cinematográficas en las que es frecuente este tipo de explotación, tampoco ha de quedar comprendida la cesión pues el convenio colectivo establece distintas retribuciones para los artistas en función de la explotación primaria de la obra. YAGÜE BLANCO, S., *Cláusulas de cesión de derechos de propiedad intelectual en los convenios colectivos laborales. Estudio de negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 105-106.

Estatal del Personal de Salas de Fiesta, Baile y Discotecas⁸⁸⁶ y los convenios autonómicos de actores y actrices de teatro de la Comunidad de Galicia⁸⁸⁷, de Madrid⁸⁸⁸ y de Cataluña⁸⁸⁹ observamos que en todos ellos se requiere del acuerdo expreso del artista⁸⁹⁰ para grabación del espectáculo y su posterior explotación comercial. Contemplan un pacto explícito y diferenciado del contrato laboral que se formaliza bien en un modelo de *addenda* anexo a este⁸⁹¹, en una cláusula especial dentro del mismo⁸⁹² o en un «contrato específico» por este concepto⁸⁹³.

Esta regulación es acorde a la normativa de propiedad intelectual. Recuérdese que en estos supuestos el objeto del contrato de trabajo de los artistas consiste en la interpretación o representación de su actividad ante el público. Por ello, la explotación empresarial de la actuación a través de su fijación, y posterior reproducción, distribución o comunicación pública por otros medios, quedaría en principio fuera del objeto de la actividad contratada. Cuando el empresario acuerda una actuación artística en vivo, no requiere para su ejecución de la cesión de ninguno de estos derechos, tampoco deducibles del artículo 110 LPI por la «naturaleza y el objeto del contrato». Así, en ausencia de un pacto expreso, el empresario no podría adquirir estas facultades de explotación ni en virtud de la cesión presunta del artículo 110 LPI ni tampoco por imposición del propio convenio colectivo. Se precisaría en todo caso el acuerdo expreso del artista.

En los convenios mencionados se regula este posible pacto y su contenido, pero sin vincular a los artistas a su firma. No obstante, en la práctica, es muy probable que si el empresario decide grabar y explotar el espectáculo, estos cedan sus derechos con el alcance que prevé el convenio aplicable que suele establecer una transmisión de acuerdo con los usos del sector⁸⁹⁴. Así, se regula que el artista perciba en todo caso una retribución adicional que generalmente suele ser un porcentaje del salario que le corresponde. Por ejemplo, en el Convenio Colectivo Estatal del Personal de Salas de Fiesta, Baile y Discotecas distingue las cuantías en atención a la forma de exhibición que se pacte. Se prevé, por tanto, una compensación específica por autorizar la comunicación pública, que variará según se emita en televisión o radio, y otra distinta por aceptar la fijación de la misma⁸⁹⁵.

886 BOE 18 de mayo de 2012.

887 DOG 30 de abril de 2009.

888 BOCM 6 de junio de 2015.

889 DOGC 18 de julio de 2014.

890 Art. 7.5 en relación al 22 a) I Convenio Colectivo Estatal del Personal de Salas de Fiesta, Baile y Discotecas y en sentido similar arts. 16.1, 34.1 y 8.1 de los convenios de actores y actrices de teatro de Galicia, Madrid y Cataluña respectivamente.

891 En el Anexo I del I Convenio Colectivo Estatal del Personal de Salas de Fiesta, Baile y Discotecas.

892 Art. 12.1 del Convenio del Sector Actores y Actrices de Madrid.

893 Art. 16.1 del Convenio de Actores y Actrices de Galicia.

894 YAGÜE BLANCO, S., *Cláusulas de cesión de derechos de propiedad intelectual...*, cit., p. 125.

895 «Artículo 22. Retribución adicional de los artistas por comercializar por la grabación, emisión, transmisión, puesta a disposición o distribución de los espectáculos.

a) Cuando la actuación sea emitida o transmitida, por radio o televisión, haya sido o no grabada, o se ofrezca como servicio audiovisual de pago o en abierto, los profesionales que tomen parte en los mismos percibirán sobre el sueldo el 50% del mismo si la emisión o transmisión es por radio, y el 500% si es por televisión en concepto de derechos de comunicación pública, siempre que los artistas consientan y aunque el horario sea distinto al horario normal.

Cuando la actuación sea fijada o grabada en cualquier medio o soporte que permita su reproducción, puesta a disposición y distribución por su comercialización, los artistas percibirán sobre el sueldo el 5 % del mismo, siempre que estos consientan tales actos de explotación.

Otra de las cuestiones sobre la que ha existido bastante controversia es la naturaleza laboral o extralaboral de estos pactos o cláusulas por los que el artista cede a la empresa los derechos de explotación económica. Además, téngase en cuenta que según se sostenga una tesis u otra, también será diferente la consideración sobre el carácter salarial o extrasalarial de la remuneración percibida con las importantes implicaciones que ello puede tener⁸⁹⁶.

La mayoría doctrinal y la jurisprudencia hasta finales de los años noventa⁸⁹⁷ han estimado el carácter laboral de tales acuerdos con diferentes argumentos. Para algunos⁸⁹⁸ la cesión de estos derechos explica una de las notas típicas de la relación laboral, en concreto la ajenidad. Se entiende que la adquisición de estos «frutos» por parte del empresario constituye junto a la actividad propiamente dicha la causa del contrato, puesto que la prestación y su resultado no pueden separarse de los derechos de explotación. Otros, consideran que la condición laboral de esta cesión o autorización no deviene de la nota de la ajenidad, sino del propio objeto del contrato. La cesión opera como un presupuesto que posibilita aquel al permitir la finalidad de la exhibición pública, consustancial al trabajo de los artistas en los espectáculos públicos. De esta forma se atiende que el empresario debe adquirir al menos los derechos de explotación precisos para cumplir con el objeto básico del contrato de trabajo, y ambos, actividad convenida y tales facultades, forman parte del contrato laboral⁸⁹⁹.

Contrariamente a las tesis anteriores, otra corriente doctrinal⁹⁰⁰, que parece apoyada por la jurisprudencia posterior⁹⁰¹, valora que la cesión de tales derechos de propiedad intelectual no deriva ni de la causa ni del objeto del contrato laboral, sino que se origina en virtud del necesario acuerdo entre el trabajador y el empresario que exige el art. 110 para que no opere la cesión tácita. Sin embargo hay de nuevo divisiones doctrinales sobre la naturaleza del pacto.

Por un lado, se afirma su carácter laboral bajo el argumento de que tales derechos de explotación proceden de la actuación artística, que, como tal, se desarrolla en el marco de un contrato de

El consentimiento del artista se hará constar en anexo al contrato de trabajo, conforme al artículo 7 del presente Convenio».

896 Entre otras, la integración de tales cantidades en las bases de cotización y en el cálculo de la indemnización por despido.

897 Por todas, STS (Sala de lo Social), de 31 de marzo de 1997 (Rec. núm. 3555/1996), aunque se trata de un supuesto de autor, no de artista, se señala «Una segunda puntualización que interesa hacer sobre la modalización de la ajenidad cuando el resultado del trabajo es una obra de autor es que la cesión de dicho resultado no tiene por qué abarcar a la integridad de los derechos de propiedad intelectual, sino solo a los principales o más relevantes, que son, respecto de las obras de fotografía periodística, los de explotación de las mismas en atención a su actualidad. Es característica general del derecho de propiedad intelectual la pluralidad y complejidad de facultades de carácter personal y patrimonial que atribuye al autor» (FJ 4º).

898 Argumentan que la pura y simple actividad artística deviene estéril para el empresario puesto que en la mayoría de los casos se persigue causalmente la explotación de la actuación fijada. VALDÉS ALONSO, A. y BENZAL MEDINA, E. «Los derechos de propiedad intelectual e imagen de los artistas...», cit., p. 111.

899 HURTADO GONZÁLEZ, L., *Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual...*, cit., pp. 264-265.

900 Véase, ALZAGA RUIZ, I., *La relación laboral de los...*, cit., pp. 270-271. También, GIL Y GIL, J.L., «El salario de los artistas», AA. VV., (dir. GARCÍA MONCÓ, A.M.), *Las retribuciones de los artistas, intérpretes y ejecutantes*, Cinca, Madrid, 2008, pp. 114-117.

901 A partir del año 2010 varias sentencias apoyan esta línea, por todas, STS (Sala de lo Social) 19 de julio de 2010 (Rec. núm. 2830/2009)

trabajo. Así, el pacto tácito o expreso de cesión forma parte del contenido del contrato de trabajo y justifica la naturaleza salarial de las contraprestaciones que recibe el artista⁹⁰².

En sentido opuesto, se apoya la naturaleza civil o mercantil de este acuerdo o pacto. Nos encontraríamos ante una especie de contrato mixto. Por una parte, laboral, en el que se acuerda la prestación artística, y, por otra, civil o mercantil, en lo que se refiere a la transmisión de los derechos de explotación económica de tal prestación. Esto no impide que dependiendo de la finalidad empresarial en la contratación del artista en determinados supuestos deba existir necesariamente una autorización o cesión de estos derechos para lograr el resultado de la actividad comercial. En su ausencia, la empresa no tendría interés en el contrato laboral. Tal circunstancia no significa que los derechos se adquieran por la propia prestación laboral contratada sino que derivan del pacto expreso o de la cesión tácita por la aplicación del art. 110 LPI⁹⁰³.

Esta última posición casaría mejor con diferentes situaciones contractuales más complejas que se suelen producir en la realidad, como ocurre cuando el artista cede los derechos de explotación de sus actuaciones a otra persona física o jurídica para que negocie con ellos. En tales casos es preciso un acuerdo para la adquisición de estos derechos con la sociedad mercantil o con la persona titular de los mismos, remunerándolos de forma paralela e independiente a la prestación laboral. También hay que acudir a otros pactos previos cuando para la explotación de la ejecución artística se necesita la autorización del autor de la obra a representar o cuando mediante un contrato artístico se pretende tanto la creación como la posterior interpretación de la obra por el artista. Se trata de supuestos en los que o bien deben concurrir en el contrato de trabajo otros sujetos o bien se precisa de un pacto previo con ellos o con el propio intérprete-autor. Estas relaciones múltiples lógicamente se entienden mejor y encuentran un encaje más adecuado en la tesis que aboga por la naturaleza no laboral de los pactos de cesión de los derechos de propiedad intelectual⁹⁰⁴.

Además, si atendemos a los convenios colectivos que se refieren a la cesión de los derechos de propiedad intelectual de los artistas, tanto a los que están destinados a la grabación de las actuaciones como especialmente a los que regulan la prestación del artista ante el público, se aprecia en las cláusulas analizadas que están más próximas a la tesis de la «autonomía negocial de la cesión»⁹⁰⁵. La señal más aparente es la fijación de una retribución específica por la cesión de derechos, que parece quedar fuera del objeto del contrato de trabajo. Incluso el art. 2.3 del III Convenio Colectivo estatal aplicable a los actores establece que «los derechos y obligaciones que se derivan del contrato de interpretación son independientes de los derechos que a los actores reconoce la vigente normativa sobre propiedad intelectual». Aunque en todas las normas colectivas se pacta una compensación adicional y distinta de la percibida en virtud del contrato de trabajo, cada una establece un sistema diferente y no clarifican la naturaleza salarial o extrasalarial de la retribución⁹⁰⁶.

Reafirma esta posición de la independencia de este tipo de pactos el que muchas de estas percepciones se reciben más allá de la duración del vínculo laboral. Así, en el modelo de *addenda* o anexo al contrato de trabajo, regulador de la cesión para la comercialización del derecho exclusivo

902 RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S., *El contrato laboral de artistas*, cit., pp. 279 y ss.

903 ALTÉS TÁRREGA, J.A., «Artistas y derechos de propiedad intelectual: su inserción...», cit., pp. 185 y ss.

904 Seguimos en esta idea a ALTÉS TÁRREGA, J.A., *Supra*, pp. 186 y ss.

905 YAGÜE BLANCO, S., *Cláusulas de cesión de derechos de propiedad intelectual...*, cit., p. 130.

906 YAGÜE BLANCO, S., *Supra*, cit., pp. 119 y ss.

a autorizar la fijación y/o la explotación de la actuación artística (Anexo IV del CC. estatal del personal de salas de fiesta, baile y discotecas) se establece que «la cesión de los derechos (...) tendrá igual duración que el contrato de trabajo del que trae causa (...). Pero se obliga a que el empresario negocie con el artista las condiciones para la explotación de sus actuaciones fijadas o grabadas una vez terminada la relación laboral que les vincula. Otro argumento a favor de esta tesis son las prerrogativas que se conceden al artista en el art. 110 *bis* en relación a la cesión de derechos al productor de un fonograma, que no parecen casar con la idea de una transmisión de derechos por efecto de la ajenidad de una relación laboral⁹⁰⁷.

C. La confluencia del derecho a la imagen con los derechos de propiedad intelectual

Partimos de que la figura del artista trabajando, es decir, «la escénica», es una imagen reconocible de la persona que resulta protegida por el derecho a la propia imagen. Esto significa que conforme al art. 7.6 LO 1 /1982 la utilización de la imagen, del nombre y de la voz por parte de la empresa con fines publicitarios, comerciales o análogos requerirá la autorización expresa de su titular, esto es, del artista. Como se comprueba, en estos casos los derechos de imagen del artista concurren con los derechos de propiedad intelectual que vienen a cumplir la misma función. Por lo que la pregunta es obvia. ¿Cuál es la relación entre ambos? ¿Cuál es la función real de los derechos de imagen cuando confluyen con los derechos de propiedad intelectual?

Una minoría doctrinal⁹⁰⁸ respalda que para la exhibición pública de la imagen del artista a través de medios técnicos, el interesado, además de ceder los derechos de propiedad intelectual, debe transmitir también los oportunos derechos de imagen. Se entiende que la imagen del artista, al igual que la de cualquier ciudadano, resulta protegida por la LO 1/1982, por lo que ha de otorgar su consentimiento para que la divulgación de su actuación no se considere como una intromisión ilegítima.

No obstante, aunque se reconozca que en principio los derechos de propiedad intelectual y los derechos de imagen son derechos independientes y distintos, en estos casos, al coincidir el sujeto titular y su ámbito de ejercicio –la imagen del artista captada durante el desarrollo de su trabajo– ambos tipos de derechos se superponen y su régimen jurídico se confunde⁹⁰⁹. Cuando el artista cede los derechos de propiedad intelectual para la explotación económica de la obra (fijación, comunicación pública, distribución...) estos ya precisan o presuponen la disponibilidad sobre la imagen del artista. Esto es, la transmisión de tales facultades requiere causalmente que la empresa disponga de la imagen del artista con los límites que se hayan acordado. Por ello, es mayoritaria la opinión de que los posibles derechos derivados del uso de la imagen del artista generalmente quedan «subsumidos» en los derechos de propiedad intelectual que reconoce la LPI, normativa que por su carácter especial es la que resultaría aplicable en este caso⁹¹⁰. Si el trabajo de los artistas en espectáculos públicos se dirige siempre a su exhibición ante los demás en cualquiera de sus formas,

907 ALTÉS TÁRREGA, J.A., «Artículo 110», AA. VV., (dir. PALAU RAMÍREZ, F. y PALAO MORENO, G.), *Comentarios a la Ley...*, cit., p. 1353.

908 SUAREZ LOZANO, J. A., *Aproximación al derecho audiovisual*, Comunidad de Madrid, Consejería de Educación y Cultura, Madrid, 1995, p. 129.

909 HURTADO GONZÁLEZ, L., *Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual...*, cit., p. 304.

910 VALDÉS ALONSO, A. y BENZAL MEDINA, E. «Los derechos de propiedad intelectual e imagen de los artistas...», cit., p. 146.

esta divulgación de la imagen escénica del artista forma parte de la propia naturaleza del contrato de trabajo. Cuando en este se delimitan las condiciones para su exhibición empresarial conforme a los derechos de explotación que reconoce la LPI, el uso de la imagen se someterá al acuerdo suscrito de acuerdo a esta normativa quedando en principio los derechos de imagen incorporados o englobados en él. Parece innecesario que tengan que existir dos instrumentos de cesión diferentes y separados⁹¹¹. Será por tanto la normativa de propiedad intelectual la que concrete la fijación, reproducción o difusión de la imagen del profesional⁹¹². No obstante, en la práctica, algunos contratos del sector artístico incluyen cláusulas donde de manera conjunta se ceden al empresario tanto los derechos de propiedad intelectual como los derechos de imagen⁹¹³.

Pero hay que señalar que la cesión de los derechos de propiedad intelectual sobre la actuación no supone una pérdida de la titularidad del derecho a la propia imagen. El artista mantiene el poder de decisión sobre otros usos o explotaciones de la imagen que estén desvinculados de los pactados expresamente o transmitidos de manera tácita *ex art. 110 LPI* en relación a su actuación o interpretación. Por ello, cuando la empresa pretende utilizar las imágenes fijadas de la ejecución del artista para otros fines necesita una cesión expresa por parte del afectado⁹¹⁴. Piénsese por ejemplo, en la utilización de las imágenes para prácticas de *merchandising* o de la voz para una posterior campaña publicitaria⁹¹⁵. En estos casos no se podría entender que la cesión general de los derechos de propiedad intelectual para la concreta ejecución o interpretación artística permite la explotación de la imagen, el nombre o la voz del profesional para diferentes finalidades. Estos usos quedan así fuera de la protección que otorga la LPI, siendo entonces de aplicación la LO 1/1982⁹¹⁶, que precisa del beneplácito del artista. Se ha reconocido como salvedad a esta regla general las actividades accesorias en las que entra en juego la imagen del artista y que facilitan el éxito comercial de la prestación contratada (reproducción de su imagen en las carátulas del CD, DVD, en carteles, anuncios u otros medios publicitarios). A falta de un acuerdo expreso se han de entender autorizadas tácitamente por su conexión directa con la actividad principal bajo la *vis expansiva* del contrato conforme al art. 1258 CC⁹¹⁷.

911 Es también de esta opinión, ALTÉS TÁRREGA, J.A., «Derecho a la propia imagen y contrato de trabajo: su explotación comercial en el contrato de artistas y su relación con la propiedad intelectual», *Trabajo y Derecho*, nº 19-20, 2016, pp. 8-9 (digital).

912 HURTADO GONZÁLEZ, L., *Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual...*, cit., p. 311. Como bien apunta el autor, si se entendiese que cuando ambos derechos concurren el derecho a la imagen sule los derechos de propiedad intelectual sería totalmente superfluo el Título I del Libro II de la LPI.

913 HURTADO GONZÁLEZ, L., *Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual...*, cit., pp. 305-306.

914 En esta dirección MARTÍN VILLAREJO, A., apunta que «tal autorización se presenta necesaria cuando se pretende utilizar la imagen con otros fines distintos (tales como los publicitarios, tanto de la obra como de otros que no guardan relación con la misma), para cuyo uso es necesario el previo y explícito consentimiento de los artistas». *El régimen jurídico de las obras audiovisuales*, (tesis doctoral), 2017 p. 554. Accesible en <<https://eprints.ucm.es/40916/1/T38294.pdf>>.

915 No obstante, esta protección también se podría alcanzar a través de los derechos morales que la LPI reconoce a los artistas o ejecutantes, ya que en este caso el derecho a la integridad de la interpretación o ejecución vetaría cualquier modificación por parte de la empresa. Esto implica en cierta manera una unidad de uso o explotación, así no sería posible separar el sonido de la imagen para comercializarla en diferentes productos o disponer solo de parte de las imágenes para un uso diferente.

916 VALDÉS ALONSO, A. y BENZAL MEDINA, E. «Los derechos de propiedad intelectual e imagen de los artistas...», cit., p. 146.

917 ALTÉS TÁRREGA, J.A. y GARCÍA TESTAL, E., *El contrato de trabajo y propiedad intelectual de los artistas musicales*, cit., (versión digital).

Los negocios de explotación de la imagen del artista son cada vez más habituales en determinados ámbitos. Así, por ejemplo, en el sector musical, ante la profunda crisis que se produce a partir de los años 2000⁹¹⁸, las casas discográficas han tratado de compensar la pérdida de ingresos de su negocio tradicional –la producción y comercialización de las grabaciones– con nuevas actividades entre las que está teniendo una importancia creciente la explotación de la imagen los artistas para fines diversos⁹¹⁹. Junto a las obras musicales, las compañías comercializan diferentes servicios o productos que implican una explotación de la imagen, de la voz o del nombre⁹²⁰ del profesional: felicitaciones, dedicatorias, saludos, personalización de los buzones de voz y envíos o descargas de fotografías a través de Internet o de los teléfonos móviles. Si bien el uso de la imagen en la promoción del producto musical o audiovisual (portadas, galletas o carátulas de un disco, CD, o DVD, por ejemplo) no precisa del consentimiento expreso del artista, estas otras explotaciones independientes de la obra requieren una autorización explícita. Además, generalmente esta fórmula posibilita negociar una compensación económica específica para cada actividad. De hecho, se considera que tales acuerdos integran un contrato atípico de cesión de derechos de imagen, al margen del vínculo laboral, al que resultará de aplicación la normativa prevista el Código Civil con carácter general para las relaciones contractuales⁹²¹.

Esta materia puede estar regulada por la negociación colectiva. Así, el III Convenio aplicable a los productores de obras audiovisuales y a los actores establece una normativa bastante exhaustiva sobre el uso que puede realizar el productor sin precisar del consentimiento de los artistas para fines promocionales de la propia obra de las fotografías, voces, segundas tomas o tomas no utilizadas⁹²². Esta disposición corrobora la tesis doctrinal apuntada sobre la no necesidad de

918 Esta crisis se origina fundamentalmente por el incremento de la piratería tanto doméstica como comercial (el fenómeno del Top Manta) facilitado por el avance de los medios tecnológicos y la creciente utilización y desarrollo de Internet. Ver en este sentido GIL, R., «La piratería en España: el caso de la industria musical y del cine». *Occasional Paper OP n° 07/1*, Septiembre, 2006, IESE Business School - Universidad de Navarra <www.iese.edu/research/pdfs/op-07-01.pdf>.

919 Entre las nuevas actividades también se puede destacar la promoción de conciertos y espectáculos públicos y la prestación de servicios de *management* para los artistas. GARZÓN VICENTE, A. y DE LACALLE BAYGORRI, I., «La cesión de los derechos de imagen de los artistas en los contratos discográficos como consecuencia...», cit., p. 2.

920 GARZÓN VICENTE, A. y DE LACALLE BAYGORRI, I., «La cesión de los derechos de imagen de los artistas en los contratos discográficos como consecuencia...», cit., p. 6.

921 *Supra*, p. 9. Véase en igual sentido, «El contrato entre el artista y la compañía discográfica». En <www.copyrait.com/archivo/14.doc>.

Sobre el contrato de *merchandising*, véase FRANQUET SUGRAÑES, M.T., *El contrato de licencia de personality merchandising*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007 y CHAMARRO DOMÍNGUEZ, M.C., «Aspectos jurídicos del contrato de merchandising», *Anales de la Facultad de Derecho*, n° 28, 2011, pp. 57-79.

922 Artículo 31 «El productor tendrá la iniciativa y más amplia libertad en la concepción y ejecución del material publicitario de la obra audiovisual en la que los actores hayan prestado sus servicios, En consecuencia, y sin especial y previo consentimiento de los mismos, podrá utilizar las fotografías, dibujos y/o retratos de todos y cada uno de los actores, sus voces, autógrafa y biografía, así como libremente utilizar las fotografías que hayan sido obtenidas durante el rodaje y/o en los momentos de preparación del mismo.

Igualmente podrá el productor utilizar para la publicidad de las películas las segundas tomas así como, en su caso, las tomas rechazadas por montaje, con objeto de elaborar el materia publicitario, ya sea en el sistema de foto fija, ya sea el sistema o formato audiovisual, incluido el denominado «así se hizo» («making of»).

En todos los caso, se respetará el derecho a la propia imagen del actor, así como a su intimidad.

La utilización publicitaria o promocional de fotografías en las que el actor aparezca desnudo requerirá el consentimiento previo, y extendido en el contrato, o documento posterior del mismo. En dicho consentimiento se especificará que el actor tendrá derecho a examinar el contenido de las fotografías o tomas cuyo uso se

acuerdos específicos del uso de la imagen del profesional para la publicidad del producto para el que ha sido contratado. Otra cosa es que tales fotografías o grabaciones se utilizaran para finalidades diferentes. En este sentido, nos sorprende que en el nuevo convenio se haya suprimido un artículo del acuerdo anterior que aclaraba esta cuestión. En la línea que antes apuntábamos, prohibía el uso de las fotografías o material publicitario para objetivos diferentes a la promoción de la propia obra, salvo consentimiento expreso y por escrito del interesado⁹²³.

Como venimos refiriendo, los derechos de propiedad intelectual del artista pueden desplazar a los derechos de imagen cuando hay una coincidencia sobre su objeto. Pero ello no siempre es así. El reconocimiento del derecho a la imagen puede tener otras funcionalidades⁹²⁴. Gracias a él, los artistas tendrán la capacidad originaria y directa para perseguir cualquier acción de captación no consentida de su imagen por actos de piratería (venta de DVDs de actuaciones en directos grabadas sin consentimiento) que afecten a la propiedad intelectual, aun cuando tales derechos se hayan cedido⁹²⁵. También se ha apuntado que cuando las actuaciones ya no generen derechos de propiedad intelectual por haber pasado a dominio público una vez transcurrido el plazo fijado, la titularidad del derecho a la propia imagen podría truncar el uso de la imagen para su comercialización⁹²⁶.

Igualmente, se ha de destacar que, aunque la comercialización de la imagen, el nombre o la voz suele considerarse como un aspecto a extramuros del ámbito de protección del derecho fundamental, también se ha reconocido que este puede resultar vulnerado ante determinadas utilidades no autorizadas fuera del objeto negocial. En este caso la protección civil de la imagen puede servir para evitar el uso de las imágenes cedidas a través de los derechos de propiedad intelectual para finalidades diferentes. En este sentido, se ha de citar la Sentencia de 10 de enero de 2008 de la Audiencia Provincial de Barcelona⁹²⁷.

prevea para los citados fines promocionales o publicitarios, no pudiendo en ningún caso el actor rechazar más del 50% de cada uno de los elementos que le hayan sido propuestos. La facultad de aceptación o rechazo deberá ser ejercitada de forma personal y directa por el propio actor, quedando expresamente prohibida la delegación en terceras personas».

923 Artículo 37: «El productor no podrá utilizar los materiales publicitarios de la obra o grabación cinematográfica, las fotos fijas obtenidas durante su rodaje y/o las segundas tomas y/o las tomas rechazadas en las que aparezca el actor para promocionar productos o servicios diferentes de la obra cinematográfica y/o de forma genérica las actividades del productor, salvo consentimiento expreso y escrito del actor».

924 Expone también estas consecuencias ALTÉS TÁRREGA, J.A., «Derecho a la propia imagen y contrato de trabajo: su explotación comercial en el contrato de artistas...», cit., p. 9.

925 Sobre la cuestión véase, SANTOS VIJANDE, J.M., «Derecho a la propia imagen de artistas e intérpretes y explotación in consentida de una obra audiovisual», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 1, 2004, pp. 2019-2015.

926 Esta función se apunta por DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «Intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen autorizadas por la Ley», cit., pp. 91-92, que cita la sentencia francesa de la Sala Primera de la Corte de Casación, de 9 de julio de 2009 (Bull. 2009, I, núm. 175) que revocó una decisión judicial previa que permitía la utilización de la fotografía de un cantante para la caratula de un disco de canciones que ya habían pasado al dominio público.

927 (Rec. núm. 438/2007). Se trata de un supuesto en el que la demandante había cedido a una empresa (Media Partners Productions) sus derechos de propiedad intelectual y de imagen para la promoción de dos películas eróticas en las que había participado como actriz. La empresa cesionaria había facilitado las imágenes donde la actriz figuraba desnuda y su nombre a otra entidad que las utilizó posteriormente para ilustrar unos folletos a colocar en expositores a fin de promocionar un festival erótico. Tal y como recoge la sentencia, el juez de instancia consideró que la imagen, cedida para una película, no puede ser utilizada en un ámbito totalmente distinto (la publicidad de un festival), sin que quepa confundir el derecho a la imagen con la propiedad

En definitiva, se ha valorado que ambos tipos de derechos, los de propiedad intelectual e imagen, se proyectan sobre una realidad jurídica parecida y no solo resultan ser «compatibles sino que se complementan», permitiendo que determinados artistas o intérpretes gocen de una protección reforzada respecto a los demás⁹²⁸.

2.1.2. Los derechos de imagen de los artistas no titulares de derechos de propiedad intelectual

Como expusimos en el apartado anterior determinados profesionales que no ejecutan o interpretan una obra original como pueden ser entre otros, los toreros, los artistas dedicados al espectáculo circense y los modelos, quedan al margen de la protección de la LPI. A consecuencia de ello, la explotación comercial de su trabajo y la posible disposición de su imagen para tales fines queda únicamente bajo la tutela de la normativa sobre el derecho a la imagen, la LO 1/82.

Sin embargo, de esta regulación interesa especialmente la vertiente económica de este derecho. Si bien tradicionalmente el contenido patrimonial se ha considerado parte integrante del derecho a la propia imagen, la interpretación del Tribunal Constitucional y de gran parte de la doctrina académica comienza a dar autonomía a esta dimensión económica dotándole de una configuración distinta al derecho que le dio origen. De la parca regulación que dedica la norma a esta esfera se extrae que esta queda configurada a partir de tres elementos fundamentales: el uso de la imagen, el fin comercial y el consentimiento de su titular. El objeto del derecho se proyecta sobre la explotación de la imagen con fines comerciales o publicitarios y presupone su carácter oneroso pudiendo ser ejercido por el propio titular de la imagen o por los terceros, cuando aquel lo haya cedido a cambio de una contraprestación, siempre y cuando medie el consentimiento de forma concreta⁹²⁹.

En estos casos los artistas asalariados como titulares del derecho a la imagen, conforme al art. 2 de la LO 1/1982, deberán ceder expresamente al empresario tales derechos para que este pueda captar, reproducir y difundir la actuación acordada. Esta versión patrimonial sobre la imagen jugaría como los derechos de propiedad intelectual de cara a la necesaria autorización que exige la LO 1/1982 para salvar la posible intromisión ilegítima por parte del empleador.

intelectual. La Audiencia respecto a esta afectación del derecho fundamental a la imagen de la actriz afirma que «la tesis de la recurrente no puede progresar porque, como bien razona el juez de instancia, el hecho de que la Sra. Marcelina haya cedido a un tercero los derechos de su imagen y nombre artístico en relación con dos películas (“Mis locas fantasías” y “Perversa XXX”) no autoriza a un uso indiscriminado de los fotogramas, ni de las fotografías previas que se hayan podido tomar para su promoción» (FJ 1º). Se insiste en que «la cesión de derechos a Media Partners Productions, S.L. no autoriza a esta, ni al demandado como tercero (y sin perjuicio de las relaciones internas entre ellos) a utilizar la imagen de la actora para fines distintos de los pactados y más allá del ámbito específico de la promoción de las dos películas». Además, en el contrato firmado por la actriz no se incluía el derecho del cesionario a disponer de las imágenes, sino solo el compromiso de la Sra. Marcelina a realizar la promoción de las obras con su asistencia personal a eventos, contexto en el que se admitiría la cesión de los derechos de imagen y nombre.

928 MARTÍN VILLAREJO, A., *El régimen jurídico de las obras audiovisuales*, cit., p. 537.

929 ORDELÍN FONT, J.L., «La revocación de los contratos de explotación económica de la imagen de los artistas intérpretes y ejecutantes», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, nº 35, 2014-2015, p. 400.

No obstante, hemos de plantearnos de nuevo si de la firma del contrato laboral por el artista ya se deriva de manera implícita la cesión al empleador o la aceptación de la modulación de su derecho a la propia imagen. Téngase en cuenta que el propio objeto del contrato puede suponer una afectación a la imagen de los trabajadores y que este derecho, como los demás, puede quedar limitado o condicionado como consecuencia de su inserción en una organización empresarial en la medida necesaria para el correcto desenvolvimiento de la actividad productiva. La doctrina fijada por la tan mencionada STC 99/94 sería plenamente aplicable a estos supuestos. Cuando la naturaleza de las tareas contratadas implique necesariamente la captación y/o reproducción y/o divulgación de la imagen del trabajador, este no podrá invocar el derecho fundamental a la propia imagen para excusarse del cumplimiento de su relación laboral. En tales casos, la aceptación del contrato supone una autorización a la empleadora para la exhibición de la imagen del profesional justificada en el tipo de actividad que el propio artista ha consentido⁹³⁰.

Repárese en que la ausencia de tal consentimiento impediría realizar la prestación que constituye el objeto del contrato. Por ello, aunque en principio ha de ser expreso y explícito para cualquier acto de utilización de la imagen, la íntima relación con la actividad laboral pactada lleva a suponer que de la libre aceptación del contrato deriva la aprobación implícita para la captación, reproducción y publicación de la imagen⁹³¹. La cuestión es determinar en el caso concreto cuándo se produce esta cesión de derechos en favor del empleador. Ello dependerá, como hemos visto, del objeto del contrato y de las tareas o funciones concretas que el artista se vincula a realizar. Si la exhibición del trabajo del artista ante el público por medios técnicos puede entenderse que forma parte inescindible del contenido contractual, el empresario estará autorizado o legitimado para captar y/o mostrar la imagen de aquel trabajando. Así, piénsese en la celebración de un contrato con un modelo publicitario para una campaña en medios gráficos o audiovisuales o en el acuerdo con una persona famosa para su intervención en un programa de televisión. Son casos donde la propia ejecución artística implica la cesión al empleador del derecho a captar, reproducir, divulgar o comunicar el trabajo contratado.

Pero estas «cesiones implícitas» pueden generar cierta conflictividad en la realidad. Recordemos que incluso cuando existe un consentimiento expreso la doctrina y los tribunales apoyan una interpretación restrictiva. La aceptación no se extiende más allá de lo que claramente se infiere de la declaración. De esta manera, la autorización para captar una imagen no faculta a su publicación, el consentimiento para divulgarla en un medio no permite hacerlo en otros distintos, ni mucho menos autoriza tal acción para fines diferentes⁹³².

Por ello en el ámbito de la relación contractual solo será posible entender consentidas las utilidades precisas y necesarias para la ejecución de la actividad artística acordada, sin ser posible su aplicación a otros usos. Bajo esta premisa se ha de atender en cada caso a si la prestación tiene por finalidad ser captada para su posterior explotación (distribución y divulgación) o únicamente tiene vocación de ser representada ante el público.

930 HURTADO GONZÁLEZ, L., *Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual...*, cit., pp. 314-315.

931 ALTÉS TÁRREGA, J.A., «Derecho a la propia imagen y contrato de trabajo: su explotación comercial en el contrato de artistas...», cit., p. 9.

932 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «El consentimiento como causa de exclusión de la ilegitimidad de la intromisión», cit., p. 69.

En principio, determinadas actividades artísticas como la de los participantes en un espectáculo taurino o circense están destinadas a su contemplación en directo y no presuponen una fijación o captación de las imágenes para su posterior comunicación a través de la televisión u otros medios de transmisión. En tales casos, si el organizador pretende divulgar la actuación artística deberá pactar expresamente la cesión de los derechos de imagen con los trabajadores⁹³³, y, en la realidad, esto es lo que suele suceder para evitar complicaciones posteriores.

En esta línea, se pronuncia el V Convenio Colectivo Nacional Taurino⁹³⁴. En la Disposición Final 7ª, al regular los derechos audiovisuales, se pacta «respetar los derechos de imagen de los actuantes en todos los espectáculos taurinos que se retransmitan o difundan en cualquier medio o soporte audiovisual, conforme a los acuerdos que al efecto puedan suscribir los interesados». Por ello, el modelo de contrato para los matadores, novilleros y rejoneadores incorpora una cláusula en igual sentido⁹³⁵. La práctica tradicional del sector es negociar de manera individual los derechos de imagen con los matadores o novilleros (o con los apoderados o empresas que les representan)⁹³⁶ y en el caso de los de los subalternos, con el sindicato o asociación sindical al que estén afiliados⁹³⁷. Sin embargo, la naturaleza laboral o común de estos acuerdos no es un asunto pacífico⁹³⁸.

933 Recuérdese sobre este extremo la problemática que ha habido ante la negativa del diestro José Tomás a que sus actuaciones ante el público sean televisadas o grabadas para su posterior difusión a través de estos medios.

934 BOE 15 de enero de 2015.

935 «La actuación profesional a que se refiere el presente contrato no podrá ser televisada ni captada o fijada por cualquier medio o sistema, para su posterior comercialización, sin que previamente se haya hecho constar en el presente contrato la correspondiente autorización del actuante. En tal caso, la retribución en concepto de derechos de imagen y los términos de la cesión de la explotación de los mismos, se harán constar en el presente contrato o en documento anexo. A falta de acuerdo expreso que refleje las condiciones de la cesión de la explotación de la imagen del actuante, se entenderá que la autorización se refiere a la realización de una única emisión televisiva de forma simultánea a la celebración del espectáculo». (Cláusula Sexta).

936 En 2012 hubo una unión entre determinadas figuras del toreo, el llamado G10, que pretendió la negociación conjunta de sus derechos de imagen a través de la empresa All Sports Media, lo que dio lugar a la apertura de un expediente sancionatorio por infracciones de la Ley de defensa de la competencia. Este grupo se disolvió, aunque actualmente algunos de estos profesionales plantean una negociación para que les sean compensados sus derechos de imagen por la repetición de sus actuaciones en determinados canales especializados.

<www.europapress.es/sociedad/noticia-cnc-cierra-expediente-abierto-diez-toreros-comprometerse-dejar-vender-juntos-derechos-tv-20130327144222.html> (consultado en diciembre de 2018).

937 La existencia de un único sindicato, Unión Nacional de Banderilleros y Picadores Españoles (UNPBE) que gestionaba los derechos de imagen de todos los subalternos, produjo varios conflictos cuando posteriormente se creó una nueva asociación sindical, Sindicato de Picadores y Banderilleros, Asociación Sindical de Profesionales Taurinos Independientes (ASPROT). Tales controversias se derivaron del impago de las compensaciones económicas por los derechos de imagen a los no afiliados al sindicato tradicional. Sobre la cuestión, véase SJS nº 1 de Sevilla, de 23 de enero (AS 2014, 230) que condena a la empresa al pago de las percepciones reclamadas y el comentario de GOÑI SEIN, J.L., «Los derechos de imagen de los toreros subalternos», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 165, 2014, pp. 317-325.

Sobre este asunto también se pronuncia en sentido similar la STSJ de Madrid, de 13 de julio de 2015 (Rec. núm. 952/2014) que deviene firme ante la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina por el ATS de 7 de febrero de 2017 (Rec. núm. 37/2016).

938 La SAP de Madrid, de 30 de junio de 2010 (Rec. núm. 28/2008) confirma la incompetencia de la jurisdicción común al valorar que las compensaciones por los derechos de imagen de banderilleros y picadores tienen naturaleza salarial.

En sentido contrario, sobre la naturaleza de la cesión de los derechos en el ámbito taurino, en apoyo a su carácter extrasalarial, GOÑI SEIN, J.L., «Los derechos de imagen de los toreros subalternos», cit., pp. 320 y ss.

Otra cuestión controvertida, a la que ya se ha aludido en otro momento, es la relativa a la posibilidad de revocación del consentimiento por parte del artista que ha cedido sus derechos de imagen. Tradicionalmente se ha considerado que este puede dejarse sin efecto incluso en los supuestos en los que la disposición de la imagen se realiza para un uso profesional dando prevalencia al derecho de la personalidad sobre otros derechos que la cesión contractual haya generado, aunque fuese a título oneroso⁹³⁹.

No obstante, hay que tener presente que cuando el artista cede la explotación de la imagen profesional a una empresa, con el acto de revocación lesiona los intereses del cesionario o de los terceros que también merecen protección jurídica. Por ello no parece descabellada la tesis que defiende que cuando el derecho a la explotación comercial de la imagen se separa del derecho fundamental a la propia imagen, la facultad de revocación solo podría ejercerse para salvaguardar el derecho de la personalidad porque en el mero aspecto patrimonial no se dan las características que justifican esa tutela especial. Nos referimos especialmente a la irrenunciabilidad.

Pero caben excepciones, podrían existir actos que se extralimiten y supongan una afectación a la dimensión moral o personal del derecho aunque se trate de cesiones de la explotación comercial de la imagen. En tal caso estaría totalmente justificada la retractación en ejercicio del derecho fundamental. Con todo, si el conflicto versa sobre cuestiones meramente económicas parece que la tutela debería quedar en el ámbito de las limitaciones propias de la autonomía de la voluntad⁹⁴⁰. La facultad de revocación no debería ser utilizada como una garantía para proteger objetivos meramente patrimoniales, como podría ser la comercialización de la imagen en condiciones económicas más ventajosas que las anteriormente acordadas⁹⁴¹.

Los tribunales, sin embargo, reconocen con gran amplitud esta facultad⁹⁴². Aunque matizan que en los supuestos de cesión voluntaria de la imagen o de ciertas imágenes, el régimen de los efectos de la revocación «deberá atender a las relaciones jurídicas y derechos creados, incluso a favor de terceros, condicionando o modulando algunas de las consecuencias de su ejercicio», siendo los órganos judiciales ordinarios los que han de ponderar los derechos en conflicto. Así, cuando la relación laboral lleva irremediabilmente asociada la cesión de la imagen del trabajador para su explotación, la revocación de tal autorización puede suponer el desistimiento del contrato

939 STC 117/1994 «Ciertamente que, mediante la autorización del titular, la imagen puede convertirse en un valor autónomo de contenido patrimonial sometido al tráfico comercial y ello inducir a confusión acerca de si los efectos de la revocación se limitan al ámbito de la contratación o derivan del derecho de la personalidad. Esto es lo que puede determinar situaciones como la que aquí se contempla porque los artistas profesionales del espectáculo (o quienes pretenden llegar a serlo), que ostentan el derecho a su imagen como cualquier otra persona salvo las limitaciones derivadas de la publicidad de sus actuaciones o su propia notoriedad, consienten con frecuencia la captación o reproducción de su imagen, incluso con afección a su intimidad, para que pueda ser objeto de explotación comercial; mas debe afirmarse que también en tales casos el consentimiento podrá ser revocado, porque el derecho de la personalidad prevalece sobre otros que la cesión contractual haya creado. Mas, en esos supuestos de cesión voluntaria de la imagen o de ciertas imágenes, el régimen de los efectos de la revocación (prevista en el art. 2.3 de la L.O. 1/1982 como absoluta) deberá atender a las relaciones jurídicas y derechos creados, incluso a favor de terceros, condicionando o modulando algunas de las consecuencias de su ejercicio».

940 ORDELÍN FONT, J.L., «La revocación de los contratos de explotación económica de la imagen de los artistas intérpretes y ejecutantes», cit., p. 402.

941 PASCUAL MEDRANO, A., *El derecho fundamental a la propia imagen...*, cit., p. 103.

942 STC 117/94 y la STS (Sala de lo Civil), de 21 de abril de 2016, (Rec. núm. 12/2014.)

de trabajo o una inexecución parcial que dé lugar a la compensación de los daños causados al empresario⁹⁴³.

De nuevo, planteamos la dudosa naturaleza de los pactos de cesión de los derechos de imagen, especialmente en determinados ámbitos profesionales. En el caso de los modelos o actores y actrices publicitarios, la costumbre general en el sector es la vinculación por medio de un contrato de naturaleza civil-mercantil⁹⁴⁴ de representación artística⁹⁴⁵ con la agencia que trata de promover y/o concluir acuerdos con las empresas anunciantes, agencias de publicidad, productoras o fotógrafos. Las agencias, a cambio de una contraprestación económica previamente convenida, proporcionan a los modelos el contacto con las empresas y, en muchos casos, se encargan de gestionar el cobro de los ingresos y defender los intereses económicos y artísticos en la utilización de su imagen, por lo que es común que previamente se les haya otorgado una autorización para su uso. A su vez estas empresas (las agencias) conciertan con las entidades anunciantes, las empresas publicitarias o las productoras un contrato de mediación artística cuyo objeto es proveerles los modelos adecuados para los servicios ofertados⁹⁴⁶. De esta triple relación surge, dependiendo de las características de la prestación, el contrato laboral o el arrendamiento de servicios que vincula a la empresa productora con el/la modelo o actor/actriz⁹⁴⁷.

Aunque la vinculación entre las partes pueda ser laboral, la cesión de los derechos de imagen suele pactarse en un acuerdo específico donde se fijan las condiciones concretas y el plazo de explotación⁹⁴⁸. Ello, unido a la complejidad de estas relaciones entre varias entidades, lleva a pensar en la naturaleza extralaboral de estos acuerdos. De hecho, la mayoría de los conflictos suscitados habitualmente por el uso de la imagen para fines diferentes o más allá del plazo establecido, se solventan en la jurisdicción civil⁹⁴⁹.

2.1.3. El derecho a la imagen de los artistas al margen de su actividad profesional: imagen extralaboral e imagen privada

Hasta ahora nos hemos referido a la posible limitación del derecho a la imagen del artista como consecuencia de su actividad laboral, pero al margen de esta «imagen laboral o de trabajo» el artista goza del derecho a la propia imagen como cualquier otro ciudadano. Por un lado, resulta protegido frente a la captación y exhibición por parte del empresario de las imágenes que no

943 ALTÉS TÁRREGA, J.A., «Derecho a la propia imagen y contrato de trabajo: su explotación comercial en el...», cit., p. 10.

944 Sobre la inexistencia de relación laboral entre los modelos y las agencias STSJ de Madrid, de 16 de marzo de 2009 (Rec. núm. 507/2009).

945 En relación a este contrato innominado o atípico y su naturaleza, SAP Madrid, de 28 de septiembre de 2010 (Rec. núm. 583/2009), SAP La Coruña, de 24 de febrero de 2010, (Rec. núm. 282/2009) y STS (Sala de lo Civil), de 21 de mayo de 2008 (Rec. núm. 1069/2001).

946 LÓPEZ-MINGO TOLMO, A., *El derecho a la propia imagen de los modelos –actores y actrices- publicitarios*, cit., pp. 125 y ss. y DE LA VILLA GIL, L.E. y MERCADER UGUINA, J.R., *Modelos, agencias de modelos y empresas publicitarias*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 16-17.

947 Se pueden apreciar todo este complejo de relaciones jurídicas en la SAP de Madrid, de 3 de abril de 2017 (Rec. núm. 759/2016).

948 Según la costumbre del sector generalmente suele ser de un año, con posibilidad de prórrogas.

949 Véase MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Cesión incontestada de la imagen para un uso comercial distinto del autorizado», cit., pp. 90 y ss. Entre otras, SAP de Madrid, de 22 de noviembre de 2010 (Rec. núm. 27/2010), SAP de Vigo, de 9 de mayo de 2012, (Rec. núm. 3400/2010) o SAP de Madrid, de 3 de abril de 2017, ya citada.

estuviesen relacionadas con el objeto del contrato. Y, por otro, el profesional está facultado para explotar comercialmente su imagen más allá de la concreta actividad artística contratada.

La cesión de los derechos de propiedad intelectual y/o de los derechos de imagen para una determinada actividad artística no agota las posibilidades de explotación de la imagen del artista. La relevancia y notoriedad de determinados profesionales dota a su figura de un poder sugestivo que se traduce en un valor comercial de importancia para promocionar o publicitar determinados productos o bienes. Por ello, el sujeto podrá por sí mismo o a través de su representante o agente celebrar negocios jurídicos con terceros que supongan una autorización para utilizar su imagen con fines comerciales o promocionales con independencia de su actividad de trabajo.

El asunto es que suele ser usual que el organizador del espectáculo público que pacta la vinculación laboral con el artista para la ejecución de una concreta actividad también aproveche este reclamo de su figura y adquiera el derecho a explotar la imagen con fines comerciales más allá del objeto contractual⁹⁵⁰. Como ya se concretó, en estos casos hay que dilucidar qué es lo consustancial a la relación laboral y cuáles son los usos de la imagen que quedan desvinculados de aquella. Generalmente suele haber un pacto expreso al respecto o una previsión por norma colectiva⁹⁵¹. En su ausencia, solo cabe entender implícitas en la relación laboral las utilidades ineludibles para cumplir con la actividad, entre las que se incluye la imagen asociada a la promoción de la propia actuación⁹⁵².

Otro tipo de explotación promocional de la imagen del artista u actividades de *merchandising* requieren de un pacto específico de cesión donde se acuerden las condiciones concretas y la compensación económica adecuada. Cuando estos contratos o pactos de cesión de imagen se realizan con quién contrató laboralmente al artista dan lugar a dos relaciones jurídicas diferentes entre los mismos sujetos⁹⁵³ y a retribuciones de distinta naturaleza, salvo que se trate de supuestos fraudulentos que pretendan enmascarar relaciones enteramente laborales⁹⁵⁴.

950 CORDERO SAAVEDRA, L., «Derecho a la propia imagen y contrato de trabajo», cit., p. 235.

951 Además de otros artículos de convenios colectivos ya citados en relación a esta materia, el art. 18.2 del Convenio Colectivo del Sector de Actores y Actrices de Madrid establece que «a efectos de publicidad, se podrá realizar una grabación general de las pruebas y/o ensayos, cuya emisión no supere los cinco minutos».

952 En esta dirección, se indica que un actor de teatro podría estar obligado a que su figura aparezca en los carteles anunciadores, pero no a que se grabe su actuación si ello no se ha acordado. PLAZA Y JABAT, M.S., «El derecho a la imagen, su naturaleza y forma de explotación. Breve referencia a su tratamiento tributario», *Crónica Tributaria*, nº 81, 1997, p. 93.

De igual manera para el sector musical se considera que del contrato discográfico puede derivar la inserción de la imagen del músico en la carátula o galleta del disco o CD, pero no otros usos que necesitarían del acuerdo específico. GARZÓN VICENTE, A. y DE LACALLE BAYGORRI, I., «La cesión de los derechos de imagen de los artistas en los contratos discográficos como consecuencia de la crisis discográfica», cit., p. 6.

953 Como reconoce la STS (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 1 de julio de 2008 (Rec. núm. 5296/2002), aunque no sea así en el supuesto examinado «Habría, pues, dos tipos de “derechos de imagen”. Unos, diferenciados claramente de la prestación laboral, de los que su titular puede disponer en el modo que le convenga, pues ninguna relación tienen con ella. Otros, que se encuentran íntimamente conectados a la relación laboral, sobre los que también puede disponer su titular en el modo que considere conveniente, bien incluyéndolos en el ámbito de la relación laboral, bien sustrayéndolos de ella, en el modo y forma que juzgue oportuno, y siempre que medie acuerdo con el empresario acerca de la diferenciación entre la prestación laboral y los “derechos de imagen”» (FJ 11º).

954 HURTADO GONZÁLEZ, L., «Contratación de artistas a través de sociedades mercantiles interpuestas que ellos mismos constituyen y controlan», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, nº 22, 2008, (BIB 2008\87).

Como señalamos, lo más habitual es celebrar un contrato de *personality merchandising* con el artista⁹⁵⁵ o con la persona física o jurídica a quien previamente el profesional ha cedido sus derechos⁹⁵⁶. Suele tratarse de contratos o pactos atípicos a los que resulta aplicable el Código Civil y la LO 1/1982. En cualquier caso, aunque el consentimiento ha de ser interpretado de manera estricta, es recomendable que la autorización que se otorga sea lo más precisa posible fijando entre otros extremos: los aspectos de la imagen que van a ser objeto de divulgación, el medio o los medios de difusión, la finalidad, el ámbito temporal y geográfico para la divulgación, la existencia de un régimen de exclusividad o la posibilidad de que el cesionario pueda a su vez transmitir dichos derechos a un tercero, así como la compensación económica y las consecuencias derivadas del incumplimiento⁹⁵⁷. Respecto a esta última cuestión se ha de recordar la posibilidad de que la amplia facultad de revocación del consentimiento que acoge la LO 1/1982 quede atemperada por los acuerdos entre las partes, siempre que no exista una afectación al aspecto moral del derecho a la propia imagen.

Sobre esta distinción entre las imágenes de carácter laboral o extralaboral, se ha de reflexionar también sobre la dificultad de diferenciar entre las imágenes de trabajo y las imágenes privadas del artista dada la singularidad de este tipo de trabajo y sus especiales formas de explotación⁹⁵⁸. Imágenes que por su propia naturaleza han de considerarse como privadas o íntimas, podrían ser de naturaleza laboral al haberse acordado con el empleador su realización para dar difusión o publicidad a la actividad artística principal. En este sentido valga como ejemplo el uso de la fotografía de un cantante en su hogar⁹⁵⁹ o en actitudes de carácter íntimo para ser insertada en la carátula de un fonograma que se va a comercializar. O el pacto inserto en el contrato junto a la actividad primordial de otras tareas promocionales del trabajo que impliquen la toma y difusión de imágenes de naturaleza privada del artista como pudiesen ser determinados posados u otro tipo de apariciones. Por ello, aunque puedan parecer privadas, se trata de imágenes de trabajo⁹⁶⁰ a las que les resultaría de aplicación el mismo régimen jurídico previsto⁹⁶¹. Incluso puede ocurrir,

-
- 955 RODRÍGUEZ LOSADA, S., «Interpretación dinámica de los convenios para evitar la doble imposición en relación con las rentas de artistas y deportistas», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, nº 35, 2012, p. 141. (BIB 2012\1053).
- 956 Incluso es posible que el artista haya registrado su nombre como una marca, y entonces la empresa precise disponer por compra o alquiler de la marca para poder explotar la imagen. En relación a esta práctica en el caso de los deportistas, PALOMAR OLMEDA, A. y DESCALZO GONZÁLEZ, A., *Los derechos de imagen en el ámbito del deporte profesional. Especial referencia al fútbol*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 47 y RODRÍGUEZ LOSADA, S., «Interpretación dinámica de los convenios para evitar la doble imposición en relación con las rentas...», cit., p. 141.
- 957 GARZÓN VICENTE, A. y DE LACALLE BAYGORRI, I., «La cesión de los derechos de imagen de los artistas en los contratos discográficos como consecuencia de la crisis discográfica», cit., p. 8.
- 958 Como se advierte, «muchas veces ocurre que determinadas imágenes del trabajo pueden convertirse en privadas y, en sentido contrario, aparentes imágenes privadas en realidad son de trabajo artístico», ALTÉS TÁRREGA, J.A., «Derecho a la propia imagen y contrato de trabajo: su explotación comercial en el contrato de artistas...», cit., p. 15.
- 959 HURTADO GONZÁLEZ, L., *Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual...*, cit., p. 321.
- 960 Como ya afirmaba el TC «(...) los artistas profesionales del espectáculo (o quienes pretenden llegar a serlo), que ostentan el derecho a su imagen como cualquier otra persona salvo las limitaciones derivadas de la publicidad de sus actuaciones o su propia notoriedad, consienten con frecuencia la captación o reproducción de su imagen, incluso con afección a su intimidad, para que pueda ser objeto de explotación comercial». (STC 117/94) (FJ 3º). La cursiva es nuestra.
- 961 Serían objeto del mismo contrato de trabajo HURTADO GONZÁLEZ, L., *Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual...*, cit., p. 322.

situación cada vez más habitual, que la actividad principal contratada como parte del espectáculo público sea precisamente la exposición ante los demás de la vida privada del artista mediante la grabación y difusión de la misma⁹⁶².

Por último, conviene recordar que no se requerirá la autorización para la captación de las imágenes del artista cuando, aun no siendo constitutivas de trabajo, correspondan a un acto público o se generan en un lugar abierto al público (art. 8.2 a) LO 1/1982) y/o cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante (art. 8.1 LO 1/1982). Como analizamos en su momento, esta mayor afectación del derecho a la imagen, trata de preservar la ponderación y equilibrio de este derecho individual con las libertades de información y expresión. Pero si el objetivo primordial de estas excepciones impide a los medios de comunicación la utilización no autorizada de las imágenes con fines meramente económicos o comerciales⁹⁶³, con más razón la empresa tampoco podrá ampararse en ellas para disponer de las imágenes del artista con el propósito de promocionar o publicitar su actividad.

2.2. El derecho a la imagen de los deportistas profesionales

Los deportistas profesionales, al igual que determinados artistas, no ostentan derechos de propiedad intelectual que protejan su actividad. Conforme a la LPI no es posible calificarles como autores o intérpretes o ejecutantes porque su actuación en la competición (un partido de fútbol o baloncesto, una carrera ciclista), por sus propias características⁹⁶⁴, no puede ser considerada como una obra protegible. Por ello, no existe una concurrencia entre los derechos de propiedad intelectual y los derechos de imagen, que precise concretar su ámbito y su operatividad.

Ya hemos mencionado que el trabajo de los deportistas profesionales está pensado generalmente para que al menos parte de su actividad sea exhibida ante el público y esto ya supone una afectación de su derecho a la propia imagen. Como afirmaba la STC 99/1994 «existen actividades que traen consigo, con una relación de conexión necesaria, una restricción en el derecho a la imagen de quien deba realizarlas, por la propia naturaleza de estas, como lo son todas las actividades en contacto con el público, o accesibles a él» (FJ 7º).

El interés que despierta en la ciudadanía la contemplación de la práctica deportiva conduce a que los encuentros de este tipo (partidos de fútbol, de baloncesto, de tenis) sean generalmente de

962 Piénsese que aquí encajaría la participación de los concursantes en los programas televisivos cuyo formato es el «reality show». Para un estudio de la consideración de relación laboral de esta actividad con la jurisprudencia asociada, véase MALDONADO MONTOYA, J.P., «El trabajador del reality show» *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 83, 2009, pp. 355-371.

963 Se ha considerado legítimo utilizar la imagen de un deportista de alto nivel mientras participaba en una competición deportiva para ilustrar la cubierta de una obra de divulgación científica infantil [STS 29 de abril de 2009 (Rec. núm. 629/2004)] o la utilización del cartel originario anunciador del estreno de una obra lírica donde aparecía la artista para ilustrar un póster y unos libretos con motivo de la reposición de la obra [STS 21 de diciembre de 1994 (Rec. núm.3651/1991)]. En este caso se dio prioridad al fin cultural de propiciar el resurgimiento de la zarzuela frente al interés particular de los hijos de la artista fallecida que se negaban a la reproducción de la imagen de su madre sin su previa autorización.

964 Así se considera que el predominio de la mera habilidad física y la inexistencia de una creación intelectual es el rasgo fundamental que impide conceder el carácter de obra a los espectáculos deportivos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Artículo10» AA. VV., (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), *Comentarios a...*, cit., p. 177.

acceso público y se hayan ido convirtiendo en verdaderos espectáculos que reportan importantes beneficios económicos a las entidades organizadoras. Estas ganancias se han incrementado de forma exponencial principalmente a partir de los años noventa gracias a la retransmisión televisiva⁹⁶⁵ de tales eventos. La evolución de la tecnología, la globalización y la liberalización del mercado televisivo han propiciado un crecimiento sin precedentes del negocio sobre los derechos audiovisuales⁹⁶⁶ de los encuentros y de las competiciones, especialmente en el ámbito del fútbol profesional⁹⁶⁷. De ahí, la necesaria afectación a la imagen de los jugadores o deportistas al objeto de hacer posible estas retransmisiones.

La mercantilización del deporte profesional también ha afectado a los propios trabajadores desde otra perspectiva. En cierta manera se ven convertidos en «personas anuncio»⁹⁶⁸ que además de jugar con una determinada uniformidad bajo concretas marcas que sponsorizan o patrocinan al equipo, deben comparecer en las entrevistas u otros actos públicos organizados por el club con la indumentaria y los soportes publicitarios que interesen al empleador⁹⁶⁹.

Asimismo la figura de determinados deportistas de élite se ha transformado en una importante herramienta de marketing que puede servir no solo a la entidad deportiva o club sino a otras empresas de bienes y servicios como un instrumento fundamental de promoción o publicidad. No hay más que pensar en los casos de determinados deportistas como Rafa Nadal, Messi, Cristiano

-
- 965 Principalmente a partir de esta década se puede afirmar que «no hay deporte sin televisión, ni televisión sin deporte», GARCÍA SANTAMARÍA, J.V., «Modelo centralizado *versus* modelo individualizado. Derechos de fútbol y retransmisiones deportivas en Europa», *Revista TELOS (Cuadernos de Comunicación e Innovación)*, disponible en <<https://telos.fundaciontelefonica.com/url-direct/pdf-generator?tipoContenido=articuloTelos&idContenido=2011012416270001&idioma=es>>.
- 966 Sobre los diferentes sistemas para comercializar los derechos televisivos por parte de las entidades deportivas, véase, PALOMAR OLMEDA, A. y DESCALZO GONZÁLEZ, A., *Los derechos de imagen en el ámbito del deporte profesional...*, cit., pp. 108 y ss. y DE LA IGLESIA PRADOS, E., *Derecho patrimonial privado y deporte*, Reus, Madrid, 2016, pp. 353-377.
- 967 De todos es conocido la problemática que ha existido en España entre las diferentes empresas audiovisuales con el negocio de explotación de los derechos futbolísticos. Hasta el reciente Real Decreto-Ley 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional, en nuestro país existía un modelo de explotación individualizado en el que cada club vendía los derechos de retransmisión al operador deseado. Además de las desigualdades económicas en la remuneración que percibían los distintos clubs, este sistema originó dos guerras del fútbol entre operadores televisivos, con sus correspondientes pleitos judiciales e innumerables desencuentros entre los distintos sujetos involucrados. Con la nueva normativa se ha establecido un sistema de comercialización conjunta de los derechos audiovisuales del fútbol profesional. Ya ningún club profesional puede comercializar directamente sus derechos de explotación de contenidos audiovisuales sino que la participación en una competición oficial de fútbol profesional conlleva necesariamente la cesión de estos derechos al organizador de la competición: la Liga de Fútbol Profesional (LFP) en caso de la liga de primera y de la segunda división y la Real Federación Española de Fútbol (RFEF) para la Copa del Rey. La norma también fija de manera detallada las condiciones en que la LFP y RFEF podrán comercializar estos derechos (por lotes, en régimen de transparencia, competencia y no discriminación) y cómo se repartirán los ingresos derivados de la venta centralizada de los derechos entre los clubs. Véase, GARCÍA SANTAMARÍA, J.V., «Modelo centralizado *versus* modelo individualizado...», cit., pp.126 y ss.
- 968 IRURZUN UGALDE, K. y CASTRO RINCÓN, A., «¿El “deportista-anuncio” tiene encaje en el RD 1006/1985 (RCL 1985, 1533)?»: Comentario a raíz de la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 6 julio 2004», *Revista jurídica de deporte y entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, n° 13, pp. 317-321.
- 969 ROQUETA BUJ, R., *Los deportistas profesionales. Régimen jurídico laboral y de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 280.

Ronaldo, Gerard Piqué, Xabi Alonso y tantos otros, que prestan su imagen a determinadas marcas de moda o que incluso intervienen como auténticos modelos publicitarios en spots o anuncios gracias a su gran popularidad⁹⁷⁰.

El deportista profesional, como cualquier persona física, está facultado para autorizar el uso de su imagen con fines de explotación comercial, ya sea en favor de la entidad deportiva a la que se haya vinculado o en favor de terceros ajenos a esta relación. Por ello nuestro estudio pretende analizar en qué medida la vinculación laboral especial⁹⁷¹ de estos profesionales (RD 1006/1985) condiciona la autorización del uso de los derechos de imagen y cuál es la naturaleza de tales pactos o acuerdos.

Se trata de distinguir las cesiones de los derechos de imagen que los deportistas realizan en favor del club o entidad deportiva como parte de su actividad profesional, de otros negocios de explotación de su imagen que el jugador puede celebrar con el empleador o con otras empresas o firmas comerciales al margen totalmente de su relación laboral. Sin embargo, como veremos, se trata de una tarea compleja y controvertida derivada principalmente⁹⁷² de las soluciones «imaginativas» que se han buscado en la práctica para disminuir la presión fiscal sobre las rentas de estos profesionales⁹⁷³. Ello se complica aún más porque si bien el deportista de manera individual y fuera de su actividad con el club puede firmar contratos publicitarios con empresas comerciales para realizar únicamente determinados anuncios o spots, hay entidades deportivas que al subscribir el contrato laboral acuerdan su participación en un porcentaje de los beneficios que consiga el jugador con tales negocios⁹⁷⁴.

2.2.1. La regulación laboral de la cesión de los derechos de imagen de los deportistas profesionales

A pesar de la importancia que tiene el derecho a la imagen del deportista profesional, el RD 1006/1985 cuando regula los derechos y obligaciones de las partes en el artículo 7 únicamente dedica el apartado 3º a esta asunto y determina que «en lo relativo a la participación en los beneficios que se deriven de la explotación comercial de la imagen de los deportistas se estará a lo que en su caso pudiera determinarse por convenio colectivo o pacto individual, salvo en el supuesto de contratación por empresas o firmas comerciales previsto en el número 3 del artículo 1 del presente Real Decreto».

970 PINA SÁNCHEZ, C., «La utilización de la imagen de los deportistas en la industria de la moda» *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, nº 47, 2015, pp. 539-541.

971 Dejaríamos fuera de nuestro estudio a los deportistas que no están insertos dentro del ámbito de dirección y organización de un club o entidad deportiva, cuyo trabajo por cuenta propia se instrumenta jurídicamente a través de contratos como el arrendamiento de servicios o la colaboración publicitaria ROQUETA BUJ, R., *Los deportistas profesionales. Régimen jurídico laboral...*, cit., pp. 75 y ss. Generalmente se trata de deportes practicados de manera individual: boxeadores, tenistas, motociclistas o jugadores de golf, en los que tampoco cabe apreciar la nota de regularidad o habitualidad que exige el art. 1.4 del RD 1006/1985.

972 También se ha de tener en cuenta que es posible que exista un contrato o relación laboral entre el jugador y las empresas o firmas comerciales, siempre que se le contrate para el desarrollo de su actividad o práctica deportiva. (art. 1.3 del RD 1006/1985).

973 PALOMAR OLMEDA, A. y DESCALZO GONZÁLEZ, A., *Los derechos de imagen en el ámbito del deporte profesional...*, cit., p. 76.

974 Práctica que entre otros clubs suele acordar el FC Real Madrid, que hasta el 2021 había pactado con C. Ronaldo una participación del 40% en los derechos de imagen por publicidad.

De la lectura del precepto podría interpretarse que, salvo en el caso de las empresas o firmas comerciales⁹⁷⁵, el objeto del contrato laboral entre el club y deportista no incluiría la libre explotación por aquel de la imagen de este, sino que consistiría únicamente en la práctica deportiva pactada tal y como establece el art. 1.2 del RD 1006/1985. La regulación de esta materia no parece estar incluida como parte del contrato laboral puesto que su ordenación se remite al convenio colectivo o al pacto individual con el deportista. No obstante, conforme a la doctrina constitucional, hemos de valorar, al igual que lo hicimos con los artistas, si la naturaleza de las tareas o actividades acordadas con los deportistas profesionales entrañan una ineludible limitación del derecho a la imagen. En tal caso se entendería que la celebración del contrato habilita o legitima al empleador para su utilización.

Igualmente la vinculación de la cesión de los derechos de imagen con el objeto de la prestación laboral determina la naturaleza de las cantidades que se perciben por este concepto como salariales, o, por el contrario, como extrasalariales, si retribuyen prestaciones distintas al trabajo, con las importantes repercusiones que de ello se derivan⁹⁷⁶. Recuérdese que el art. 26.1 del E.T define el salario como «la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores (...) por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena». Tampoco la normativa especial resuelve de manera expresa este asunto. El art. 8 RD 1006/1985 reitera el contenido del precepto estatutario⁹⁷⁷ y remite para su regulación concreta al convenio colectivo o al contrato individual, al igual que lo hacía el art. 7.3 respecto a la participación del deportista en los beneficios derivados de la explotación comercial de su imagen.

Resulta por tanto necesario atender a los principales convenios aplicables a los deportistas profesionales. Estos acuerdos y su interpretación se han visto muy condicionados por las fórmulas utilizadas en la práctica para la cesión de estos derechos con el fin en muchos casos de eludir, minorar o diferir la tributación de tales ingresos⁹⁷⁸. Por ello, trataremos de realizar una descripción de tales situaciones para abordar por último el estado de la cuestión desde la perspectiva de la doctrina científica y de los tribunales.

975 La salvedad que aquí contempla el art.7.3 se debe a que en estos casos la explotación comercial de la imagen del deportista podría entenderse que forma parte de la causa del contrato. En igual sentido SAGARDOY BENGOTXEA, J.A. y GUERRERO OSTOLAZA, J.M., *El contrato del deportista profesional*, Civitas, Madrid, 1991, p. 69.

976 La consideración salarial o extrasalarial de la compensación recibida por el deportista por la cesión de sus derechos de imagen además de determinar cuál es la jurisdicción competente, afecta a aspectos laborales tan importantes como la consideración de estas cantidades para el cálculo de la indemnización por despido, la aplicación de los privilegios del crédito salarial, la protección del crédito salarial por parte del FOGASA, la posibilidad de solicitar la extinción de la relación laboral por la falta de pago o retraso continuado en el abono de los salarios. Además, en el ámbito de la Seguridad Social, también interesa esta cuestión para calcular las bases de cotización y, por tanto, las bases reguladoras de las prestaciones.

977 Apartado 2º «Tendrán la consideración legal de salario todas las percepciones que el deportista reciba del club o entidad deportiva, bien sean en metálico o en especie, como retribución por la prestación de sus servicios profesionales. Quedan excluidas aquellas cantidades que con arreglo a la legislación laboral vigente no tengan carácter salarial»

978 Véase, CHICO DE LA CÁMARA, P. y VELASCO FABRA, G., «Nuevos escándalos de fraude fiscal de figuras mediáticas en el mundo del fútbol a través de la deslocalización en jurisdicciones offshore de las rentas derivadas de sus contratos publicitarios: aquellos polvos... traen esos lodos», *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales*, nº 4, 2017, p. 13-17. (BIB\2017\660).

A. La regulación convencional de los derechos de imagen

En lo que se refiere a la actividad del fútbol profesional el vigente Convenio Colectivo⁹⁷⁹, contiene una regulación poco clara, que, como veremos, ha dado lugar a una doctrina judicial en ocasiones contradictoria. El art. 20 enumera entre los conceptos salariales⁹⁸⁰ que integran la retribución del futbolista los derechos de explotación de imagen pero no lo hace de manera concluyente puesto que introduce el término «en su caso». Así, este precepto es concretado por el art. 28 donde se dispone que «para el caso de que el futbolista explote en su propio nombre sus derechos de imagen, por no haber sido estos cedidos temporal o indefinidamente a terceros, la cantidad que el Club/SAD satisfaga a aquel por la utilización de su imagen, nombre o figura con fines económicos, tendrá la consideración de concepto salarial, de conformidad con lo establecido en el artículo 20». En este caso, el precepto exige que la cantidad pactada deba constar por escrito, ya sea a nivel individual o de la plantilla del Club/SAD. Finalmente, el art. 38 regula la explotación conjunta por parte de la LNFP y la AFE de los derechos de imagen y nombre de los futbolistas para la comercialización de colecciones de cromos y similares⁹⁸¹. Por ahora, solo dejamos apuntado que la norma parece reducir el criterio de la calificación de tales ingresos únicamente en función del sujeto que ostente la titularidad de los derechos de explotación comercial de su imagen, el propio futbolista u otra entidad.

En lo que se refiere al balonmano profesional, con la aprobación del reciente IV Convenio Colectivo⁹⁸² se complica aún más la tarea de determinar cuál es la naturaleza de los derechos de imagen. Aunque el art. 22 emplea la misma fórmula que el convenio del fútbol, enumerando entre los conceptos salariales «en su caso, derechos de explotación de imagen», el art. 26 se ha modificado para incluir la siguiente disposición: «Los derechos de imagen cedidos contractualmente por el jugador al club, para su explotación, no serán objeto de la aplicación de este Convenio». O bien el precepto quiere referirse a aquellos derechos de imagen individuales del jugador que están desconectados de la prestación laboral o bien se está llamando al pacto individual para

979 Cc. para la Actividad del Fútbol Profesional suscrito entre la Liga Nacional de Fútbol Profesional (LNFP) y la Asociación de Futbolistas Españoles (AFE). BOE 8 de diciembre de 2015.

La AFE ha anunciado recientemente la apertura de negociaciones con los clubs y con la Real Federación Española de Fútbol (RFEF) para la aprobación del primer convenio colectivo de fútbol femenino.

Puede consultarse en, <www.europapress.es/deportes/futbol-00162/noticia-afe-negocia-primer-convenio-colectivo-europeo-futbol-femenino-20180808164919.html> (consultado en diciembre de 2018)

980 Incluye también la prima de contratación o fichaje, la prima de partido, el sueldo mensual, las pagas extraordinarias y el plus de antigüedad.

981 «Artículo 38. Colecciones de cromos, «stick stack», «pop up», «trading cards» y similares.

1. La LNFP y la AFE acuerdan, durante las temporadas de vigencia del presente Convenio Colectivo, la explotación conjunta con fines comerciales de la imagen de los distintivos, nombres y emblemas de los Clubs o SADs afiliados a la LNFP, así como de la imagen de los futbolistas de cada plantilla de los Clubs/SADs anteriormente mencionados, en relación, única y exclusivamente, con la fabricación, distribución, promoción y venta de cromos, stick stack, pop up, trading cardsy similares, con los respectivos álbumes para coleccionarlos, en los que se reproduzca la imagen y el nombre de los citados futbolistas con la indumentaria, distintivos y símbolos propios de los clubs a que pertenecen.

2. Los beneficios líquidos que se obtengan por la explotación comercial expresada en el párrafo anterior serán repartidos a razón del sesenta y cinco por cien (65 %) para la LNFP y el treinta y cinco por cien (35 %) restante para la AFE».

982 BOE 26 de enero de 2017.

que sea esta fuente la que regule tal cuestión. Hasta esta modificación, la doctrina judicial había considerado la naturaleza salarial de estas percepciones⁹⁸³.

En parecido sentido a las normas anteriores, el III Convenio Colectivo del baloncesto profesional (ACB)⁹⁸⁴, también dispone que las «retribuciones abonadas por los clubs o SADs a los jugadores, ya sea por la prestación profesional de sus servicios o, en su caso, por la cesión expresa de la explotación de sus derechos de imagen, tendrán a todos los efectos la consideración legal de salario y podrán ser en metálico o en especie». No obstante, la Disp. Ad. 1^a parece aludir a otras remuneraciones de posible naturaleza extrasalarial⁹⁸⁵ cuando, a los efectos que regula el precepto⁹⁸⁶, se mencionan las percepciones que se deriven tanto «en méritos del contrato de trabajo» como «de otros contratos colaterales de explotación de la imagen» que se puedan concertar con el propio jugador o con cualquier sociedad cesionaria de tales derechos. Además, en la nueva redacción de este precepto, quizás, teniendo en cuenta la conflictividad judicial que existe sobre este tema, se dispone que «no se tendrán en cuenta, a ningún efecto, cualquier otro contrato que referido a la prestación de sus servicios se haya suscrito en contra de la ley o de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia».

El Convenio vigente⁹⁸⁷ suprimió el Anexo III del acuerdo anterior⁹⁸⁸ que establecía una regulación muy concreta sobre el régimen de explotación de los derechos de imagen. Lo traemos a colación porque puede servir como pauta interpretativa de lo que ha de entenderse por derechos de imagen. Así, se distinguía entre los derechos colectivos y los derechos individuales sobre la imagen del jugador considerando que los primeros «son aquellos en los que la imagen del jugador aparece relacionada con el equipo al que pertenece en competición oficial, vistiendo la indumentaria del mismo, o cuando participe en actos públicos organizados por el club o SAD o por la ACB»; mientras que los individuales «se refieren directamente a la imagen del jugador como persona (su intimidad) o a su imagen como deportista en general (es decir, vistiendo deportivamente y apareciendo ante el público fuera del horario laboral, siempre y cuando no lleve los distintivos e indumentaria del club o SAD con el que tiene suscrito contrato, ni cualquier otra que pueda provocar confusión con aquellos)».

983 Como sentencias más recientes, SSTJ de Cantabria, de 27 de mayo de 2013 (Rec. núm. 225/2013) y de Andalucía, de 6 de noviembre de 2013 (Rec. núm. 1613/2013). En la primera, se considera salarial el pago por derechos de imagen a un jugador de Balonmano a pesar de la existencia de dos contratos, el laboral y otro de cesión de los derechos de imagen que el deportista había suscrito con el club. La resolución posterior en igual sentido incluye el pago de los derechos de imagen y la ayuda a la vivienda como percepciones salariales a efectos de determinar los límites de responsabilidad del FOGASA.

984 BOE 17 de octubre de 2014.

985 En este sentido, se ha considerado que la norma colectiva afirma y niega el carácter salarial de los derechos de imagen de estos profesionales, ROQUETA BUJ, R., *Los deportistas profesionales. Régimen jurídico laboral...*, cit., p. 286.

986 «A los solos efectos del cálculo de lo prevenido en el anterior Capítulo Cuarto (Sistema de Contratación) sobre retribuciones anuales, prórrogas, ofertas cualificadas, tanteos, compensaciones, etc. así como en el Capítulo Quinto (Fondo Especial de Garantía y pago preferente del artículo 24) y en el Anexo n.º 3 (Reglamento General de Régimen Disciplinario) –en cuanto a sanciones económicas–».

987 La negociación de este convenio provocó una huelga general de los deportistas cuyo detonante fue el cambio de actitud de la ACB respecto al fondo social, que pretendía suprimir la cantidad que anualmente los clubs libran al sindicato en concepto del pago de los derechos colectivos de imagen de los jugadores y que suponía la principal vía de financiación de la ABP. Esta cantidad se redujo de manera importante. (Art. 28 Convenio).

988 II Convenio Colectivo de Trabajo ACB-ABP para la Actividad del Baloncesto Profesional. BOE 3 de febrero de 1994.

De acuerdo a esta clasificación, la Asociación de Clubs de Baloncesto (ACB) se reservaba el derecho exclusivo sobre la explotación comercial de los derechos de imagen colectivos de los jugadores, incluyendo la «explotación comercial de las actividades publicitarias consideradas como de *merchandising*», así como «todos los rendimientos económicos derivados de la transmisión o retransmisión, en directo o en diferido, total o parcial, de los partidos de baloncesto por televisión» (art. 4 Anexo III). Eso sí, la cesión de los derechos de imagen colectivos en favor de la ACB, clubs o SADs debía ser compatible con el derecho individual del jugador sobre su imagen como persona y como deportista en general que «corresponderá en exclusiva a cada jugador» (art. 2.4 Anexo III) si bien esta utilización personal de la imagen debía hacerse conforme al principio de buena fe contractual, absteniéndose de realizarse actividades publicitarias que pudiesen ser competencia de las empresas patrocinadoras de clubs o SADs o ACB (art. 3.2 del Anexo III)⁹⁸⁹. Aunque los derechos de imagen colectivos eran explotados por los clubs, los jugadores no recibían una compensación directa⁹⁹⁰.

El Convenio Colectivo para la actividad de baloncesto profesional de la Liga Femenina⁹⁹¹, sigue contemplando los llamados derechos de imagen colectivos. Aunque no concreta o define en qué consisten, establece que la cantidad estipulada entre las partes como retribución por la cesión de los mismos⁹⁹² no tiene naturaleza salarial, salvo disposición legal en contrario.

Como muestra de la complejidad de este asunto, pueden citarse los cambios operados en la regulación convencional de los derechos de imagen de los ciclistas profesionales. Durante la vigencia de la norma anterior⁹⁹³, el art. 18 del Convenio únicamente consideraba como conceptos salariales el sueldo mensual, las pagas extraordinarias y la ficha o prima de contratación. Los derechos de imagen quedaban regulados en un Capítulo distinto bajo la rúbrica «condiciones económicas en situaciones especiales». En concreto, el artículo 30 los definía como la cantidad que percibe el corredor por la cesión de sus derechos de imagen con fines publicitarios y cuyas condiciones particulares se estipulan en pacto individual. La STS (Sala de lo Social), de 20 abril de 2009⁹⁹⁴ interpretando estas cláusulas del convenio consideró que de las mismas no se desprendía que los derechos de imagen formaran parte del salario, pues ambos conceptos venían regulados no solo en preceptos diferentes, sino que, además, cada uno de ellos formaba parte de Capítulos diversos. Asimismo, la Resolución judicial también valoró desde la perspectiva material que la retribución pactada en el caso concreto por tal concepto no obedecía ni respondía a la prestación de los servicios profesionales de los ciclistas profesionales, sino que se retribuía únicamente la cesión que estos hacían de su imagen al club para que pudiera ser explotada, aunque se hiciera de manera directa y sin necesidad de contratar con otra empresa. El Tribunal unificará doctrina con esta decisión en relación a que la base reguladora de la prestación, por la contingencia de accidente de trabajo, no debe configurarse con el importe de los derechos de imagen al no tener naturaleza salarial.

989 La regulación en este aspecto era bastante detallada.

990 De manera indirecta se compensaban las operaciones de *merchandising* con una aportación anual de los clubs a la ABP como fondo social (art. 27 del convenio anterior).

991 BOE 15 enero de 2008, art. 24.7.

992 En el Anexo III se pacta una escala de cuantías anuales.

993 Convenio Colectivo para la Actividad del Ciclismo Profesional. BOE 6 de junio de 2006.

994 Rec. núm. 925/2008.

No obstante, con la aprobación del nuevo texto⁹⁹⁵ se ha cambiado totalmente de criterio. A pesar de que el art. 22 mantenga la misma definición sobre los llamados derechos de imagen, el art. 17 los incluye expresamente entre los conceptos salariales que constituyen la retribución de un ciclista profesional, sin ninguna salvedad. Por ello es probable que, en un asunto similar al enjuiciado en la Sentencia citada, actualmente se otorgara a estos derechos naturaleza salarial⁹⁹⁶.

Como se observa, la remisión legal a la regulación convencional no aporta una única conclusión, aunque en la mayoría de los acuerdos se tiende a reconocer que las compensaciones económicas por tales derechos son parte de la remuneración salarial de los jugadores. Sin embargo, no se definen tales derechos y en muchos casos las previsiones de la misma norma son oscuras y hasta contradictorias entre sí. Todo ello ha contribuido a pronunciamientos judiciales confusos y divergentes.

B. Las fórmulas utilizadas para la cesión de los derechos de imagen de los deportistas y los pronunciamientos judiciales en materia fiscal

Las mayores complicaciones para determinar la naturaleza de estos acuerdos y el carácter de las compensaciones económicas que los acompañan derivan de las diferentes prácticas de «ingeniería jurídica»⁹⁹⁷ que han tratado de eludir la aplicación de la normativa tributaria⁹⁹⁸ a lo largo de los años⁹⁹⁹. Hasta la década de los noventa, los pactos entre clubs y deportistas se producían en el ámbito de la relación laboral, incluyéndose la participación por la explotación de los derechos de imagen que a los deportistas pudiera corresponder en los términos que regula el RD 1006/1985, por lo que la Administración tributaria valoraba tales ingresos como rendimientos de trabajo sujetos al IRPF.

995 BOE 1 abril de 2010.

996 Es curioso que, en el año 2015, antes de la modificación del texto del convenio, ya se afirmaba que esta sentencia no era concluyente y se lanzaba la pregunta de cuál hubiese sido el fallo si el convenio colectivo o el contrato individual hubiesen calificado a los derechos de imagen como salario. DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B., *El contrato de trabajo deportivo a través de la jurisprudencia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 76.

997 *Supra*, cit., p. 79.

998 Estas prácticas y su motivación ya eran reconocidas por resoluciones de la doctrina judicial social hace más de una década. Así la STSJ de Canarias, de 25 de junio de 2003 (Rec. núm. 14/2003) declaraba «Parece de perogrullo que se someta a los Tribunales una y otra vez el examen de la naturaleza de los derechos de imagen cuando es de todos conocido que la complejidad de la materia deriva exclusivamente de una cuestión de índole fiscal. Los deportistas profesionales entienden que el tratamiento general de sus rentas produce una situación de clara disfuncionalidad en el tratamiento fiscal analizado en su conjunto y por el número de años en los que prestan su actividad. Son muy variadas las fórmulas utilizadas para eludir el control federativo y disminuir la presión fiscal: el doble contrato, ya sea con el mismo Club ya con tercero puramente instrumental, doble contrato con cesión de derechos de imagen a un tercero como contraprestación de unos servicios de explotación audiovisual, retribución al deportista o a una sociedad por él creada como consecuencia de la utilización de los derechos de marca que aquel cede al Club, etc.» (FJ 5º).

999 Para un estudio más concreto sobre esta materia véanse, entre otros, CAZORLA PRIETO, L. y CORCUERA TORRES, A., *Los impuestos en el deporte*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999, pp. 230 y ss. PALOMAR OLMEDA, A. y DESCALZO GONZÁLEZ, A., *Los derechos de imagen en el ámbito del deporte profesional...*, cit., pp. 83 y ss., PALOMAR OLMEDA, A., *El régimen jurídico del deportista profesional*, Bosch, Barcelona, 2002, pp. 181 y ss., DE LA IGLESIA PRADOS, E., *Derecho patrimonial privado y deporte*, cit., pp. 127 y ss.

A partir de esta época, la importancia que alcanzan los derechos televisivos de retransmisión junto al incremento vertiginoso de las retribuciones de los jugadores origina una primera solución consistente en la realización de un doble contrato entre el deportista y el club. En el primero, de carácter laboral, se pacta la retribución por la prestación de la actividad deportiva y en el segundo, de naturaleza mercantil se acuerda la explotación de la imagen del profesional por parte del club contratante¹⁰⁰⁰.

Posteriormente estas vinculaciones se irán complicando dando lugar a diferentes relaciones triangulares en las que, junto al profesional y el club, aparece una tercera sociedad¹⁰⁰¹ a la que el deportista ha cedido previamente la explotación de los citados derechos¹⁰⁰². El entramado¹⁰⁰³ puede ser aún más complejo, cuando una sociedad, propiedad o participada por el deportista, pacta la gestión de los derechos de imagen del jugador con una segunda entidad que es la que actúa como prestadora de servicios, a través de una relación mercantil con la primera. A esta estructura básica se le ha de añadir que en muchos casos las compañías cesionarias de los derechos de imagen son sociedades no residentes en España, generalmente ubicadas en territorios de baja tributación.

Otra fórmula empleada es la de tratar de desvincular al club donde el deportista desarrolla la actividad profesional de forma que sea una empresa de comunicación la que efectúe el pago de los derechos de explotación a las sociedades cesionarias, o incluso la que directamente compense al jugador por la cesión de los derechos de imagen, operaciones que obligan a valorar si los medios de comunicación actúan como mandatarios del club o tienen una dimensión autónoma¹⁰⁰⁴.

Todo este tipo de maniobras ha originado una respuesta constante de la legislación tributaria¹⁰⁰⁵ que parece «ir unos pasos por detrás de las soluciones imaginativas que estos profesionales

1000 Como muestra del doble contrato con un jugador de baloncesto, STSJ, del País Vasco, de 14 de junio de 1993 (Rec. núm. 177/1993), aunque en el caso concreto se considerará la cesión integrada en el contrato laboral, si bien se admite otra posibilidad cuando «de manera expresa las partes hayan querido otorgarle una distinta o revele en forma indubitada que esa explotación comercial de su imagen se concierta en forma totalmente independiente de la práctica profesional que realice vinculado a la entidad deportiva, lo que no es el caso de lo pactado por los hoy litigantes» (FJ 3º). Otras sentencias sobre doble contratación admitiendo la independencia de tales vínculos STSJ de Cataluña, de 8 de noviembre de 1996 (AS 1996\4827) sobre un ciclista profesional o STSJ de Extremadura de 24 de julio de 2004, (Rec. núm. 471/2003) respecto a un futbolista profesional.

1001 Participada mayoritariamente por el deportista o por personas próximas a él o en algunos casos es el club el implicado en la creación de estas sociedades cesionarias de los derechos. JIMÉNEZ COMPAIRED, I., «Fiscalidad de artistas y deportistas: últimos avances jurisprudenciales sobre el tratamiento de la explotación comercial de la propia imagen y otros negocios conexos», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, nº 26, 2009 (BIB 2009\527).

1002 DE LA IGLESIA PRADOS, E., *Derecho patrimonial privado y deporte*, cit., pp. 127 y ss.

1003 También sobre las «técnicas» diseñadas por los deportistas para eludir el régimen de imputación de rentas, véase, SALA GALVÁN, G. y MACHANCOSES GARCÍA, E., «La fiscalidad del deporte profesional. Los deportistas profesionales», AA. VV., (dir. PALOMAR OLMEDA, A. y TEROL GÓMEZ, R.), *Derecho del deporte profesional*, cit., pp. 659-661.

1004 PALOMAR OLMEDA, A. y DESCALZO GONZÁLEZ, A., *Los derechos de imagen en el ámbito del deporte profesional...*, cit., p. 185.

Como muestra de esta práctica, SSTTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 13 de marzo de 2012 (Rec. núm. 4559/2008), de 28 de marzo de 2012 (Rec. núm. 2896/2008) y de 28 de febrero de 2013 (Rec. núm. 2773/2010).

1005 Una de las reformas más importantes es la introducida por la Ley 36/1996, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, Administrativas y del Orden Social que implanta la que se conoce como regla 85/15, actualmente recogida en el art. 92 de la L 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

aportan»¹⁰⁰⁶. Esta normativa cambiante¹⁰⁰⁷ y complicada, teniendo en cuenta también sus implicaciones transnacionales¹⁰⁰⁸, ha dado lugar a un sinnúmero de pronunciamientos judiciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS¹⁰⁰⁹. Aunque la valoración judicial de estas relaciones múltiples entre empresas no ha sido unívoca¹⁰¹⁰, quizás, simplificando la materia, se puede concluir que generalmente cuando no se acredita una transmisión previa por el deportista de sus derechos de imagen a estas sociedades o existe una falta de consistencia o de contenido real en tales cesiones y en las que estas entidades realizan al Club, se declara la existencia de una simulación con la única

y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

Esta disposición trató de establecer una regulación precisa que evitara las prácticas de los últimos años en las que mediante la creación de relaciones triangulares se conseguía que estos ingresos tributaran en el Impuesto sobre Sociedades (IS), en lugar de hacerlo en el Impuesto de Renta de las Personas Físicas (IRPF), con tipos impositivos más altos.

La solución fue implantar un sistema de imputación de renta en la base imponible del IRPF del jugador si mediando una relación laboral este hubiese cedido los derechos de imagen a otra persona o entidad, de las que el empleador (o entidad vinculada a él) obtiene la cesión de explotación o la autorización para su uso. La aplicación de este régimen especial requiere que los rendimientos de trabajo como consecuencia de la relación laboral no sean inferiores al 85% de la suma de los citados rendimientos más la total contraprestación a cargo de la persona o entidad empleadora.

En la práctica, esto suponía que los clubs retribuían al deportista un 85% de manera directa y un 15% a través de las entidades titulares de tales derechos, en concepto de derechos de imagen, tributando por estas cantidades en el IS (actualmente con un tipo máximo del 25%).

Fuera de la regla 85/15 el rendimiento que se derive de la explotación de los derechos de imagen se debe atribuir de manera individual y tributará por lo percibido aplicándose el tipo marginal de IRPF que corresponda según cuantía, (el máximo es de un 45% para rentas superiores a 60.000 euros).

- 1006 CASTRO SALMERÓN, P., «La tributación por los derechos de imagen en deportistas y otros profesionales», p. 1. Ponencia disponible en: <www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Castro%20Salmer%C3%B3n,%20Pedro.pdf?idFile=6e1b663a-54f5-4eb1-b363-a1967fa32ef1> (consultado en diciembre de 2018).
- 1007 En este sentido, puede recordarse también la introducción en el año 2004 del régimen fiscal especial aplicable a los trabajadores desplazados a territorio español, conocido en el ámbito del deporte como «la Ley Beckham» que, tras sucesivas reformas, deja fuera de su ámbito de aplicación a los deportistas profesionales (art. 93 L 35/2006, de 28 de noviembre). Sobre esta materia, véase PABLO VARONA, C., «El régimen fiscal para deportistas desplazados (“impatriados”) y la aplicabilidad de las exenciones establecidas en el Impuesto sobre la Renta de los No Residentes», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento* n.º. 23, 2008 (BIB 2008\1985) y GARCÍA NOVOA, C., «La reforma fiscal y el mundo del fútbol», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento* n.º 47, 2015, (BIB 2015\2316).
- 1008 Así, se ha de tener presente el Modelo de Convenio de Renta y Patrimonio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) (última versión, 18 de diciembre de 2017) que sirve como pauta para la interpretación de los Convenios de Doble Imposición. Este modelo se refiere en su artículo 17 a la tributación de los artistas y deportistas, estableciendo que las rentas percibidas por residentes de otro Estado puedan gravarse en el Estado donde se perciben los rendimientos siempre que este establezca mecanismos para evitar la doble imposición. Además, el párrafo segundo prevé una cláusula antifraude por la que se permite imputar al deportista o artista las cantidades percibidas por una sociedad no residente que gestiona los servicios deportivos o artísticos.
- Sobre esta cuestión véase, RODRÍGUEZ LOSADA, S., «Interpretación dinámica de los convenios para evitar la doble imposición en relación con las rentas de artistas y deportistas», cit., pp. 139 y ss.
- 1009 Aunque la resolución de algunos de estos conflictos en los últimos tiempos se han canalizado hacia la jurisdicción penal como delitos de carácter fiscal. El ejemplo más conocido, por su repercusión mediática, es el «caso Messi», STS Sala de lo Penal, 24 de mayo de 2017 (Rec. núm. 1729/2016).
- 1010 Para el estudio de las diferentes prácticas y la posición judicial y jurisprudencial administrativa al respecto véase, JIMÉNEZ COMPAIRED, I., «Fiscalidad de artistas y deportistas: últimos avances jurisprudenciales sobre el tratamiento de la explotación comercial de la propia imagen y otros negocios conexos», cit., p. 405 y ss.

finalidad de eludir y evitar el pago debido de los impuestos, calificando a tales rentas como rendimientos del trabajo¹⁰¹¹. En otro caso, los ingresos son considerados como rendimientos de capital mobiliario. La STS, Sala de lo Social, de 26 de noviembre de 2012 (Rec. núm. 4301/2011), nos aporta una clasificación hasta esa fecha de las Sentencias de la Sala 3ª del TS, que han considerado como rendimientos de trabajo los ingresos por derechos de imagen¹⁰¹².

C. La posición de la jurisprudencia social y de la doctrina laboral

La doctrina judicial social, aunque no ha mantenido una única postura al respecto, se posicionó en favor del carácter extrasalarial de las percepciones que compensaban los derechos de imagen de los deportistas, sobre todo cuando su pago se realizaba a través de otras sociedades. Esta consideración venía en gran parte condicionada por la regulación que sobre la materia ofrecían los convenios colectivos al respecto. Así, en el caso del fútbol profesional, fue clave el precepto se atribuía únicamente la naturaleza salarial a los beneficios derivados de la explotación directa por el trabajador «por no haber sido cedidos temporal o indefinidamente a terceros». De esta manera, la presencia de una tercera entidad, determinaba el reconocimiento de la existencia de una relación mercantil¹⁰¹³, sin valorar la finalidad de la cesión de tales derechos. Incluso en algunos casos se declaraba la falta legitimación activa del jugador para la reclamación al club/SAD por este concepto puesto que debería haber sido planteada por la empresa a la que cedió los derechos de imagen referidos¹⁰¹⁴. Ello no impidió que otras sentencias, se pronunciaran en sentido contrario, por entender que la interposición de otras entidades en la gestión de tales derechos constituía una ficción¹⁰¹⁵ o una simulación¹⁰¹⁶.

1011 Las principales sentencias del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 25 de junio de 2008 (Rec. núm. 3544/2003), de 18 de noviembre de 2009 (Rec. núm. 6446/2003), de 28 de enero de 2011 (Rec. núm. 4201/2007), 2 de febrero de 2011 (Rec. núm. 1225/2006), 5 de mayo de 2011 (Rec. núm. 796/2007), de 13 de marzo de 2012 (Rec. núm. 4559/2008), de 28 de marzo de 2012 (Rec. núm. 2896/2008) y de 28 de febrero de 2013 (Rec. núm. 2773/2010).

1012 «1. Los pagos por los derechos de imagen de los jugadores efectuados a una entidad o sociedad tercera se presumen remuneración del futbolista (con la calificación fiscal de rendimientos de trabajo) así, STS/3ª 18 noviembre 2009 (Rec. 6446/2003, Real Madrid), 19 julio de 2010 y 4 noviembre 2010 (Rec. 4396/2007 y 2080/2007, Valencia CF) y 28 enero 2011 (Rec. 4201/2007, Real Madrid).

2. Constando la cesión de la explotación de los derechos de imagen en el propio contrato de trabajo a favor del club, no cabe dudar de su naturaleza salarial –STS/3ª 1 julio 2008 (Rec. 5296/2001, FC Barcelona) y 2 febrero 2011 (Rec. 1225/2006, Real Zaragoza)–.

3. Tales cantidades son rentas del trabajo aun cuando fueran satisfechas a una sociedad –STS/3ª 26 noviembre 2009 (Rec. 1278/2004, RDC Español) y 28 enero 2011 (Rec. 3213/200, Real Madrid)–.»

1013 Entre otras, SSTSJ de Cataluña de 16 de febrero de 2001 (Rec. núm. 6893/2000), de Andalucía, de 19 de enero de 2005 (Rec. núm. 1673/2004), de Islas Canarias, de 14 de marzo de 2005 (Rec. núm. 938/2004) y de 28 de junio de 2005 (Rec. núm. 362/2004).

1014 SSTJ de Islas Canarias, de 14 de marzo de 2005, de 28 de junio de 2005, ya citadas. En igual sentido, en el ámbito del baloncesto profesional SSTSJ de Murcia, de 30 de julio de 1994 (Rec. núm. 36/1994) y 6 de julio de 1995 (Rec. núm. 315/1994).

1015 STSJ de las Islas Canarias, de 25 de junio de 2003 (Rec. núm. 14/2003). Resulta de interés transcribir la consideración de la Sala respecto a la regulación del Convenio Colectivo: «Tomando en consideración que la negociación colectiva ha de respetar escrupulosamente lo dispuesto en el Leyes (art. 35 ET [RCL 1995, 997]), máxime cuando estas establecen prescripciones de derecho necesario, una recta interpretación del art. 32 no puede excluir de la consideración salarial derechos de imagen por el hecho de su cesión a terceros. Se cede lo que se tiene, y si lo que se tiene deriva del ejercicio de una actuación profesional, lo cedido es salario» (FJ 5º).

1016 STSJ de las Islas Canarias, de 28 de marzo de 2001 (Rec. núm. 483/2000).

En el ámbito profesional de los ciclistas, también fue determinante la regulación convencional. Aunque la calificación de cualquier compensación retributiva debe obedecer a su naturaleza objetiva, sin quedar afectada por la denominación que le otorguen las partes sociales y/o contractuales, la doctrina judicial sigue en su mayor parte de manera acrítica lo dispuesto por la norma colectiva¹⁰¹⁷. Como muestra, la STSJ del País Vasco, de 29 de enero 2008¹⁰¹⁸, confirmada posteriormente por la ya citada STS de 20 abril 2009¹⁰¹⁹, que otorga naturaleza extrasalarial a tales percepciones.

Tras este primer pronunciamiento de la Sala de lo Social, en el año 2012 se dictará una segunda Sentencia¹⁰²⁰ para la unificación de doctrina que resuelve sobre esta materia con una decisión en sentido contrario, si bien hay que apreciar que ambos supuestos no pueden considerarse del todo iguales. Por de pronto, tal y como indica la propia Resolución, al tratarse de un futbolista profesional no resultaba de aplicación la misma norma colectiva que fue concluyente para fundamentar la naturaleza extrasalarial del pago de los derechos de imagen. En este asunto el jugador había suscrito un contrato laboral con el club en el que la retribución estaba integrada por dos conceptos: «*contrato federativo*» y «*contrato de imagen*» acordando en otra cláusula que «el futbolista trasfiere al club durante la vigencia de este contrato todos los derechos de imagen para todo el mundo, comprometiéndose a hacer incluso los spots publicitarios que se le indique por el club, debiendo utilizar la indumentaria oficial y las botas de la marca que el club determine».

La dificultad para la calificación de tales percepciones como salariales estaba en una cláusula del contrato laboral que indicaba que el pago debía realizarse a una sociedad holandesa elegida por el futbolista. Además, el club había suscrito con esta entidad un contrato para adquirir los derechos de imagen del jugador por el mismo importe que fijaba el acuerdo laboral por el concepto «*contrato de imagen*». Recuérdese que conforme al convenio colectivo aplicable el art. 28 establecía: «Para el caso de que el futbolista explote en su propio nombre sus derechos de imagen por no haber sido estos cedidos temporal o indefinidamente a terceros, la cantidad que el club o sociedad anónima deportiva satisfaga a aquel por la utilización de su imagen, nombre o figura con fines económicos tendrá la consideración de concepto salarial».

El Tribunal, apoyándose en que la naturaleza de las cantidades percibidas debe configurarse «en todo caso por su propia esencia y por el objeto para el que fueron estipuladas, sin tener en cuenta la apariencia que las partes quisieron dar a las obligaciones que estipularon», entenderá que la cesión de la imagen del trabajador no tenía otra causa que la relación laboral. Aprecia una «perfecta unidad de negocio jurídico» en el que la imagen está vinculada al ejercicio profesional

1017 ROQUETA BUJ, R., *Los deportistas profesionales. Régimen jurídico laboral y de Seguridad Social*, cit., p. 284. La misma consideración en ROQUETA BUJ, R. y SALA FRANCO, T., «Las relaciones laborales en el deporte (II)», AA. VV., (dir. PALOMAR OLMEDA, A. y TEROL GÓMEZ, R.) *Derecho del deporte profesional*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 241-242.

1018 (Rec. núm. 2801/2007). Comentada por GONZÁLEZ DEL RÍO, J.M., «Naturaleza jurídica de los derechos de imagen de ciclista profesional (Comentario de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 29 de enero de 2008)» *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, nº 27, 2009, pp. 269-274 (BIB 2009\1163).

1019 Véase análisis de TRILLO GARCÍA, R.A., «Derechos de imagen, su carácter salarial y su inclusión en la base reguladora de accidentes de trabajo. Comentarios a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 29 de enero de 2008. Recurso núm. 2801/07», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, nº 26, 2009 (BIB\2009\509), pp. 263-271.

1020 STS de 26 de noviembre de 2012 (Rec. núm. 4301/2011).

del deporte y su explotación discurre en paralelo con el desarrollo de este. Si bien reconoce que esta conexión con la relación laboral se rompe cuando los negocios jurídicos en los que se cede la explotación de la imagen del jugador no están «indisolublemente ligados a la práctica de la profesión deportiva para el mismo cesionario –tal sería el caso, por ejemplo, de la explotación de la imagen por marcas comerciales con las que el jugador pacte directamente–». Respecto a la utilización por el club de una sociedad instrumental se considera que la explotación de los derechos de imagen de futbolista formaba parte del paquete obligacional del contrato de trabajo por lo que los acuerdos con tal entidad no deben alterar los términos de la relación laboral y las verdaderas obligaciones que de ella se derivan.

Aunque la Sala lleva al extremo esta conclusión al afirmar que «existiendo, pues, contrato de trabajo, las cantidades estipuladas como derechos de imagen constituyen parte del salario», consideramos que del conjunto de sus declaraciones se puede extraer importantes pautas y conclusiones, ya apuntadas por la doctrina científica, que valoraremos en el siguiente apartado.

2.2.2. Hacia una posición sobre la naturaleza mercantil o laboral de las cesiones de los derechos de imagen de los deportistas La imagen laboral *versus* la imagen extralaboral

La conflictividad que se ha originado en la práctica ante la existencia de numerosos negocios simulados sobre esta materia, nos lleva a recordar en primer lugar que el deportista profesional, como cualquier otro sujeto, puede legítimamente por sí mismo o a través de la cesión a terceros explotar patrimonialmente sus derechos de imagen.

No obstante, cuando el profesional se halla vinculado para la práctica deportiva por un contrato de trabajo con una entidad o club, este nexo laboral podría condicionar la cesión al empleador de parte de esos derechos, lo cual no impide que de manera personal o por acuerdo con otra entidad o con el mismo empleador o club pueda explotar comercialmente «otros» derechos de imagen.

En este sentido, cabe apuntar las consideraciones que realiza la Sala 3^a del TS en varias de sus resoluciones donde se afirma que «es cierto que el contrato laboral entre el jugador y el club incluye la cesión del derecho a la explotación de su imagen dentro del ámbito de las actuaciones deportivas en las que participe el Club, pero esta tesis no puede predicarse fuera del ámbito deportivo. El jugador es contratado para que desarrolle una relación laboral dentro de dicho ámbito, donde su imagen va a ser difundida al público en general, por lo que cabe afirmar que cuando se firma el contrato laboral se puede entender implícita la cesión de la imagen. Ahora bien, el contrato federativo no autoriza la utilización del nombre y la imagen del futbolista por parte del club fuera de los eventos deportivos propiamente dichos, por lo que existe la posibilidad de una explotación de la imagen al margen del ámbito laboral, que puede hacerse bien al Club, bien a otra entidad, por lo que la calificación de las rentas como rendimientos del trabajo o procedentes de la explotación de un derecho de imagen dependerá de las circunstancias de cada caso concreto»¹⁰²¹.

1021 STS Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de junio de 2008 (Rec. núm. 3544/2003) (FJ 3º) doctrina reiterada en otras sentencias posteriores, entre otras, SSTs, de 26 de enero de 2011 (Rec. núm. 964/2009) y de 21 de septiembre de 2011 (Rec. núm. 1558/2007).

Aunque falte una concreción de la afirmación y una argumentación más depurada se puede intuir esta posición en la STS (Sala de lo Social) de 26 de noviembre de 2012, cuando refiere que «la cesión del derecho de explotación no tiene otra causa que la propia relación laboral». De ahí, que la STSJ de Cantabria, de 27 de mayo de 2013, aunque en el caso concreto valore que había una vinculación entre el contrato laboral suscrito y el de cesión de derechos de imagen, citando esta doctrina unificada, se reafirme en la ruptura de este nexo cuando «el negocio jurídico por el que se cede la explotación de la imagen no está indisolublemente ligado a la práctica de la profesión deportiva para el mismo cesionario»¹⁰²².

Por ello, aunque *a priori* pueda pensarse que por su objeto las cesiones de imagen del deportista para su explotación con fines comerciales tienen carácter mercantil o civil, especialmente cuando la relación de la entidad empleadora se entabla a través de una sociedad, el nexo laboral conduce a penetrar en el contenido y la causa a la que obedece la cesión para determinar su verdadera naturaleza, más cuando en numerosas ocasiones se ha constatado por los tribunales que se trata de transmisiones instrumentales a efectos de beneficiarse del régimen tributario¹⁰²³.

A nuestro juicio, el criterio más adecuado, ya expuesto por parte de la doctrina científica¹⁰²⁴ al valorar la naturaleza salarial o no de tales compensaciones, es examinar si son producto y consecuencia de la actividad deportiva principal. Cuando es así, se trata de retribuciones salariales con independencia de que las normas colectivas y los contratos laborales puedan distinguir entre las retribuciones por el trabajo prestado y las retribuciones por cesión del derecho a la imagen, se utilice un único contrato de trabajo, o se trate de contratos independientes. Lo importante es la naturaleza jurídica que se ha de asignar a la explotación que se produce, de ahí que existiría un nexo extralaboral¹⁰²⁵ cuando se tratara de un contenido ajeno a la actividad de trabajo, por revelarse de forma indubitada que es totalmente independiente de la práctica profesional que se realice para la entidad deportiva.

La complejidad se produce a la hora de determinar esta conexión. Así, se alude a que debe haber una relación directa o indirecta con la prestación principal, que no es otra que la ejecución de la modalidad deportiva que corresponda en cada caso¹⁰²⁶. No obstante, este patrón es demasiado genérico. Una pauta más precisa y clarificadora es la que pretende deslindar entre la imagen

1022 FJ 8º, que incorpora la doctrina de la STS, de 26 de noviembre de 2012.

1023 DE LA IGLESIA PRADOS, E., *Derecho patrimonial privado y deporte*, cit., p. 132.

1024 En sentido contrario, entre otros, SAGARDOY BENGOCHEA y GUERRERO OSTOLAZA consideran que la retribución que el deportista pudiera percibir por la cesión comercial de su imagen no tiene carácter salarial, sino que se trata más bien de una compensación económica por la utilización de una imagen que, correspondiendo al deportista, genera al club unos beneficios extracontractuales de los que debe hacerse copartícipe al deportista. SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GUERRERO OSTOLAZA, J. M., *El contrato de trabajo del deportista profesional*, cit., pp. 68-72.

1025 CORDERO SAAVEDRA, L., *El deportista profesional. Aspectos laborales y fiscales*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 168 y 169. Con similar posición, RUBIO SÁNCHEZ, F., *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*, Dykinson, 2005, p. 230 y CARDERNAL CARRO, M., *Deporte y Derecho. Las relaciones laborales del deporte profesional*, Universidad de Murcia, 1996, pp. 285 y 286.

1026 En este sentido también, PINA SÁNCHEZ, C., y FERRERO MUÑOZ, J., «La comercialización de la imagen en el deporte profesional» AA. VV., (coord. PALOMAR OLMEDA, A. y TEROL GÓMEZ, R.), *El deporte profesional*, Bosch, Madrid, 2009, p. 638.

laboral del profesional¹⁰²⁷, es decir, la imagen del deportista relativa a sus actuaciones deportivas en las que participa y son organizadas por su empleador (entrenamientos, desplazamientos, concentraciones, competiciones oficiales, comparecencias o ruedas de prensa...) de la imagen del deportista extralaboral o fuera del ámbito del contrato¹⁰²⁸.

La imagen laboral o vinculada al ámbito deportivo vendría configurada por aquellos supuestos en los que la misma es inseparable de la actividad propia del jugador. Esta no solo incluye estrictamente las actuaciones deportivas sino también otro tipo de tareas que, especificadas o no en el contrato de trabajo, se pueden entender como parte de la actividad ordinaria de la entidad deportiva¹⁰²⁹.

Dentro de ella, no parece haber dudas de que se ha de comprender la mera explotación de la competición¹⁰³⁰ y ello supone incluir en tal concepto las retransmisiones audiovisuales de los encuentros. Como ya afirmábamos, el que el profesional haya sido contratado para realizar su actividad dentro del ámbito deportivo, donde su imagen va a ser difundida ante público en general o como parte específicamente de un espectáculo público, ya supone su conformidad a exhibir su imagen ante los demás. Pero es que además el conocimiento de que tales encuentros, partidos y competiciones van a ser retransmitidos por televisión u otros medios, implica también una autorización para que su imagen pueda ser captada y difundida dentro de estos acontecimientos.

Como vimos, especialmente en el ámbito del fútbol los principales ingresos que obtienen los Clubs o SADs provienen de la venta de los derechos audiovisuales, por lo que es inconcebible que tal comercialización pueda depender del consentimiento individual de los jugadores¹⁰³¹. Además, la complejidad y la litigiosidad del anterior modelo individualizado de comercialización por cada club, titular de tales derechos, ha dado paso a una reforma integral del sistema en el que se

1027 Con un alcance similar se diferencia entre la imagen del profesional dentro del ámbito de las actuaciones deportivas y fuera del ámbito deportivo, ROQUETA BUJ, R., *Los deportistas profesionales. Régimen jurídico laboral...*, cit., pp. 281-284. La misma división se utiliza en «La participación del deportista profesional en los beneficios que deriven de la explotación comercial de la imagen» en AA. VV., (coord. PALOMAR OLMEDA, A. y TEROL GÓMEZ, R.), *Derecho del deporte profesional*, cit., p. 240.

1028 En parecida dirección, PALOMAR OLMEDA, A. y DESCALZO GONZÁLEZ, A., *Los derechos de imagen en el ámbito del deporte profesional...*, cit., pp. 83 y ss. y PLAZA DE DIEGO, M.A., *Fiscalidad del derecho a la propia imagen: especial referencia a los deportistas profesionales*, Ministerio de Hacienda, Madrid, 2005, pp. 114 y ss.

1029 Se refieren a esta vinculación entre los derechos de imagen y la actividad ordinaria de la empresa las SSTSJ de las Islas Canarias de 28 de marzo de 2001 (Rec. núm. 483/2000) y 25 de junio de 2003 (Rec. núm. 14/2003). Utiliza también esta argumentación, ROQUETA BUJ, R., *Los deportistas profesionales. Régimen jurídico laboral...*, cit., p. 285.

1030 En concreto, la STSJ de las Islas Canarias, de 25 de junio de 2003, citada, afirma «consecuencia obligada es que los derechos de imagen vinculados con la actividad ordinaria de la empresa deportiva, que respondan a una mera explotación de la competición, tienen naturaleza laboral y constituyen salario» (FJ 5º).

1031 Incluso hay que tener en cuenta que para determinados encuentros y partidos la retransmisión viene obligada por la norma, de tal manera que en estos casos ni siquiera resultaría necesaria la aceptación expresa o tácita del deportista. Así, hay que tener presente la regulación de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, que trata de limitar la contratación en exclusiva de determinados contenidos audiovisuales respecto a los acontecimientos de interés general para garantizar el derecho a la información de los ciudadanos. En cumplimiento de este objetivo se otorga la competencia al Consejo Estatal de Medios Audiovisuales para fijar un catálogo bienal de acontecimientos que deben televisarse en abierto y con cobertura estatal. Entre estos la norma fija los encuentros, partidos y campeonatos deportivos de mayor relevancia.

establece la obligación de tales entidades de ceder las facultades de su comercialización conjunta a los organizadores de las competiciones. En cualquier caso, exista consentimiento expreso del jugador a la captación o difusión de su imagen o se entienda implícito, lo que no cabe duda es que las cesiones de tales derechos son inherentes a la relación laboral y gozan de esta naturaleza¹⁰³². En consecuencia, de existir una compensación específica por este motivo, se ha de entender como una retribución salarial. Como ejemplo de mención explícita a esta cesión y a su compensación puede citarse la STSJ de Asturias, de 17 de mayo de 2013¹⁰³³ en la que constan las cláusulas del contrato de un futbolista con el Real Club de Oviedo. En la descripción de los derechos de imagen que se ceden, tras pactar una cantidad económica global, se incluye, entre otros, el siguiente acuerdo: «durante la vigencia del presente contrato y por estar incluido en las contraprestaciones económicas a las que está obligado el Real Oviedo, el jugador no tendrá derecho a percibir cantidad alguna en concepto de derecho de imagen ni podrá oponerse a que sea retransmitido por TV, radio, o cualquier otro medio, o comercializar las imágenes de los partidos o desplazamientos en que participe con el Club, aún cuando este perciba contraprestaciones por tales actividades».

También resulta comprensible que otras obligaciones que limitan el derecho a la imagen de los trabajadores se consideren integradas en la relación laboral. Estas generalmente están relacionadas con la promoción de las empresas empleadoras y el patrocinio de las mismas. Entre ellas se pueden citar, en una enumeración no exhaustiva: vestir una indumentaria o uniforme de una determinada marca, participar en las entrevistas realizadas tras los entrenamientos o encuentros disputados con el soporte publicitario que convenga al empleador, acudir a actos públicos organizados por la entidad, colaborar en los vídeos o carteles de promoción del equipo¹⁰³⁴. Se trata no solo de actos estrictamente deportivos sino de otras actividades conexas que vienen a coincidir en lo que se ha denominado derechos colectivos de imagen¹⁰³⁵. Son situaciones en las que el deportista actúa dentro del ámbito organizativo de la empresa en actividades de carácter promocional en las que se explota económicamente la imagen del equipo. Como indicaba el derogado II Convenio Colectivo del baloncesto profesional estos derechos en su aspecto colectivo se refieren a «aquellos en los que la imagen del jugador aparece relacionada con el equipo al que pertenece en competición oficial, o cuando el jugador participe en actos organizados por el Club o Sociedad Anónima Deportiva o por la Asociación de Baloncestistas Profesionales»¹⁰³⁶. Este criterio también se ha apuntado por los tribunales. Así la STS, de 25 de junio de 2008¹⁰³⁷ refiere que «al producirse la contratación por un Club de un futbolista profesional surge una faceta colectiva de vinculación de uno y otro, de tal forma que en ocasiones será la imagen del Club, imagen colectiva, la que alimenta y desarrolle la de sus deportistas»¹⁰³⁸.

1032 SIERRA GARDE, F., «La retribución salarial del futbolista profesional», *Revista de Información Laboral*, n° 7, 2017, pp. 14-15.

1033 Rec. núm. 364/2013.

1034 ROQUETA BUJ, R., *Los deportistas profesionales. Régimen jurídico laboral...*, cit., pp. 281-282.

1035 DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B., *El contrato de trabajo deportivo a través de la jurisprudencia*, cit., p. 82.

1036 Apoya también este criterio de clasificación, CORDERO SAAVEDRA, L., «Derecho a la propia imagen y contrato de trabajo», cit., pp. 260-261 y ARIAS DOMÍNGUEZ, A., «Retribución y derechos de imagen», AA. VV., (dir. MONEREO PÉREZ, J.L. y CARDENAL CARRO, M.), *Los deportistas profesionales: Estudio de su régimen jurídico laboral y de Seguridad Social*, Comares, Granada, 2010, pp. 320 y ss.

1037 Sala Contencioso Administrativa (Rec. núm. 4560/2003).

1038 FJ 5°.

Por otro lado, quedarían fuera de la que denominábamos «imagen laboral» los derechos individuales del deportista, aquellos en los que la figura del profesional se aísla para su explotación comercial¹⁰³⁹, pudiendo ser utilizada para el *merchandising* o para la realización de anuncios, carteles u otras fórmulas de promoción de determinados productos, objetos o servicios¹⁰⁴⁰. Estos derechos por tanto podrían comercializarse por el propio deportista a través de concretos acuerdos con firmas o entidades comerciales, cederse al club o al empleador para su gestión o pactar con terceras entidades su explotación.

Cuando los explota el empleador por cesión del mismo profesional o de la entidad que los gestiona, aunque puedan tener cierta conexión con el contrato de trabajo –puesto que normalmente el interés en la comercialización coincide con la vigencia de la relación laboral–, están al margen de la prestación de trabajo, por lo son parte de negocios jurídicos distintos al laboral¹⁰⁴¹. De ahí, que la compensación económica derivada no puede considerarse como una retribución salarial.

Sin embargo, la confusa regulación de los convenios colectivos y los pactos individuales suscritos con los profesionales dificulta el planteamiento anterior. A pesar de que los tribunales insistan en que se ha de otorgar a los posibles acuerdos la calificación que corresponda a su verdadera naturaleza, sea cual sea la regulación otorgada por la negociación colectiva o el contrato laboral, en la práctica, en numerosas ocasiones, las resoluciones judiciales se han visto condicionadas por tales motivos.

Pensamos que no se puede admitir que cualquier cesión de estos derechos a una tercera entidad siempre tiene naturaleza mercantil¹⁰⁴². Tampoco se debe aceptar el criterio formal que asevera que la mera cesión de ellos al club en el contrato de trabajo o en el convenio colectivo convierte en salarial la compensación económica prevista y en laboral la relación¹⁰⁴³. De igual manera, no cabe

1039 DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B., *El contrato de trabajo deportivo a través de la jurisprudencia*, cit., p. 82.

1040 El art. 3.1 del Anexo III del II Convenio Colectivo del baloncesto profesional trataba de delimitar tales derechos estableciendo que «Corresponderá en exclusiva a cada jugador, de forma individual, la explotación de su imagen como persona (intimidad) así como la de deportista en general, siempre y cuando no lleve la indumentaria oficial del club o SAD a que pertenezca, o bien otra que pudiera confundirse con esta».

1041 Comparte este criterio, CORREA CARRASCO, M., y SÁEZ LARA, C., *Los derechos laborales de los deportistas profesionales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 118 y ss.

1042 Como ya comentamos, existe un primer grupo de sentencias hasta mediados de los años 2000 que, siguiendo la regulación del convenio colectivo aplicable al fútbol profesional, otorgaban naturaleza mercantil a tales cesiones siempre que el jugador hubiese transmitido la titularidad de los derechos de imagen a una tercera entidad.

Hay resoluciones más recientes que siguen utilizando este criterio de manera formal como la STSJ de Galicia, del 8 de noviembre de 2011 (Rec. núm. 246/2008) que acepta la incompetencia de jurisdicción para la reclamación de la compensación por derechos de imagen en base a que «conforme establece el art. 32 del mismo convenio, solo en el supuesto de que el futbolista explote su propio nombre y su derecho de imagen la cantidad que recibe por este concepto tendrá naturaleza salarial, pero cuando dichos derechos hayan sido cedidos temporal o indefinidamente a terceros, pierden ese carácter salarial, y en el presente caso el futbolista los cedió, por lo que dichas las cantidades reclamadas en tal concepto no tienen carácter salarial, por ello la jurisdicción social no es competente para conocer de la reclamación de cantidades en concepto de derechos de imagen. Procede, por tanto, declarar la incompetencia de este orden jurisdiccional social (arts. 1 LPL y 9.6 LOPJ) en relación con tales derechos de imagen» (FJ 2º).

1043 DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B., *El contrato de trabajo deportivo a través de la jurisprudencia*, cit., p. 83.

una aplicación automática de aquellos convenios colectivos que califican como extrasalariales las cantidades abonadas por los clubs por estos derechos sin atender a si responden o no a la explotación de la competición deportiva¹⁰⁴⁴, cuando, insistimos, la negociación colectiva no puede modificar lo que por mandato legal imperativo se considera como salario¹⁰⁴⁵.

Es cierto que generalmente la explotación de los derechos de imagen a través de una tercera sociedad suele dar lugar a vinculaciones de carácter mercantil, pero si tales derechos se ceden posteriormente al empleador para su explotación habrá que examinar su verdadera naturaleza para determinar si se trata de una mera ficción o simulación. En este análisis es fundamental fijar el alcance de los derechos que se ceden, si se trata de derechos de imagen «laborales», vinculados a la actuación deportiva o quedan fuera de este ámbito, como derechos de imagen «mercantiles»¹⁰⁴⁶.

Sin embargo, la comprobada utilización de este sistema de doble de contratación, laboral y mercantil, para disminuir la carga fiscal de los deportistas por los tribunales del orden contencioso-administrativo, probablemente haya conducido a los tribunales laborales a apreciar en la mayoría de los supuestos «una perfecta unidad de negocio jurídico»¹⁰⁴⁷ laboral sin detenerse en un examen más preciso del contenido de tales cesiones. Si bien se reconoce una autonomía entre el Derecho Tributario y del Derecho del Trabajo, las sentencias señalan, que pese a ello, no pueden desconocerse los eventuales puntos de conexión que permiten mantener la unidad del ordenamiento jurídico, debiendo preservarse unos mínimos de congruencia y de coherencia interna de todo el ordenamiento, incluso reconociendo que la calificación fiscal no determina la laboral¹⁰⁴⁸.

Conforme a estas resoluciones judiciales, la existencia de ciertos indicios de unidad o determinadas conexiones como la coincidente duración de la relación laboral con la cesión de los derechos de imagen, impone a la parte interesada demostrar que el contrato por el que se cede la explotación de la imagen no está indisolublemente unido a la práctica deportiva profesional. Sin embargo, sí encontramos una valoración sobre los concretos derechos de imagen que se ceden en alguna resolución, del orden contencioso-administrativo. Así la STS, de 25 de junio de

1044 ARIAS DOMÍNGUEZ, A., «De nuevo sobre el carácter mercantil o laboral de la explotación de los derechos de imagen de los deportistas profesionales y sus consecuencias procesales», *Revista jurídica de deporte y entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, nº 13, 2005, pp. 327-331, y «Otra vez acerca de la configuración de los derechos de imagen de los deportistas profesionales, en este caso sobre la posibilidad de «diseñar» la naturaleza jurídica de esta partida económica en convenio colectivo», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, nº 15, 2005, pp. 315-318.

1045 En igual sentido, afirmando que tienen por objeto conseguir un régimen fiscal favorable para los deportistas profesionales ROQUETA BUJ, R., *Los deportistas profesionales. Régimen jurídico laboral...*, cit., p. 289. STSJ de las Islas Canarias de 25 de junio de 2004 (Rec. núm. 14/2003) se refiere a ello., «tomando en consideración que la negociación colectiva ha de respetar escrupulosamente lo dispuesto en el Leyes (art. 35 ET [RCL 1995, 997]), máxime cuando estas establecen prescripciones de derecho necesario, una recta interpretación del art. 32 no puede excluir de la consideración salarial los derechos de imagen por el hecho de sucesión a terceros» (FJ 5º).

1046 Denominación utilizada por DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B., *El contrato de trabajo deportivo a través de la jurisprudencia*, cit., pp. 82-83.

1047 STS, 26 de noviembre de 2012, (FJ 5º).

1048 STS, 26 de noviembre de 2012, (FJ 6º).

2008¹⁰⁴⁹, argumenta que para calificar como laboral la cesión de tales derechos «basta comparar los contratos del Club con el jugador y el celebrado entre el Club y Septor Holding RV, para advertir que los derechos que se otorgan por la sociedad a la recurrente, (en esencia, a que vista la indumentaria que utilice el primer equipo del Sevilla y participe en todas las actividades), coinciden sustancialmente con las obligaciones que se derivaban para el jugador del contrato laboral celebrado, excluyéndose de modo expreso la posibilidad de utilizar la imagen del jugador, tomada individualmente, cualesquiera que fuera su finalidad». Como se comprueba, en este caso la explotación que se cede a la sociedad interpuesta y posteriormente al club coincide con lo que referíamos al describir la imagen laboral o la dimensión colectiva de la imagen del profesional.

No negamos que a veces es difícil diferenciar entre estas dos dimensiones (individual/colectiva) teniendo en cuenta que las cláusulas que se acuerdan no son muy precisas¹⁰⁵⁰. La mayoría de los casos parecen aludir a la imagen laboral del deportista como parte integrante del club empleador, aunque se mencione la cesión de «todos los derechos de imagen»¹⁰⁵¹ o se haga referencia a los derechos individuales del jugador¹⁰⁵². En este sentido, se ha valorado que la explotación de los derechos tendrá carácter mercantil cuando haya una independencia de esta con la relación laboral,

1049 Rec. núm. 3544/2003.

1050 Como ejemplo, la STS, de 26 de noviembre de 2012, en la que consta en los hechos probados la siguiente cláusula «el jugador transfiere al Club durante la vigencia de este contrato, todos los derechos de imagen para todo el mundo, comprometiéndose a hacer incluso los spots publicitarios que se le indique el Club, debiendo utilizar la indumentaria oficial y las botas de la marca que el Club determine».

1051 Así, la STSJ de Cantabria, de 27 de mayo de 2013, en las que figura el contenido del contrato de imagen firmado entre el Club y el jugador, que reproducimos:

«Que EL CLUB se haya interesado en contratar los derechos sobre la imagen de EL JUGADOR.

III.- Que EL JUGADOR consiente en esta contratación.

Por lo cual, y en virtud de lo anteriormente expuesto ambas partes convienen la formalización del presente CONTRATO DE IMAGEN bajo las siguientes ESTIPULACIONES

PRIMERA.- EL JUGADOR concede al CLUB, durante la vigencia del contrato que mantienen de fecha de efectos 1 de Agosto de 2006 a 31 de Julio de 2008, los siguientes derechos con respecto a su imagen:

- a). EL JUGADOR durante la vigencia del contrato deportivo citado concede al CLUB el derecho de concertar cualquier contrato con empresas, entidades u organismos que se hallen interesados en promocionarse mediante su vinculación la imagen, el nombre o la representatividad del CLUB y supongan la utilización de la imagen del JUGADOR.
- b). Durante la vigencia del citado contrato, EL JUGADOR cede en exclusiva al CLUB los derechos sobre su imagen en su calidad de miembro integrante de la plantilla de jugadores del CLUB. Por esto EL JUGADOR se compromete a participar en cuantos actos públicos o privados disponga EL CLUB para promocionar y difundir la imagen de las empresas colaboradores y exponsorizadora del CLUB.
- c). EL JUGADOR, en virtud del presente contrato se compromete a vestir prendas, uniformes o exhibir marcas o símbolos publicitarios en las ocasiones que se le indique, a intervenir, de forma individual o colectivamente con otros jugadores o con todo el equipo en filmaciones, spots publicitarios, cinematográficos, televisivos, en prensa o radio o así como a permitir su difusión, durante la vigencia del contrato deportivo.

La utilización de la imagen del JUGADOR por EL CLUB deberá respetar el derecho a la intimidad y la dignidad del JUGADOR.

SEGUNDA.- Si EL JUGADOR incumpliese cualquiera de las obligaciones mencionadas, sin perjuicio de las acciones indemnizatorias correspondientes al CLUB, este quedará liberado de la obligación de abonar la remuneración que se establece en el presente contrato, hasta tanto no cesen los efectos o daños ocasionados por dicho incumplimiento».

1052 Así, la ya citada STJ de Asturias, de 17 de mayo de 2017, donde se pactan los acuerdos siguientes:

SEXTA.- En virtud del presente contrato, el jugador cede en exclusiva al Real Oviedo, S.A.D., la explotación comercial de todos sus derechos de imagen, comenzando su vigencia el día 1 de Julio de 2011, y finalizando el 30 de Junio de 2013.

para lo cual se requiere una falta de relación de las imágenes con la actividad deportiva del profesional, «lo cual ocurrirá cuando ello tenga lugar sin aparecer con la indumentaria propia del servicio que presta o fuera del ámbito en que ello es habitual, esto es, recintos deportivos, durante la competición o en eventos de la entidad para la que presta sus servicios o de terceros vinculados a ella»¹⁰⁵³.

Las dificultades señaladas no deben impedir reconocer que el deportista profesional ostenta derechos de imagen cuya explotación comercial es independiente a la práctica profesional que concierne con una entidad deportiva concreta. Como ya se apuntaba, su titular podrá disponer libremente, bien cediéndolos a la empresa empleadora o a otras compañías o firmas para su gestión o comercialización¹⁰⁵⁴. De ser el cesionario el club, convivirían dos relaciones de diferente naturaleza que, independientemente de que se hubiese celebrado desde el punto de vista formal un único contrato (contrato laboral que integra la cesión mercantil de derechos) o dos contratos (contrato laboral y contrato mercantil de explotación de la imagen), estarían sometidas a regímenes jurídicos distintos y bajo el amparo de jurisdicciones también diferentes¹⁰⁵⁵. Ello no obsta a que tales relaciones contractuales puedan tener entre sí conexiones puesto que normalmente la duración de las mismas suele ser coincidente. Es razonable que la explotación de la imagen del deportista a favor del empleador se haga depender de la vigencia de la relación laboral, quedando a disposición del profesional la posibilidad de negociar con los nuevos empleadores su explotación y participación en tales beneficios.

Durante la vigencia del presente contrato y por estar incluido en las contraprestaciones económicas a las que está obligado el Real Oviedo, el jugador no tendrá derecho a percibir cantidad alguna en concepto de derecho de imagen, ni podrá oponerse a que sea retransmitido por TV, radio, o cualquier otro medio, o comercializadas las imágenes de los partidos o desplazamientos en que participe con el Club, aún cuando este perciba contraprestaciones por tales actividades.

Así mismo el jugador no podrá realizar actividades publicitarias o de promoción, en las que aparezca con la imagen, símbolos o vestimenta del Club, sin previa autorización de este.

SÉPTIMA.- El jugador deberá utilizar las prendas o vestimentas deportivas y de paseo que tenga el Club establecidas y siempre que se faciliten, en cuantos partidos, entrenamientos, desplazamientos o reuniones de equipo que esté presente o asista en nombre del Club, y este lo indique con los signos y emblemas del Club, así como con el sponsor que el Club tenga contratado.

OCTAVA.- La cesión de derechos convenida implica la explotación de los derechos de imagen colectivos del jugador, cuando actúe como miembro del Club, participando en una competición oficial, amistosa, o cualquier otro acto público en que esté presente o representando al Real Oviedo SAD.

De igual manera se entiende comprendida la cesión de la explotación de los derechos individuales de imagen como profesional del fútbol y miembro integrante de la sociedad deportiva, incluida la explotación de la imagen del jugador a través de sistemas informáticos de cualquier tipo, obligándose el jugador a abstenerse de cualquier acción, omisión o difusión que pudiera suponer un menoscabo o perjuicio a la imagen de la Sociedad, jugadores, entrenadores, directivos o personal al servicio del Real Oviedo SAD».

1053 DE LA IGLESIA PRADOS, E., *Derecho patrimonial privado y deporte*, cit., p. 136. Apoya la misma tesis, refiriéndose a los derechos de imagen independientes de la actividad futbolística, SIERRA GARDE, F., «La retribución salarial del futbolista profesional», cit., p. 17.

1054 Sirva como ejemplo, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 28 de febrero de 2013 (Rec. núm. 2773/2010), que distingue entre las cesiones que la sociedad tenedora de los derechos de imagen del trabajador de otros contratos de explotación de imagen del jugador al margen de su actividad profesional celebrados con otras firmas comerciales para la promoción de sus productos o servicios. En igual sentido, la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 10 de abril de 2017 (Rec. núm. 1070/2013).

1055 ARIAS DOMÍNGUEZ, A., «Retribución y derechos de imagen», cit., p. 320-321 y DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B., *El contrato de trabajo deportivo a través de la jurisprudencia*, cit., p. 84.

Ya se ha indicado que a pesar de que la última doctrina del TS mantiene esta línea argumental sustantiva sobre la apreciación de la conexión o vinculación de la cesión de los derechos con la relación laboral, en su concreta aplicación termina realizando una interpretación expansiva o formalista, en la que no se valora el grado de incorporación de la cesión a la prestación de trabajo. Existiendo un contrato de trabajo, se afirma que la imagen está vinculada al ejercicio profesional y su explotación va paralela a la práctica deportiva sin un análisis del tipo de explotación que se autoriza.

Si no hay duda de que el deportista puede suscribir pactos individuales o contratos con otras firmas o entidades comerciales para la explotación de su imagen individual como profesional, hay que reconocer también la posibilidad de este tipo de negocios con el club o la entidad empleadora sobre aquellos derechos no inherentes a la prestación laboral, desvinculados de la actividad deportiva y de las obligaciones como parte del equipo o plantilla.

Por último, se debe recordar que si bien la popularidad de la que gozan estos profesionales les da la oportunidad de obtener importantes beneficios derivados de la explotación de sus derechos de imagen, también supone una restricción en la vertiente personalista de su derecho. Nos referimos a la mayor exposición que tiene su imagen derivada de su condición de personajes públicos¹⁰⁵⁶. Su notoriedad hace que el derecho al anonimato deba ceder ante la libertad de información siempre que los hechos relatados por los medios de comunicación tengan un interés general y las imágenes que los acompañan se hayan tomado en actos públicos o en lugares abiertos al público.

1056 Sobre esta materia, véase SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *Honor, intimidad e imagen en el deporte*, Reus, Madrid, 2011 y BAZA MATO, L., «La consideración del deportista como personaje público y la colisión de los derechos de información y expresión *versus* honor, intimidad y propia imagen», *Revista Española de Derecho Deportivo*, nº 39, 2017, pp. 111-130.

Capítulo IV.

La protección de la imagen de los trabajadores como dato personal

Los cambios tecnológicos y la introducción y transformación de las tecnologías de la información y comunicación han supuesto una afectación a cualquiera de las parcelas de la ordenación jurídica de las relaciones laborales. Junto a las indudables ventajas que ofrece la digitalización de la empresa se han abierto nuevos escenarios de conflicto entre los derechos fundamentales de los trabajadores a un mínimo de privacidad en el trabajo y la satisfacción de los intereses de la empresa¹⁰⁵⁷. Así el ejercicio del poder de vigilancia empresarial a través de medios tecnológicos –especialmente la videovigilancia– y las posibilidades que proporcionan Internet y los nuevos instrumentos técnicos para acceder, almacenar y utilizar información gráfica de carácter personal de los trabajadores inciden de forma significativa en su vida privada.

La protección a la imagen de los trabajadores en ambas situaciones se vinculó inicialmente con el derecho a la intimidad cuando este espacio reservado de la conducta personal fue incorporado también a las relaciones laborales, reconociendo como su atributo más importante la facultad de exclusión de los demás, la tutela frente a injerencias externas tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva como a la divulgación ilegítima de la información.

Pero la conexión de la imagen con la intimidad reduce la tutela de los datos gráficos a los ligados a la vida más reservada de los trabajadores. El ámbito de protección del derecho a la propia imagen es más amplio. Con él se protege la imagen inocua. Se trata de preservar la captación, reproducción o divulgación de la propia figura con independencia de que tales injerencias o intromisiones supongan o no una afectación a la intimidad. En definitiva, este derecho dota a cada persona del poder de decisión sobre su imagen y los fines a los que haya de aplicarse, salvo las excepciones legales previstas.

De ahí, que la tutela de esta libertad se haya deslizado en las relaciones laborales hacia el derecho a la protección de datos personales, que garantiza esa facultad de disposición sobre los datos de este carácter –personales–, con independencia de que sean o no íntimos. No hay duda de que las imágenes, cuando en ellas resultan identificados los trabajadores, son datos de carácter personal cuyo tratamiento por parte de la empresa entra de lleno en el contenido esencial protegido por la autodeterminación informativa. Así, ese espacio de intangibilidad queda preservado con un conjunto de facultades que imponen a los terceros obligaciones de hacer (consentimiento e información, acceso, rectificación...). En definitiva, se garantiza el derecho a disponer o al menos a conocer –cuando se excluya la necesidad de consentimiento– el acceso, uso y destino de las imágenes de carácter personal de los trabajadores por parte de la empresa.

1. Consideraciones generales. El impacto de las nuevas tecnologías en la sociedad y en el entorno laboral

Es ya una constante aludir a la importante transformación que se ha producido en la sociedad como consecuencia de la introducción y el desarrollo de las aún llamadas «nuevas» tecnologías de la información y de la comunicación. Decimos «aún llamadas» porque a pesar de que casi se

1057 CASAS BAAMONDE, M.E., «Anotaciones sobre las obligaciones del Estado de garantizar la vida privada en el trabajo en la era digital», *Actum Social*, n° 136, 2018, p.1.

Lleva más de medio siglo hablando de la revolución tecnológica y de sus efectos sobre la sociedad, las continuas innovaciones y los constantes avances en este campo: la creación de las distintas redes sociales, las diversas aplicaciones para los dispositivos móviles, los modernos sistemas para el almacenamiento y el análisis de los datos, los sofisticados mecanismos de control de los datos personales de los ciudadanos..., llevan aparejadas diferentes e inesperadas consecuencias sociales, económicas y culturales, entre otras.

Se configura un distinto modelo de ordenación social, laboral, económica y cultural, cuya característica más sobresaliente quizás sea la importancia o el poder que tiene la información y la facilidad de acceso a la misma a través de los actuales instrumentos. Existe así una «mundialización de la información»¹⁰⁵⁸ que favorece la globalización en todos los ámbitos. Sin embargo, todas las ventajas y utilidades que ha traído consigo la sociedad digital en todos los terrenos –las relaciones personales, las comerciales o económicas, la gestión administrativa, la educación– no pueden hacernos olvidar las amenazas y los peligros que han generado para los derechos fundamentales de los individuos, especialmente para los relacionados con su privacidad.

Piénsese en los numerosos sistemas de videovigilancia instalados en los espacios públicos que nos observan o en los GPS (*Global Positioning Systems*), que incorporados en los móviles, ordenadores o *tablets*, revelan nuestra ubicación. Además, la navegación en la red para realizar una consulta, una compra o una gestión pública deja el rastro de los datos que nos identifican o, incluso, de nuestras preferencias, ideología e imagen. Toda esta información almacenada si es hábilmente gestionada¹⁰⁵⁹ permite realizar perfiles de los individuos que pueden tener un importante valor desde el punto de vista comercial, de seguridad o incluso servir de instrumento de control de la ciudadanía¹⁰⁶⁰.

El suministro de datos personales no solo se realiza de manera inconsciente o sin conocimiento sino que gran parte de las informaciones particulares a las que se puede acceder fácilmente en Internet son proporcionadas voluntariamente por los propios individuos o por su círculo más cercano a través de las redes sociales. Las nuevas formas de comunicación son uno de los factores

1058 LUCENA CID, I.V., «El concepto de la intimidad en los nuevos contextos tecnológicos» en AA. VV., (coord. GALÁN MUÑOZ, A.) *La protección jurídica de la intimidad y de los datos personales frente a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 33.

1059 Esto nos lleva siquiera a mencionar brevemente toda la problemática surgida alrededor del *Big Data*. Este término se refiere a un innovador paradigma en la forma de recopilar, combinar y analizar innumerable información. El reto de *Big Data* es buscar, compartir, cruzar, analizar y dar valor a datos poco utilizados o inaccesibles hasta la fecha que no pueden ser procesados o valorados mediante las herramientas tradicionales. PUYOL MORENO, J., «Una aproximación a Big Data», *Revista de Derecho UNED*, nº 14, 2014, pp. 471 y ss. Aunque se considera que puede ser una innovación trascendental para las empresas a la hora de tomar decisiones y ser más competitivas (al recoger y estudiar gran cantidad de datos se establecen patrones de conducta y se pronostican comportamientos), a su vez, implican importantísimos riesgos para la privacidad y son una amenaza para posibles decisiones injustas o discriminatorias. No ha sido ajeno a estos peligros el Consejo Europeo. COUNCIL OF EUROPE, T-PD (2017) 01, *Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of Big Data*, Strasbourg, 2017, p. 1. Disponible en <<https://rm.coe.int/16806ebe7a>> (consultado en diciembre de 2018).

1060 LUCENA CID, I. V., «El concepto de la intimidad en los nuevos contextos tecnológicos», cit., p. 38. Recuérdese el escándalo de filtración de datos de Facebook a Cambridge Analytica, la empresa británica que manipuló de forma irregular información de 87 millones de internautas para fines electorales en Estados Unidos. <https://elpais.com/tag/caso_cambridge_analytica/a> (consultado en diciembre de 2018).

que han favorecido un cambio en la propia sociedad sobre la concepción de lo privado y lo público. Estas plataformas se han convertido en un medio utilizado por un sinnúmero de personas para convertir su vida personal en un escaparate más o menos público. Hasta cierto punto existe una doble paradoja o contradicción¹⁰⁶¹. Por un lado, se comparten voluntariamente en las redes sociales gran cantidad de informaciones e imágenes de la vida personal, familiar y social. Pero cada vez es más habitual que los ciudadanos soliciten a los organismos públicos o a las entidades privadas la supresión de sus datos de carácter personal que son de fácil acceso en la red. Es el llamado «derecho al olvido»¹⁰⁶².

Actualmente parece que las personas necesitan una conexión constante a través de las redes *on line* para relacionarse. Es habitual ir volcando en ellas de forma espontánea muchas informaciones de carácter personal e incluso íntimo. Sin embargo, tampoco se quiere, en modo alguno, perder totalmente el control de esos datos, de manera que permanezcan en Internet para siempre. Estos contenidos suministrados en un momento determinado puede que con el paso de los años pierdan su finalidad y se llegue a considerar que dañan la imagen y/o el prestigio. El transcurso del tiempo cambia los contextos y puede afectar también a la interpretación que se haga de los mismos. Por ello, como bien se ha señalado, asistimos al anhelo social de un «facebook con fecha de caducidad»¹⁰⁶³.

En definitiva, Internet es una realidad presente en todos los espacios, los profesionales y los personales, siendo actualmente un medio fundamental de comunicación y un instrumento necesario para el desarrollo de la vida social. La doble cara de la red, sus oportunidades y sus riesgos, merecen una regulación normativa que favorezca la posibilidad de su uso a todos los ciudadanos pero que a su vez instaure un sistema de garantías para preservar los derechos y libertades también en este ámbito. Con este afán, la nueva LOPDGDD ha incorporado un nuevo Título X «Garantía de los derechos digitales» donde se regulan los derechos de los usuarios «en la era digital» y se reconocen entre otras facultades el derecho de rectificación, el derecho a la actualización en los medios de comunicación digitales y el derecho al olvido en las búsquedas de Internet y en las redes sociales¹⁰⁶⁴.

Si la irrupción de las TICs ha desencadenado importantes cambios en las relaciones sociales, no son menores las transformaciones que se han ido produciendo en el mundo del trabajo¹⁰⁶⁵. La adaptación del sistema productivo al avance de la tecnología ha sido una constante desde

1061 CÓRDOVA CASTROVERDE, D. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Reflexiones sobre la protección de la privacidad en un entorno tecnológico», cit. p. 102.

1062 Véase arts. 16 y 17 RGPD sobre el derecho de rectificación y supresión.

Para un estudio de este derecho, véase, entre otros, COBAS COBIELLA, M.E., «Derecho al olvido: de la STJUE de 2014 al Reglamento europeo de Protección de Datos», *Actualidad Civil*, nº 1, 2017, pp. 98-116. y SIMÓN CASTELLANO, P., *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE: efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014*, Bosch, Barcelona, 2015.

1063 CÓRDOVA CASTROVERDE, D. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Reflexiones sobre la protección de la privacidad...», cit., p. 101.

1064 Arts. 85, 86, 93 y 94 LOPDGDD.

1065 De enorme interés es la obra CUADROS GARRIDO, M.E., *Trabajadores tecnológicos y empresas digitales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018 en la cual se valora cómo afecta el cambio tecnológico a las relaciones de trabajo y cuáles son los conflictos que surgen entre los derechos fundamentales de los trabajadores y otros derechos constitucionales del empleador.

el inicio de la Revolución Industrial y estos ajustes van afectando a su vez a la manera de gestionar y organizar la empresa y las relaciones laborales. En este sentido, se ha de resaltar que las notas típicas de la relación de trabajo se están relativizando. Ya se habla de una nueva noción de subordinación, «la dependencia digital» que se impone a la tradicional «dependencia industrial»¹⁰⁶⁶ o de una indeterminación en la ajenidad en aquellas prestaciones de servicios propias de la «ubereconomía» o «economía colaborativa»¹⁰⁶⁷ propiciadas por las plataformas digitales.

El ámbito laboral no es ajeno a las bondades del uso de las TICs¹⁰⁶⁸. Por un lado, posibilitan la transmisión veloz de la información, agilizando así los procesos productivos, a la par que facilitan y mejoran los sistemas de comunicación externa e interna de la empresa. Contribuyen claramente al aumento de la productividad porque conceden a los trabajadores la capacidad de eliminar las barreras geográficas y temporales, pudiendo transmitir y acceder a cualquier tipo de información de manera instantánea, desde cualquier lugar y en cualquier momento. Ello permite realizar el mismo trabajo en un menor tiempo y reducir importantes costes en los desplazamientos. Además, han generado una gran cantidad de nuevos puestos relacionados directamente con su uso¹⁰⁶⁹ y se ha generalizado para cualquier sector de actividad la necesidad de que los trabajadores estén formados y cualificados en el uso de estos mecanismos ante la automatización de los procesos productivos.

Las innumerables utilidades que estas técnicas han aportado al mundo laboral se han visto acompañadas de la creación de nuevos riesgos relacionados con la vulneración de la privacidad e intimidad de los trabajadores. Ello obedece principalmente a que estos instrumentos han

1066 SIERRA BENÍTEZ, E. M., «El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué Derecho del Trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* Vol. 3, nº 4, 2015, pp. 93-118.

1067 Véase, entre otros, DOMÈNECH PASCUAL, G., «La regulación de la economía colaborativa (El caso «Uber contra el taxi»)» *Revista Práctica de Derecho* nº. 175-176, CEFLegal, 2015, pp. 61-104 y TODOLÍ SIGNES, A., «El trabajador en la Uber economy: ni dependiente ni autónomo, sino todo lo contrario», *Trabajo y Derecho*, nº 25, 2017, pp. 43-60 y BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., «Economía de las plataformas (*platform economy*) y contrato de trabajo», disponible en <www.iuslabor.org/wp-content/plugins/download-monitor/download.php?id=38>.

1068 Para un estudio más completo de las consecuencias de la introducción de las TICs en los diferentes aspectos de la relación laboral véase, entre otros, AA. VV., (coord. ALARCÓN CARACUEL, M. R. y ESTEBAN LEGARRETA, R.) *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004, SEMPERE NAVARRO A., SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, CARDONA RUBERT, M.B., *Informática y contrato de trabajo: (aplicación de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, MERCADER UGUINA, J.R., *Derecho del trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Lex Nova, Valladolid, 2002.

1069 El podio del *ránking* de las 100 mayores empresas del mundo por capitalización bursátil no admite discusión: el rey geográfico es Estados Unidos y la tecnología es su sector soberano (...). En total, 56 empresas del top 100 del planeta tienen bandera norteamericana y 16 (24 si se amplía el abanico a firmas de telecomunicaciones) llevan el sello tecnológico, que por primera vez en 2016 superó al sector financiero en esta medición (...). Las tres primeras, en un podio que nadie amenaza desde la salida de la crisis, corresponden a los titanes de Silicon Valley: Apple, con una capitalización de 693.220 millones de euros; Alphabet –la matriz de Google–, con casi 552.000 millones y Microsoft, con 470.000 millones.

<www.expansion.com/economia/2017/03/04/58b9c02be2704e7a568b45d7.html> (consultado en diciembre de 2018).

intensificado la facultad de control empresarial sobre la persona del trabajador y han diluido la separación entre la vida laboral y su vida privada¹⁰⁷⁰.

Gracias a estos avances tecnológicos cada vez existen sistemas más sofisticados para realizar un control externo del cumplimiento general de la prestación laboral dentro y fuera de la empresa. Pueden citarse, en una enumeración ejemplificativa, desde el más conocido y tradicional empleo de cámaras de videovigilancia hasta otros mecanismos para el control de accesos y la localización de los trabajadores como las tarjetas inteligentes o la lectura de los datos biométricos. Quizás, los conflictos más numerosos se refieren a los supuestos en que el objeto del control empresarial es precisamente el uso no abusivo de los medios tecnológicos puestos a disposición de los trabajadores o aportados por ellos mismos (BYOD)¹⁰⁷¹ como herramientas de trabajo (el ordenador, la *tablet* o el *smartphone* con acceso a Internet y el correo electrónico). En estos casos el propio instrumento laboral se convierte en medio de control a través del registro del ordenador –seguimiento de las páginas web visitadas, acceso a los documentos almacenados, a los correos electrónicos o mensajes enviados– o del rastreo de los dispositivos GPS¹⁰⁷² que se instalan en los teléfonos, *tablets* o en los coches de la organización.

Por otro lado, el empleo de las TICs posibilita que la dependencia propia de la relación laboral se extienda más allá de la actividad profesional. Se dificulta una disociación entre ambos espacios al quebrar los límites tradicionales del tiempo y lugar de trabajo. La oportunidad que brindan los ordenadores y los teléfonos móviles para una comunicación inmediata, constante y en cualquier punto entre empresa y empleado –sin ocasión para la desconexión¹⁰⁷³– y las posibilidades para una fiscalización más intensa han llevado a un incremento de los poderes de dirección y control de la empresa, no exentos de importantes riesgos para la libertad personal de los empleados. Aunque nuestro estudio en este punto se va a centrar únicamente en aquellos dispositivos que pueden afectar al derecho a la propia imagen de los trabajadores, en concreto en la videovigilancia, también se han de tener en cuenta las pautas que han ido fijando tanto los tribunales nacionales

1070 GOERLICH PESET, J.M., «Protección de la privacidad de los trabajadores en el nuevo entorno tecnológico: Inquietudes y paradojas», en AA. VV., *El derecho a la privacidad en el nuevo entorno tecnológico, XX Jornadas Andaluzas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2016, p. 126.

1071 Véase, CREMADES CHECA, O., «Impacto teórico-práctico del BYOD en el derecho del trabajo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 423, 2018, pp. 103-122.

1072 ATS, de 19 de julio de 2018 (Rec. núm. 3945/2017) que valida el despido por infracciones acreditadas por un GPS instalado en el vehículo, que el trabajador conocía previamente.

1073 De todos es conocido el debate y las reflexiones que ha suscitado el llamado derecho a la desconexión digital, a raíz de su regulación en Francia a través de la Ley 2016-1088, de 8 de agosto. Incluso este derecho fue incluido por la entonces Ministra de Empleo y Seguridad Social dentro de su plan de mejoras para la conciliación de la vida laboral y personal. <www.expansion.com/economia/2017/01/14/587a3bbd46163ff56a8b45e5.html> (consultado en diciembre de 2018).

Por fin, el art. 88 de la LOPDGDD ha acometido su regulación expresa.

Entre la doctrina, véase, entre otros, VALLECILLO GÁMEZ, M. R., «El derecho a la desconexión: ¿novedad digital o esnobismo del viejo derecho al descanso?», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 408, 2017, pp. 167-178, ALEMÁN PÁEZ, F., «El derecho de desconexión digital: una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi Travail Nº 2016-1088», *Trabajo y derecho*, nº 30, 2017, pp. 12-33, TALENS VISCONTI, E.E., «La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva», *Revista Información Laboral*, nº 4, 2018 y TASCÓN LÓPEZ, R., «El derecho a la desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español) (1)», *Trabajo y Derecho*, nº 41, 2018, pp. 45-63.

como internacionales respecto al uso de otros instrumentos. Hasta hace nada nuestra normativa ni siquiera mencionaba estos sistemas o mecanismos de control pero, como adelantamos, la LOPDGDD ha agregado un nuevo precepto en el ET (art. 20 *bis*) que hace referencia a varios instrumentos de fiscalización empresarial. El artículo se remite a la norma de protección de datos, donde se han ubicado los límites y las garantías aplicables.

Las nuevas tecnologías también han provocado un aumento trascendental de las posibilidades de acceder y almacenar información de carácter personal de los trabajadores. No nos referimos únicamente al resultado propio de la automatización de la gestión del personal sino a la ocasión que proporciona a la empresa Internet, sus buscadores y las numerosas redes sociales para recabar información sobre los trabajadores –o aspirantes a ello– que poco tiene que ver con su aptitud y competencia profesional.

Este incremento cuantitativo y cualitativo¹⁰⁷⁴ del conocimiento de la persona del empleado por parte de la compañía puede dar lugar a decisiones discriminatorias o a un control excesivo que vaya más allá del necesario cumplimiento de la prestación laboral. La información es también un mecanismo de control y este potencial acceso a los datos personales de los trabajadores de nuevo desvanece los límites entre la vida profesional y la vida privada e intensifica el poder empresarial. Trataremos también en este Capítulo esta cuestión pero únicamente en lo que concierne a la salvaguarda de la propia imagen, esto es, a la obtención por parte de la empresa de las imágenes personales de los trabajadores a través de Internet y de las redes sociales y su posterior uso.

2. El derecho a la protección de la imagen frente al uso empresarial de los sistemas de videovigilancia

2.1. La generalización del empleo de videocámaras

De entre los diferentes sistemas de control que suelen emplearse en las empresas los que parece que podrían afectar directamente al derecho a la propia imagen de los trabajadores son aquellos que permiten la grabación o captación de imágenes de los empleados y que, en ocasiones, suelen ir también acompañados de la grabación del sonido. La tradicional vigilancia directa de la plantilla por medio de personal específico *in situ* se ha ido sustituyendo por el empleo de medios audiovisuales de control ante las importantes ventajas que ofrecen estos mecanismos.

El creciente desarrollo tecnológico de estos instrumentos permite establecer un control mucho más amplio o extenso, se trata de una fiscalización en tiempo real y permanente que, de manera simultánea, puede alcanzar a todas las áreas de la empresa. Además, al establecerse a distancia o de forma remota, propicia que la actividad de los trabajadores se supervise por personas que no precisan encontrarse ni en el momento ni en el lugar donde se desarrolla la prestación laboral, es decir, la vigilancia no tiene necesariamente que realizarse de manera sincrónica a la actividad sujeta al control. La grabación de las imágenes y sonidos posibilita su visionado y/o audición

1074 GOERLICH PESET, J. M., «Protección de la privacidad de los trabajadores en el nuevo entorno tecnológico...», cit., p. 125.

en un momento posterior, incluso muy alejado en el tiempo de la fecha de su grabación¹⁰⁷⁵. Esta facilidad para guardar y recuperar las imágenes o sonidos es otra de sus importantes virtudes a efectos probatorios. Las imágenes archivadas pueden ser de gran utilidad en un momento posterior para acreditar determinados incumplimientos laborales. En este sentido, se ha dicho que las nuevas tecnologías han logrado que de un «control periférico, discontinuo y parcial realizado por la jerarquía humana» se haya derivado hacia una fiscalización «centralizada y objetiva que se verifica en tiempo real»¹⁰⁷⁶. Estamos ante una nueva sociedad transparente que no puede prescindir de un trabajo también «transparente»¹⁰⁷⁷.

La extensión de este tipo de vigilancia en el entorno empresarial viene de la mano de la aparición y generalización de estos instrumentos en todos los ámbitos. Actualmente en nuestra rutina diaria es común que todos nos sintamos observados por la mirada constante de las cámaras instaladas en los edificios públicos, en la mayoría de los establecimientos comerciales: bancos, hipermercados, gasolineras y cada vez, con más frecuencia, en las calles, plazas y carreteras. Incluso podría ocurrir que exista una cámara en los portales de acceso a nuestras viviendas. No creemos exagerado afirmar que, la importancia de la seguridad frente a la libertad y el creciente desarrollo de la tecnología han transformando esta sociedad y están convirtiéndola en una sociedad «virtual» y «transparente»¹⁰⁷⁸.

Se puede sostener que el origen de las cámaras de vigilancia está en preservar la seguridad. Así, las primeras instalaciones de circuitos cerrados de televisión se realizan en el ámbito público para servir como mecanismos de control de las manifestaciones y de los desórdenes públicos¹⁰⁷⁹. No obstante, desde un inicio, su uso se difundió con rapidez en el sector privado, sobre todo en los centros comerciales, como una medida para evitar los hurtos y los daños a la propiedad. Estos sistemas se irán después extendiendo a los servicios públicos (transportes, hospitales, escuelas y otros edificios de esta naturaleza) hasta llegar a su instalación en las calles, vías y plazas públicas¹⁰⁸⁰.

1075 El carácter remoto de esa vigilancia tiene una doble condición, una física que implica que el supervisor no tiene que estar presente en el lugar objeto de control y una temporal relativa a que la actividad de fiscalización no tiene por qué ser simultánea a la prestación laboral. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 72 y POQUET CATALÁ R., *El actual poder de dirección y control del empresario*, cit., p. 242.

1076 PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 72.

1077 MERCADER UGUINA, J.R., «Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?» *Relaciones Laborales*, nº 1, 2001, pp. 665-686.

1078 Tal y como apunta MERCADER UGUINA, J.R., «La sombra del Big Brother orwelliano de 1984 ha sido vista cerniéndose amenazadora sobre nuestra sociedad tecnologizada, un mundo que hasta hace bien poco moraba, tan solo, en el onírico entorno de la imaginación literaria», en «Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías...», cit., p. 665.

1079 En Estados Unidos se utilizan para este fin desde 1971, ARZOZ SANTISTEBAN, X., *Videovigilancia, seguridad ciudadana y derechos fundamentales*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 21.

1080 Un perfecto ejemplo es Londres, conocida por ser, si no la ciudad más videovigilada, una de ellas, con un millón de cámaras instaladas en sus calles, que filman de promedio unas 300 veces al día a un ciudadano, BARINAS UBIÑAS, D., «El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en el derecho a la vida privada. Las nuevas formas de ataque a la vida privada», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 15, 2013, p. 5.

A partir de los años noventa la utilización de las videocámaras es ya una tendencia internacional y europea creciente que se ha intensificado a raíz de los atentados terroristas sucedidos en el año dos mil¹⁰⁸¹. El clima de terror e incertidumbre que ante estos sucesos vivió la sociedad ha amparado nuevas justificaciones para recurrir a estos mecanismos y ha contribuido a su expansión y a la flexibilización de los requisitos jurídicos para su uso. La importancia que se da a la seguridad en la actualidad se aprecia igualmente en los ámbitos particulares o privados donde ha ido aumentando la instalación de las videocámaras como un medio de protección de los bienes y de las personas¹⁰⁸².

Lógicamente esta corriente también está presente en el ámbito empresarial pero en este caso la instalación de la videovigilancia no solo obedece a la finalidad de garantizar la seguridad como medio de proteger la propiedad y prevenir o detectar conductas delictivas de trabajadores o de terceros, sino que a su vez se ha consolidado como un sistema muy eficaz para controlar a los trabajadores y verificar el correcto cumplimiento de sus obligaciones laborales.

Como comentábamos al inicio, las ventajas que ofrecen estos sistemas frente a la supervisión directa por personal *ad hoc* son numerosas. La introducción de las nuevas tecnologías en este campo, como tan gráficamente se ha afirmado, están reforzando el «ojo electrónico» haciéndolo «penetrante, dominante y ubicuo»¹⁰⁸³. Las videocámaras permiten extender el campo de vigilancia de manera generalizada y simultánea a cualquier área de la empresa, llegan a dónde no podría llegar el ojo humano. Además, la toma de imágenes puede desarrollarse de forma continua e ininterrumpida –las veinticuatro horas al día– y diferir el control a un momento posterior gracias a su grabación. A su vez, la posible conservación o recuperación de lo observado facilita la constitución de la prueba posterior de los ilícitos laborales, e incluso, puede servir como un elemento preventivo o disuasorio de la realización de este tipo de conductas. El conocimiento por parte de los trabajadores de la grabación de su actividad llevará normalmente a que se abstengan de realizar comportamientos ilícitos y traten de guardar la máxima corrección en la ejecución de la prestación¹⁰⁸⁴.

Otro de los factores que ha contribuido a la expansión de la videovigilancia ha sido el avance de la microelectrónica y la miniaturización de los aparatos, y, sobre todo, el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información. Los nuevos sistemas admiten una extensa capacidad de almacenamiento de los datos, una rápida transmisión a larga distancia en cuestión de segundos y unas grandes posibilidades para su tratamiento automatizado, gracias a la interconexión entre las diferentes bases de datos¹⁰⁸⁵.

Cuando se alude a estos mecanismos se suele utilizar el término general de videovigilancia, pero no se trata de un sistema único. Existe una amplia gama de dispositivos en el mercado con

1081 En concreto, los acaecidos en Nueva York, el 11 de septiembre de 2001, en Madrid el 11 de marzo de 2004 y en Londres el 7 de julio de 2005. GOÑI SEIN J.L., *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 16.

1082 Para un estudio de la videovigilancia en el ámbito de la seguridad privada, véase ARZOZ SANTIESTEBAN, X., *Videovigilancia, seguridad...*, cit., pp. 250-282.

1083 MERCADER UGUINA, J.R., «Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías...», cit., pp. 668-669.

1084 GOÑI SEIN, J.L., *Videovigilancia...*, cit., p. 18.

1085 ARZOZ SANTIESTEBAN, X., *Videovigilancia, seguridad...*, p. 21.

soluciones técnicas diversas que están en constante desarrollo. Hay cámaras de emplazamiento fijo o móvil, con mayor o menor resolución, con visión nocturna o sin ella, de grabación continuada o solo ante determinadas circunstancias. Igualmente se han ido incrementado las posibilidades para la transmisión y el acceso a los datos grabados. Actualmente, la tecnología IP permite controlar todo el sistema desde Internet a través de cualquier puesto conectado a la red, o incluso desde el teléfono móvil. Desde hace tiempo se ha generalizado el uso de videocámaras digitales¹⁰⁸⁶ que además de captar las imágenes y sonidos, grabarlas y transmitirlos hasta un receptor, permiten su posterior recuperación y tratamiento¹⁰⁸⁷. Estos instrumentos han ido sustituyendo a los tradicionales circuitos cerrados de televisión (CCTV) que únicamente admitían la observación física de un determinado espacio y requerían que una persona en tiempo real controlara uno o varios monitores.

Ante tan extensa tipología de instrumentos se ha de apuntar *a priori* que el examen de la licitud o no de su empleo no puede realizarse de una manera abstracta sino que se debe atender a la concreta modalidad del mecanismo utilizado. Resulta sencillo inferir que su grado de injerencia en los derechos fundamentales de los afectados no es el mismo. No se puede valorar de igual manera el uso de sistemas que solo proporcionan la observación de la imagen en tiempo real que aquellos que posibilitan la grabación y la conservación de los datos. Más aún, no se produce la misma afectación cuando se graba la imagen de la persona observada en formato real, que al utilizarse sistemas que la individualizan mediante zoom o que realizan su seguimiento por un amplia área¹⁰⁸⁸.

2.2. Los derechos fundamentales afectados por la videovigilancia

Los derechos susceptibles de ser comprometidos en principio por la videovigilancia son numerosos, así se ha valorado como una de las medidas que es capaz de menoscabar una más extensa gama de derechos de esta naturaleza¹⁰⁸⁹. No cabe duda que esta clase de vigilancia compromete en gran medida la esfera personal y la libertad de los individuos, su dignidad en general y sus derechos fundamentales en particular¹⁰⁹⁰.

1086 Los circuitos cerrados de televisión (CCTV) están siendo sustituidos por la videovigilancia con base IP porque entre otras ventajas permite el control del sistema desde una conexión en Internet. Véase GOÑI SEIN, J.L., *La videovigilancia empresarial*, cit., p. 16.

1087 A su vez, estos mecanismos pueden complementarse con programas y aplicaciones informáticas específicos con finalidades diversas (reconocimiento facial, de voz...). Para un estudio detallado de la tecnología de la videovigilancia y de los diferentes sistemas de captación, transmisión, grabación y/o almacenamiento de las imágenes y sonidos. Véase, ARZOZ SANTIESTEBAN, X., *Videovigilancia, seguridad...*, cit., pp. 39-46.

1088 En este sentido, ARZOZ SANTIESTEBAN realiza una clasificación de las modalidades técnicas de videovigilancia que ordena de mayor o menor según su grado de injerencia en los derechos fundamentales de la siguiente manera:

- Las que permiten la mera observación física de un lugar por una persona que controla uno o varios monitores
- Las que permiten la grabación simultánea de imágenes panorámicas
- Los sistemas que permiten la grabación de imágenes con individualización de las personas observadas mediante zoom en pantalla o ampliaciones posteriores de la imagen
- Los sistemas inteligentes que permiten el reconocimiento facial, de la voz o incluso el seguimiento de una determinada persona por un amplio espacio en «Videovigilancia y derechos fundamentales», AA. VV., (dir. ETXEBARRIA GURIDI, J. F. y ORDEÑANA GUEZURAGA, I.), *Videovigilancia. Ámbito de aplicación y derechos fundamentales afectados. En particular la protección de datos personales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 156.

1089 ARZOZ SANTIESTEBAN, X., «Videovigilancia y derechos fundamentales», cit., p. 158.

1090 THIBAUT ARANDA, J., «Videovigilancia en el puesto de trabajo» AA. VV., (coord. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.), *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista*, cit., p. 217.

La capacidad de estos sistemas de controlar a distancia y grabar en todo momento las imágenes y los sonidos de los trabajadores y la posibilidad de poder reproducir cuantas veces se quiera determinadas situaciones, excluyendo «el olvido y el carácter instantáneo del control humano»¹⁰⁹¹, implican una injerencia desmedida, especialmente, en los derechos de la personalidad relacionados con el ámbito de la vida privada. Además, el riesgo de que lo grabado pueda difundirse o transmitirse a terceros, o que pueda servir para realizar un tratamiento informático combinado con otros datos de carácter personal multiplica las oportunidades de vulnerar la esfera de reserva personal necesaria para la libre determinación individual.

A su vez, no se debe olvidar la tensión que para los trabajadores puede suponer el sentirse vigilados de manera continua e incluso la sensación denigrante¹⁰⁹² que genera ese control absoluto e inhumano¹⁰⁹³ para su dignidad. Quién conoce que es vigilado de esta manera «pierde, evidentemente, las más elementales capacidades de organizar el trabajo propio con unos mínimos márgenes de iniciativa y queda sometido a una presión difícilmente soportable, capaz de poner en peligro su propio equilibrio físico-psíquico»¹⁰⁹⁴. En este sentido, existen estudios empíricos que indican que los trabajadores que son objeto de monitorización tienen más probabilidades de perder motivación, seguridad, sentimiento de lealtad a la empresa e incrementar el estrés laboral¹⁰⁹⁵. Además, queda afectada la libertad de la conducta, porque ante la grabación de la imagen «generalmente, se es más comedido a la hora de la expresión corporal, determinados comportamientos realizados en el puesto de trabajo, también de forma habitual, pueden ser coartados, ya que pueden ser considerados por el trabajador como muy personales»¹⁰⁹⁶. En definitiva, los trabajadores no actúan de manera espontánea, sino que tratan de adaptar su comportamiento a la pauta o patrón que creen que utiliza quién les controla, con la tensión que ello provoca¹⁰⁹⁷.

Uno de los derechos que claramente puede verse afectado por la videovigilancia es el derecho a la propia imagen¹⁰⁹⁸. En principio la instalación de cualquier sistema de grabación de la imagen de los trabajadores sin su previo consentimiento por terceros podría considerarse una intromisión ilegítima en este derecho conforme a la regulación general contenida en el apartado 5 del artículo

1091 THIBAUT ARANDA, J., *Control multimedia de la actividad laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 18.

1092 FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 74.

1093 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Innovación tecnológica y productividad empresarial: posibilidades y límites en un contexto económico de crisis», *Diario La Ley*, nº 8094, 2013, p. 9.

1094 TASCÓN LÓPEZ, R., «Tecnovigilancia empresarial y derechos de los trabajadores (Un intento de construcción de una regla conceptual en el Derecho del Trabajo español)» *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 415, 2017, p. 61.

1095 Véase AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., «Prevención del delito en la empresa. Límites ético-jurídicos en la implementación de sistemas de videovigilancia», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (versión digital)*, 2009, p. 10. Se citan determinados estudios realizados por BOTAN, C. y VORVOREANU, M. en *What are you really saying to me? Electronic Surveillance in the Work-place* (manuscrito no publicado), citado por SLOBOGIN, C., *Privacy at Risk. The New Government Surveillance and the Fourth Amendment*, Chicago, 2007 nota núm. 129. En el estudio de Vorvoreanu, algunos trabajadores percibían que el control era una trampa para poder practicar el despido o adoptar medidas disciplinarias. Otros, decían sentirse tratados de forma infantil.

1096 RAMOS LUJÁN, H., «La intimidad de los trabajadores y las nuevas tecnologías», *Relaciones Laborales*, nº 2, 2003, p. 240.

1097 TASCÓN LÓPEZ, R., «Tecnovigilancia empresarial y derechos de los...», cit., p. 61.

1098 THIBAUT ARANDA, J., «Videovigilancia en el puesto de trabajo», cit., p. 219.

7 de la LO 1/1982. Como se recordará, se tutela el derecho a la propia imagen de una manera autónoma respecto al derecho a la intimidad, de tal forma que se reconoce a cada persona la facultad de decidir sobre su imagen tanto en los espacios íntimos o reservados, como fuera de ellos, como pudiese ser el entorno empresarial. Sin embargo, este no es un derecho absoluto por lo que el preciso consentimiento de los trabajadores para la grabación y el uso de su imagen podría entenderse innecesario por la previsión de la propia normativa laboral o, en su caso, por la acomodación o modulación entre los derechos o intereses de ambas partes.

Asimismo, la instalación de estos sistemas también puede suponer una vulneración del derecho a la intimidad cuando la filmación, reproducción o divulgación de las imágenes y/o sonidos se refieran o afecten a la vida privada de las personas. Dentro de la empresa existen lugares donde generalmente no se desempeña la actividad laboral y se consideran «espacio íntimos» en atención, sobre todo, a la finalidad de su uso (vestuarios, baños, áreas de descanso, entre otros). Podría valorarse que fuera de estas zonas cuando se capta o graba al personal mientras desempeña su prestación en el puesto de trabajo no resulta afectado el derecho a la intimidad de los trabajadores. Sin embargo, la interpretación de la intimidad en las relaciones sociales y profesionales ha evolucionado hacia una noción más amplia, según la cual se debería valorar como desproporcionado un control empresarial rutinario y continuo que permita acceder a situaciones, conversaciones o incluso gestos que son manifestaciones de la propia identidad, de la personalidad, que deberían quedar al margen de la esfera profesional.

Cuando los medios de grabación de imágenes llevan incorporados mecanismos para escuchar y grabar los sonidos, la empresa puede también acceder y guardar las conversaciones directas entre varias personas, ya sea de los propios trabajadores entre sí, de estos con los clientes o de los últimos. Hay que plantearse por tanto si en estos casos hay una injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones¹⁰⁹⁹. La regulación de este derecho en el artículo 18 de la CE junto al honor, a la intimidad y a la propia imagen lleva a relacionarlo con la protección de la intimidad o de la vida privada. No obstante, se ha configurado como un derecho autónomo con una esencia propia cuya finalidad principal es la protección de la libertad de las comunicaciones. Por ello, garantiza la reserva e impenetrabilidad de estas por los terceros independientemente de la naturaleza de su contenido. El concepto jurídico de lo secreto se ha de valorar de manera formal, se refiere a lo transmitido o informado, sean cuestiones relativas o no al ámbito de lo personal, de lo íntimo o de lo reservado¹¹⁰⁰.

Si bien el contenido de la comunicación es intrascendente, no se valora de igual forma el medio o la vía que se utilice para ello. Lo que se intenta evitar es la interceptación por un tercero¹¹⁰¹ y ello

1099 Conforme al art. 18.3 CE «Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

Para un estudio de este derecho véanse, entre otros, JIMÉNEZ CAMPO, J., «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 20, 1987, pp. 35-82. RODRÍGUEZ RUIZ, B., *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.L., «Estudio de la jurisprudencia constitucional y ordinaria sobre el secreto a las comunicaciones entre particulares en especial en el ámbito de la empresa», *Aranzadi Civil*, nº 1, 2000, pp. 1883-1918.

1100 SSTC 114/1984 y 34/1996.

1101 La STC 114/1984 será la primera que concreta el contenido de este derecho y admite que nada impide que entre los interlocutores pueda ser grabada su conversación. «El ámbito objetivo del concepto de «comunicación», la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia *erga omnes*) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento

solo se produce cuando la comunicación se realiza a distancia por medio de un canal cerrado¹¹⁰². Aunque el precepto en su momento solo introdujo las formas de comunicaciones existentes –postales, telegráficas y telefónicas–, se interpreta que no existe un *numerus clausus* de medios, sino que se incluyen todos los nuevos sistemas (el correo electrónico, el chat entre dos interlocutores, la videoconferencia, la comunicación telefónica en la red, entre otros) siempre que cumplan con los dos requisitos referidos. Por ello, otro tipo de conversaciones como las realizadas en directo, en un contexto público (radio, televisión), o a través de canales abiertos –cuyos destinatarios son un número indeterminado de personas y a las que pueden acceder los demás–¹¹⁰³, no están amparadas por el art. 18.3 CE. En atención a esta configuración, las conversaciones que puede grabar la empresa en el lugar de trabajo a través de estos dispositivos no entrarían en el ámbito de protección de este derecho al reputarse como conversaciones directas, pero ello no significa que este tipo de prácticas estén desprovistas de una protección. La escucha y la grabación, o incluso su posterior divulgación, dependiendo de su contenido, podrían entrañar una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de los afectados.

Por otra parte, las imágenes y los sonidos que reproducen la figura y la voz de los trabajadores cuando permiten su identificación son catalogados como datos de carácter personal. De ahí deriva, que el tratamiento de esta información a través de tales sistemas de vigilancia comprometa la «autodeterminación informativa» o el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal¹¹⁰⁴. Este derecho autónomo¹¹⁰⁵ garantiza el control sobre las informaciones relativas a la propia persona y a la personalidad, dotando a su titular del poder de decidir sobre quién, cuándo y para qué ha de acceder o apropiarse de los datos y/o archivarlos y/o cederlos y/o divulgarlos¹¹⁰⁶.

ajeno a aquellos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado» (FJ 7º).

1102 En este sentido, RODRÍGUEZ RUIZ, B., *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, cit., p. 67.

1103 En aplicación de esta interpretación, la STC 241/2012 denegó el amparo de este derecho a dos trabajadoras que habían instalado un programa de mensajería instantáneo en un ordenador de uso común, en contra de la prohibición de la empresa. La sentencia argumenta que «(...) estamos ante comunicaciones entre dos trabajadoras que se produjeron al introducirse el programa en un soporte de uso común para todos los trabajadores de la empresa sin ningún tipo de cautela. En este sentido, quedan fuera de la protección constitucional por tratarse de formas de envío que se configuran legalmente como comunicación abierta, esto es, no secreta» (FJ 7).

1104 Previsto en el art. 18.4 de la CE cuando se indica que «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

1105 El reconocimiento de su independencia respecto al derecho a la intimidad se produce a partir de las sentencias SSTC 290/2000 y 292/2000. En ambas resoluciones se alude a su autonomía y a su doble dimensión, la instrumental y la propia o específica. Así, si bien representa una garantía para la protección de otros derechos, especialmente de los derechos a la propia imagen, a la intimidad y al honor, se consagra a su vez como un derecho fundamental autónomo de control del flujo de informaciones que conciernen a cada persona, pertenezcan o no al ámbito más estricto de su intimidad.

1106 Sobre la aplicación de esta norma en el ámbito laboral puede consultarse, entre la doctrina inicial, FERNÁNDEZ DOMINGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Utilización y control de datos automatizados*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1997, GOÑI SEIN, J.L., «Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos de comunicación y archivo de datos», *Justicia Laboral*, nº 17, 2004, pp. 49-87, THIBAUT ARANDA, J., «La incidencia de la L.O. 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal en el ámbito de las relaciones laborales», *Relaciones Laborales*, nº 2, 2000, pp. 169-186.

Como obras recientes de referencia, PRECIADO DOMÈNECH, C.H., *El derecho de protección de datos en el contrato de trabajo, Adaptado al nuevo Reglamento 679/2016, de 16 de abril*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, MERCADER UGUINA, J.R., *Protección de Datos en las Relaciones Laborales*, Francis

Con un ámbito objetivo más amplio que el derecho a la intimidad se ha ido paulatinamente configurando como el protagonista en el análisis jurisprudencial de la legitimidad en la instalación de los sistemas de control mediante videocámaras, conformando una doctrina contradictoria, con constantes vaivenes y matizaciones.

En definitiva, cuando se instalan videocámaras en los centros de trabajo podrían principalmente¹¹⁰⁷ lesionarse estos derechos relacionados con la privacidad. Tales injerencias pueden ser pluriofensivas o únicamente vulnerar alguno los derechos referidos. Dependerá de las circunstancias concretas de cada supuesto. Cuando hay lesiones conjuntas, aunque cada una de ellas debería ser valorada de manera autónoma, los tribunales no han seguido en muchas ocasiones esta pauta. Si bien es cierto que en algunos casos se debe a la formulación de las propias demandas y a la vinculación de los jueces al principio de congruencia procesal. La tendencia en la solicitud de tutela judicial ante la videovigilancia laboral ha sido la de alegar principalmente el derecho a la intimidad, y, en los últimos tiempos, el derecho a la protección de datos de carácter personal.

2.3. La normativa laboral y el empleo de los sistemas de videovigilancia

2.3.1. La ausencia de una regulación específica laboral. ¿La posible aplicación de otras normas?

El uso de este sistema de control en el entorno laboral, a diferencia de otros países¹¹⁰⁸, no ha contado con una normativa laboral específica reguladora ya se utilice por motivos relacionados con la seguridad o se emplee como un mecanismo de fiscalización de los trabajadores y de su actividad laboral.

Lefebvre, Madrid, 2018 y GOÑI SEIN, J.L., *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa*, Bomarzo, Albacete, 2018.

1107 Existe la posibilidad de que resulten lesionados otros derechos no directamente relacionados con la vida privada como el derecho de huelga, el derecho de reunión o la libertad sindical, entre otros. En estos casos el «supuesto de hecho de afectación» requiere que el ejercicio de tales derechos se produzca justo en el lugar que es captado por las cámaras. ARZOZ SANTIESTEBAN, X., «Videovigilancia y derechos fundamentales». cit., p. 159. Aunque se trata de una grabación realizada por la policía, la STC 37/1998, consideró lesionado el derecho de huelga ante la toma de fotografías y la filmación por cámaras de vídeo de la actuación de un piquete durante una huelga. Dentro del ámbito empresarial se pueden destacar la STSJ de Murcia, de 4 de septiembre de 2000 (AS 2000, 2813) que confirma la vulneración del derecho de huelga ante la instalación «sorpresa e inesperada» de una videocámara precisamente con motivo de este acontecimiento. En sentido contrario, la STSJ de Murcia, 11 de mayo de 1999 (AS 1999, 1596), argumentando que las cámaras estaban instaladas por seguridad 20 meses antes que el conflicto colectivo.

1108 En algunos de los ordenamientos jurídicos más próximos se regula específicamente esta cuestión, bien para prohibir el empleo de la videovigilancia con una finalidad única de control a distancia de los trabajadores, salvo por determinadas causas, tal y como ocurre en Italia (artículo 4 Statuto dei Lavoratori recientemente modificado por art. 23, D.Lgs.n. 151/2015 y por el art. 5 DLgs. n. 185/2016) o en Portugal (artículo 20.1 Código do Trabalho), o bien para sujetar estos medios a ciertos requisitos o procedimientos como el conocimiento previo del trabajador, la proporcionalidad, la transparencia o la consulta previa a los representantes de los trabajadores como sucede en Francia (L1222-4 del Código de Trabajo –Code du Travail– o en Alemania (§ 87.1.6 del Código de trabajo –Betriebsverfassungsgesetz–).

Sí existe una regulación básica de esta materia para los espacios públicos, conformada por la LO 4/1997, de 4 de agosto, que regula el uso de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en los lugares públicos, sean abiertos o cerrados¹¹⁰⁹. Como se desprende de su título, únicamente se aplica a la utilización de estos dispositivos por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o de las Comunidades Autónomas en los espacios públicos¹¹¹⁰, por lo que no atañe a las relaciones laborales. No obstante, la voluntad del legislador fue la de extender sus principios inspiradores al ámbito de la seguridad privada, tal y como consta en la Disp. Ad. 9ª en la que se encomendó esta labor al Gobierno, marcando el plazo de un año.

Se han de resaltar algunos de sus principios, no solo porque revelan una clara apuesta por conciliar la seguridad con la privacidad, sino también por la falta de una concreción posterior en la regulación reciente de la seguridad privada. Así, en aras de evitar que un exceso de celo en la defensa de la seguridad pública perturbe el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales se establecen importantes limitaciones al uso de estos medios de grabación de imágenes y sonidos. Dentro del específico régimen de garantías que deben respetarse de forma ineludible en las sucesivas fases del proceso (autorización, grabación y uso de las imágenes y/o sonidos), se ha de destacar la aplicación del principio de proporcionalidad «en su doble vertiente de idoneidad y de intervención mínima» (art. 6)¹¹¹¹. Además al definir este último como la ponderación entre el fin y la afectación de los derechos se alude específicamente «al derecho al honor, a la propia imagen y a la intimidad de las personas»¹¹¹². A estas pautas generales se les une toda una serie de medidas más concretas entre las que se deben destacar la necesidad de autorización para el emplazamiento y el uso de estos sistemas¹¹¹³, la exigencia de una causalidad concreta¹¹¹⁴, el deber de informar a los afectados¹¹¹⁵, la prohibición de cesión de los datos grabados¹¹¹⁶ y la

1109 Se trata de una Ley de alcance general cuyo principal objetivo es asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como de prevenir la comisión de delitos, faltas e infracciones relacionados con la seguridad pública (art. 1.1).

1110 La norma no define lo que entiende por espacio público aunque matiza que estos podrán ser abiertos o cerrados (art. 1.1) e indica expresamente que no se podrán utilizar las videocámaras para tomar imágenes ni sonidos en el interior de las viviendas o de sus vestíbulos, salvo consentimiento del titular o autorización judicial (art. 6.5).

1111 En palabras de la Ley la idoneidad implica «que solo podrá emplearse la videocámara cuando resulte adecuado, en una situación concreta, para el mantenimiento de la seguridad ciudadana».

1112 «(...)la ponderación, en cada caso, entre la finalidad pretendida y la posible afectación por la utilización de la videocámara al derecho al honor, a la propia imagen y a la intimidad de las personas»

1113 El régimen es más estricto para el emplazamiento de las cámaras fijas, así, se precisa la autorización previa del Delegado de Gobierno de la Comunidad Autónoma previo informe positivo de una Comisión colegiada presidida por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia. Esta resolución «deberá ser motivada» y referirse «al lugar público concreto que ha de ser objeto de observación por la videocámara» y deberá contener «todas las limitaciones o condiciones de uso necesarias, en particular la prohibición de tomar sonidos, excepto cuando concurra un riesgo concreto y preciso, así como las referentes a la cualificación de las personas encargadas de la explotación del sistema de tratamiento de imágenes y sonidos y las medidas a adoptar para garantizar el respeto de las disposiciones legales vigentes» (art. 3.4).

1114 Art. 6.4 «La utilización de videocámaras exigirá la existencia de un razonable riesgo para la seguridad ciudadana, en el caso de las fijas, o de un peligro concreto, en el caso de las móviles».

1115 Tal y como exige el art. 9, esta información para el público, que debe ser clara y permanente, se refiere tanto a la existencia de videocámaras fijas, sin especificar su emplazamiento, como a la autoridad responsable.

1116 Así, el art. 8 prohíbe la cesión o copia de las imágenes y sonidos obtenidos de conformidad con esta Ley, salvo que estén relacionadas con infracciones penales o administrativas graves o muy graves en materia de seguridad pública, con una investigación policial en curso o con un procedimiento judicial o administrativo abierto.

sujeción del almacenamiento de las imágenes y sonidos grabados a la normativa de protección de datos (art. 2.2)¹¹¹⁷.

El mandato de trasladar estas garantías al ámbito privado fue incumplido hasta fechas próximas en las que se realizó esta adaptación con la aprobación de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada. Esta norma en principio solo es aplicable de manera indirecta al ámbito laboral puesto que su objetivo básico es establecer un tratamiento total y sistemático de la seguridad privada en su conjunto¹¹¹⁸. A diferencia de la legislación anterior¹¹¹⁹, regula específicamente en el artículo 42 los servicios de videovigilancia a través de cámaras o videocámaras capaces de grabar imágenes o sonidos cuando el emplazamiento de las mismas obedezca a motivos de seguridad, es decir, cuando tenga como finalidad «garantizar la seguridad de las personas, proteger su patrimonio y velar por el normal desarrollo de sus actividades».

En este sentido, la regulación es aplicable en el ámbito empresarial a los establecimientos que de manera obligatoria o voluntaria establezcan estos dispositivos para garantizar tales fines. Respecto a la preceptiva instalación de estos sistemas en determinadas empresas, se ha de tener en cuenta lo dispuesto por el RD 2364/1994 y demás normativa de desarrollo¹¹²⁰ para concretas entidades. Además, estos servicios de videovigilancia emplazados en la empresa para prevenir infracciones, evitar daños a las personas o bienes objeto de protección o impedir accesos no autorizados deben ser prestados necesariamente por vigilantes de seguridad, salvo

1117 Reconociéndose a los interesados los derechos de acceso y cancelación de las grabaciones en los que considere razonablemente que figura. Aunque el ejercicio de estos derechos queda limitado, y en este sentido «podrá ser denegado por quien custodie las imágenes y sonidos, en función de los peligros que pudieran derivarse para la defensa del Estado, la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando» (art. 9.2).

1118 Tal y como reza su artículo 1º, se pretende «regular la realización y la prestación por personas privadas, físicas o jurídicas, de actividades y servicios de seguridad privada que, desarrollados por estos, son contratados, voluntaria u obligatoriamente, por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, para la protección de personas y bienes».

1119 Hasta esa fecha se aplicaba la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada y su reglamento aprobado por el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre.

La ley anterior no regulaba de manera general la utilización de la videovigilancia en el ámbito privado, únicamente el reglamento de desarrollo fijaba de manera obligatoria esta medida para determinadas empresas.

1120 La falta de aprobación de un reglamento de desarrollo conduce a la aplicación de la normativa anterior en lo que no contradiga a la actual regulación. (Disp. Derogatoria L 5/2014).

El art. 120 RD 2364/1994 exige a los establecimientos u oficinas de las entidades de crédito donde se custodien fondos o valores que cuenten con «equipos o sistemas de captación y registro, con capacidad para obtener las imágenes de los autores de delitos contra las personas y contra la propiedad, cometidos en los establecimientos y oficinas, que permitan la posterior identificación de aquellos, y que habrán de funcionar durante el horario de atención al público, sin que requieran la intervención inmediata de los empleados de la entidad» Los arts. 3 y 4 de la Orden INT/317/2011, de 1 de febrero, sobre medidas de seguridad privada, concretan las características que deben reunir los equipos de registros de imágenes.

La norma dispone que los soportes con las imágenes grabadas se deben conservar durante quince días al menos desde la fecha de la grabación, exclusivamente a disposición de las autoridades judiciales y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a las que facilitarán inmediatamente aquellas que se refieran a la comisión de hechos delictivos. Se incide en que las imágenes grabadas únicamente podrán ser utilizadas como medio de identificación de los autores de delitos contra las personas y contra la propiedad, y que el contenido de los soportes deberá ser inutilizado salvo que hubiesen dispuesto lo contrario las autoridades judiciales o las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes.

que los equipos no estén conectados a centrales receptoras de alarmas o a centros de control o de videovigilancia¹¹²¹.

El art. 42 incorpora al empleo de las videocámaras en el ámbito privado la aplicación de los principios de proporcionalidad, idoneidad e intervención mínima en todo el proceso (la monitorización, grabación, tratamiento y registro de imágenes y sonidos). Aunque tales reglas solo se citen, existe una remisión a la normativa sobre videovigilancia por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que, como señalamos, define claramente el contenido de las mismas. El precepto también recuerda algo fundamental, que el empleo de estos dispositivos estará sometido a lo previsto en la normativa en materia de protección de datos de carácter personal.

Pero esta regulación no resulta de aplicación a los sistemas de videocámaras cuya finalidad es el control de los trabajadores y de su actividad laboral, si bien, como se analizará en otro momento, existe cierta confusión al respecto originada por el uso empresarial de los mecanismos instalados inicialmente por motivos de seguridad para ejercer una fiscalización sobre los empleados.

Aunque se trate de una vigilancia laboral, sí se ha de atender a esta Ley cuando la empresa utiliza la figura del detective privado para verificar los incumplimientos de los trabajadores fuera del lugar de trabajo¹¹²². Ha sido esta normativa la que ha dispuesto el concreto régimen jurídico de la actividad de investigación privada estableciendo las pautas y límites a las que se han de acomodar estos servicios: la legitimidad del encargo, el contenido del informe de investigación o el deber de reserva profesional, entre otras cuestiones.

A falta de una norma propia laboral, se planteaba en su momento la aplicación a la videovigilancia con fines laborales de la LO 1/1982 reguladora del derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen. Como sabemos, en ella se enumeran como intromisiones ilegítimas «la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas (...) así como su grabación, registro o reproducción» y «la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2».

Por ello, conforme a esta disposición, la videovigilancia empleada en el entorno laboral podría suponer en principio una vulneración tanto del derecho a la propia imagen como del derecho a la intimidad de los trabajadores en cuanto se reputan como injerencias no autorizadas. Sin embargo,

1121 Hasta el año 2009 la Ley de Seguridad Privada obligaba a contratar los servicios de videovigilancia a empresas de seguridad privada, debidamente registradas en el Ministerio del Interior, pero la denominada «Ley Ómnibus», Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, modificó el art. 5.1 e) y a su vez añadió la Disp. Ad. 6ª para liberalizar la comercialización, entrega, instalación y mantenimiento de cámaras de vigilancia, salvo que estén conectadas a una central de alarmas

1122 Así, el art. 21 define la seguridad privada como «el conjunto de actividades, servicios, funciones y medidas de seguridad adoptadas, de forma voluntaria u obligatoria, por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, realizadas o prestadas por empresas de seguridad, despachos de detectives privados y personal de seguridad privada para hacer frente a actos deliberados o riesgos accidentales, o para realizar averiguaciones sobre personas y bienes, con la finalidad de garantizar la seguridad de las personas, proteger su patrimonio y velar por el normal desarrollo de sus actividades».

hemos de recordar que el art. 2.2 de la LO 1/1982 fija como regla general que estas conductas no se considerarán como ilegítimas en el ámbito protegido de los derechos cuando estuviesen expresamente autorizadas por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso. En el mismo sentido, el art. 8.1 reitera que las intromisiones descritas como ilegítimas no tendrán de manera general este carácter cuando sean autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo a la ley.

Esto quiere decir que si bien la LO 1/1982 es la que configura de manera principal el contenido de los derechos que regula fijando unos límites generales y específicos, no excluye que pueda haber otras leyes que de acuerdo a la habilitación constitucional establezcan otras posibles restricciones con el fin de salvaguardar otros bienes, derechos o intereses. En este sentido, aunque no haya existido una regulación singular sobre la videovigilancia en el ámbito laboral, hemos de plantearnos si se contaba con otros preceptos, de carácter más general, que pudiesen legitimar el empleo de estos mecanismos.

En efecto, se ha entendido que «el principal anclaje legal»¹¹²³ para el ejercicio del control empresarial a través de los sistemas de grabación de imágenes y/o sonidos se contiene en el art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores que autoriza al empresario a «adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana». La falta de una regulación concreta sobre la videovigilancia unida al carácter genérico y ambiguo de este precepto conducía a que una parte de la doctrina, probablemente mayoritaria, estimara que de nuestro ordenamiento laboral no podía deducirse una prohibición general del uso de estos mecanismos para controlar el trabajo. En principio, debían considerarse lícitos siempre que se mantuviesen dentro de los límites que fija el art. 20.3 ET¹¹²⁴. De hecho, con la última modificación y aprobación de la LOPDGDD se ha corroborado esta tesis, puesto que el nuevo precepto, el art. 20 *bis*, se refiere expresamente al empleo de videovigilancia, entre otros sistemas de fiscalización laboral.

Son las conductas, no los medios en sí mismos, los que pueden constituir una injerencia en los derechos personales de los trabajadores, por lo que habrá que centrarse en la utilización desproporcionada o no que se haga de tales instrumentos¹¹²⁵. Esto nos lleva a examinar esta problemática desde la óptica del estudio de las facultades de control empresarial y sus limitaciones.

2.3.2. El empleo de la videovigilancia y las facultades de control empresarial (art. 20.3 ET)

El tenor literal del art. 20.3 ET no prohíbe inicialmente de forma expresa ningún mecanismo o instrumento de control. Acoge una regulación general de las facultades empresariales de control y vigilancia de la actividad laboral¹¹²⁶ que en principio permite a la empresa adoptar las

1123 GOÑI SEIN, J.L., *Videovigilancia...*, cit., p. 21.

1124 FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., *Las facultades empresariales de control...*, cit., p. 76.

1125 DE VICENTE PACHÉS, F., *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, cit., 1998, p. 325.

1126 Sobre el poder de dirección y control empresarial, véanse los estudios clásicos, MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965 y «Dirección de la actividad laboral (art. 20)» en AA. VV., (dir. BORRAJO DACRUZ, E.) *Comentarios a las leyes laborales*, Tomo V, Edersa, Madrid, 1985, ROMÁN DE LA TORRE, M.D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*,

medidas que estime más oportunas para verificar el cumplimiento por los trabajadores de sus obligaciones y deberes laborales. Enunciada legalmente así esta facultad parece vislumbrarse un poder fiscalizador ilimitado¹¹²⁷ que tolera implantar cualquier sistema. Sin embargo, el precepto enuncia dos límites básicos para el ejercicio del control empresarial: el ámbito sobre el que se puede ejercer tal facultad –«sus obligaciones y deberes laborales»– y el respeto a la dignidad del trabajador. A estas restricciones esenciales, añade una garantía procedimental, la previa intervención de los representantes de los trabajadores (art. 64. 5 f) ET).

A. El control sobre la actividad laboral

En efecto, en primer lugar, la norma restringe la función de las medidas fiscalizadoras al ámbito concreto de la relación laboral de tal manera que la prestación se constituye como un límite interno objetivo¹¹²⁸ que impide la extensión del control a la vida privada de los trabajadores o a otros aspectos no relacionados con el trabajo debido.

Pero el deslinde entre vida laboral y vida personal se hace cada vez más difícil ante los nuevos sistemas de organización del trabajo que potencian la flexibilidad e incrementan la autonomía y responsabilidad de los empleados en la ejecución de su actividad¹¹²⁹. Además, la implantación de las tecnologías de la comunicación e información en la sociedad y en la empresa nublan aún más esta separación. La mayor implicación del personal en los cometidos y en la marcha de la empresa junto a la exigencia de una mayor disponibilidad fuera de su jornada laboral confunden los contornos entre el espacio profesional y el ámbito personal y familiar. Esto no puede llevar a obviar la regla general de que la empresa no puede fiscalizar cuestiones que excedan del cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales, es decir, no debe inmiscuirse en la conducta extralaboral de los trabajadores, salvo en aquellos supuestos claramente excepcionales en las que esta repercute negativamente en el cumplimiento correcto de la prestación o perjudique legítimos intereses de la empresa¹¹³⁰.

Grapheus, Valladolid, 1992, FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, cit., AA. VV., (dir. GARCÍA NINET, J.I.), *El control empresarial*, CISS, Bilbao, 2005, MARTÍNEZ FONS, D., *El poder de control del empresario en la relación laboral*, Consejo Económico Social, Madrid, 2002 y RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «Poder de dirección y derecho contractual», *Relaciones Laborales*, nº 2, 2005, pp. 111-138. Para un estudio más actual sobre el concepto y fundamento del poder de dirección y control, véase FABREGAT MONFORT, G., *Nuevas perspectivas del poder de dirección y control del empleador*, Bomarzo, Albacete, 2016, POQUET CATALÁ, R., *El actual poder de dirección y control del empresario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013 y FERRANDO GARCÍA, F.M., «El reforzamiento del poder de dirección tras la reforma laboral de 2012», *Revista de Derecho Social*, nº 61, 2013, pp. 71-94.

1127 Se trata de una previsión «de excesiva generosidad», como refiere GOÑI SEIN, J.L., *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988, p. 111.

1128 MARTÍNEZ FONS, D., *El poder de control del empresario...*, cit., p. 34.

1129 DE VICENTE PACHÉS, F., «Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo: concepto y fundamento. Una primera aproximación a las diversas formas de control empresarial» AA. VV., (dir. GARCÍA NINET, J.I.), *El control empresarial*, cit., p. 19.

1130 DE VICENTE PACHÉS, F., *El derecho del trabajador...*, cit., p. 301.

La doctrina mayoritaria coincide al considerar que la facultad de control se inserta dentro del poder de dirección empresarial¹¹³¹, como uno de sus instrumentos¹¹³². Es un complemento indispensable de la potestad ordenadora¹¹³³ que permite precisamente verificar su cumplimiento. Ambos, poder de dirección y de control, quedan sujetos al mismo límite, no pueden traspasar aquello que no guarde relación directa con las obligaciones laborales.

Esto no significa que la facultad fiscalizadora se extienda únicamente a verificar la correcta ejecución de la prestación laboral por parte de los trabajadores, puesto que el poder de dirección no se agota en la ordenación de la actividad laboral en sentido estricto sino que comprende otras facultades que se refieren al conjunto de la organización de la empresa. Por ello, su ejercicio puede estar relacionado con otras parcelas de su poder ordenador.

Recordemos que el empresario, ya sea a través del contrato de trabajo o por exigencias legales, asume diferentes responsabilidades. Sirva como ejemplo, el llamado «poder de policía empresarial»¹¹³⁴ que, fundamentado en la existencia de una organización cuya seguridad y orden debe preservar, le permite proteger su patrimonio y le obliga a salvaguardar la integridad física de los trabajadores o incluso de terceros relacionados con la empresa. Igualmente, la ley y el propio contrato de trabajo impone al empresario «el deber de prevención» o protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales con la finalidad de tutelar su salud, deber, del que se derivan una amplia gama de obligaciones desarrolladas por esta normativa.

De la asunción de estas responsabilidades empresariales se origina la necesidad de controlar aspectos no estrictamente relacionados con el adecuado cumplimiento de la actividad laboral¹¹³⁵, como la facultad de registro de la persona del trabajador y sus efectos personales contemplada en el art. 18 del ET o el necesario control del cumplimiento de las medidas preventivas. En su reverso, los trabajadores al insertarse en una organización empresarial, además del correcto cumplimiento de su prestación laboral, deben atender una serie de exigencias en aras del mantenimiento y buen

1131 MONTOYA MELGAR, A., «Dirección de la actividad laboral (art. 20)» cit., p. 143.

1132 Dentro del poder de dirección en general se suelen distinguir tres clases de facultades:

- El poder de dirección en sentido estricto, como aquella facultad para ordenar y dirigir la actividad de la empresa y la ejecución de la prestación laboral, estableciendo instrucciones generales y órdenes concretas.
- El poder de control, que se refiere a la vigilancia sobre el funcionamiento de la empresa, y en particular de la ejecución de la prestación laboral.
- El poder disciplinario, que supone la facultad para sancionar los incumplimientos de los trabajadores.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 170 y ss.

1133 Repárese en el doble fundamento del poder de dirección. Como ya se refirió se interpreta que es parte del contenido de la libertad de empresa (art. 38 CE). Comprende no solo la facultad de crear establecimientos empresariales, sino también la de dirigirlos y controlar su funcionamiento. Por otro lado, se basa en el propio contrato de trabajo, cuya regulación reconoce el poder de dirección empresarial en el marco de la relación, de tal manera que la aceptación de la relación supone la inserción del trabajador en el ámbito de organización y dirección empresarial. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *Libertad de empresa y relaciones laborales*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, pp. 131 y ss.

1134 FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., *Las facultades empresariales de control...*, cit., p. 27.

1135 Se apuntan como ejemplos en esta línea, la protección de la empresa frente a conductas constitutivas de acoso o la responsabilidad civil del empleador por los actos cometidos por los trabajadores en ejercicio de sus funciones que puedan perjudicar a terceros o ser constitutivos de un delito. DE VICENTE PACHÉS, F., «Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo: concepto y fundamento...», cit., p. 24.

funcionamiento de la empresa, deberes, cuyo cumplimiento precisa ser comprobado a través de medidas fiscalizadoras.

La naturaleza de estas facultades suscita cierto debate doctrinal. Se valora que el poder de vigilancia, que va más allá de la singular prestación de trabajo y que se fundamenta en cuestiones organizativas generales, tiene una dimensión «extracontractual» que podría llevar a adentrarse en cierta medida en la esfera privada de los trabajadores en lo no referido a su deuda de trabajo¹¹³⁶. Se opta por una concepción autónoma del poder de control respecto al poder de dirección¹¹³⁷ o se mantiene que estas facultades de vigilancia desvinculadas de la prestación laboral quedan fuera del ámbito de control que dibuja el art. 20.3 E.T¹¹³⁸.

Parece más adecuado sostener una única concepción de la facultad de control en el marco del poder general de dirección, cuya finalidad no solo trata de verificar o comprobar estrictamente el cumplimiento de las órdenes empresariales sino que permite vigilar el cumplimiento total de las obligaciones o de la prestación laboral¹¹³⁹. Este es el sentido que se ha de dar al art. 20.3 ET cuando alude a la verificación del cumplimiento de los trabajadores de «sus obligaciones y deberes laborales». El ejercicio de estas facultades de fiscalización nunca puede perder la pista al referente de la prestación laboral¹¹⁴⁰. Ambos poderes, el poder de dirección y la facultad de control, quedan sujetos por la regulación legal al mismo ámbito, aquel en el que se desarrolla la prestación laboral.

Tal vez, sería más correcto decir que el espacio propio para el ejercicio de la dirección y el control empresarial coincide con el círculo rector y organizativo del empresario. Así, el alcance o limitación de ambos poderes tiene que ver con su propio fundamento que, como se recordará, es doble. Por una parte, se justifica en la propia especialidad de la prestación laboral que al tratarse de una deuda fundamentalmente de actividad, no de simple resultado, está sujeta a las órdenes e instrucciones empresariales, que legitiman al acreedor para comprobar si la otra parte se ajusta a lo convenido. Y, por otro lado, la existencia de una organización empresarial explica el que surjan

1136 DE VICENTE PACHÉS, F., *El derecho del trabajador...cit.*, p. 300.

1137 Esta tesis parte de la separación entre las facultades de organización del empresario en general, fruto del reconocimiento a la libertad de empresa, y el poder de dirección en sentido estricto, como categoría jurídico laboral cuya base última reside en el contrato de trabajo y se ciñe a concretar la prestación laboral debida por el trabajador. Desde esta postura, la facultad de vigilancia empresarial se considera como autónoma respecto al poder directivo, lo cual justifica que pueda extenderse más allá de la prestación laboral, incluyendo controles extralaborales como la vigilancia de las instalaciones, los bienes y las personas que se encuentran en ella. ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Grapheus, Valladolid, 1992, pp. 90, 104, 118 y 119.

1138 En este sentido, FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A. considera que cuando el empresario contrata a un detective privado para comprobar si un trabajador de baja por incapacidad temporal tiene efectivamente problemas de salud que le incapacitan para trabajar, no lo hace como titular de un poder de dirección sino como cualquiera que es parte en una relación jurídica y tiene un interés legítimo en comprobar el cumplimiento de las obligaciones de la otra parte en los términos que derivan del contrato *Las facultades empresariales de control...*, cit., p. 25.

1139 «Este poder de control es algo más amplio que el mero verificar si se ejecutan o no cada una de las órdenes o instrucciones cursadas. Se trata de controlar el cumplimiento total de las obligaciones, o mejor, de la prestación de trabajo de todos y cada uno de los trabajadores en todas y cada una de sus fases de ejecución», tal y como sostiene GARCÍA NINET, I., «Artículo veinte. Dirección y control de la actividad laboral», en AA. VV., *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, Edersa, Madrid, 1981, p. 164.

1140 FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., *Las facultades empresariales de control...*, cit., p. 22.

obligaciones para el trabajador, no vinculadas estrictamente a la actividad laboral, pero necesarias para preservar el buen funcionamiento de la estructura organizativa en que la que se inserta. Ello no desvirtúa la regla general relativa a que la empresa no puede fiscalizar la vida no laboral de los trabajadores. Solo de manera excepcional se podrán controlar estos comportamientos cuando determinadas conductas extralaborales puedan afectar a la correcta ejecución del trabajo o al cumplimiento de otras obligaciones¹¹⁴¹ siempre que estén fundadas en exigencias organizativas¹¹⁴² o puedan perjudicar legítimos intereses de la empresa¹¹⁴³.

En definitiva, estas verificaciones en ningún caso pueden resultar admisibles por razones ajenas al cumplimiento del contrato de trabajo. Cuestión diferente es que la intensidad del control pueda admitir grados, dependiendo, entre otros extremos, de su finalidad, de su concreta regulación o no, del sistema empleado y del grado de injerencia en los derechos afectados. No se puede valorar de igual manera la fiscalización rutinaria de la actividad laboral que un control extraordinario ante sospechas fundadas de la comisión de una infracción muy grave¹¹⁴⁴.

B. El respeto a la dignidad de los trabajadores

Por otra parte, el art. 20.3 ET además de señalar el ámbito sobre el que recae el control, establece una segunda condición, que opera como un límite externo, el necesario respeto a la dignidad humana en la adopción y aplicación de las medidas de vigilancia.

Con este término, la norma quiere referirse a los derechos de la persona trabajadora¹¹⁴⁵, especialmente a sus derechos fundamentales. La dignidad y los derechos en los que se manifiesta son el «fundamento del orden político y la paz social» (art. 10 CE). Aunque esta no se haya configurado como un derecho de protección autónoma¹¹⁴⁶, es el eje sobre el que gira la teoría general de los derechos y libertades fundamentales. Ya sea calificada como un valor o como un principio fundamental, es un *prius* lógico y ontológico para la existencia y concreción de los mismos¹¹⁴⁷.

Este valor se define como el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de seres racionales, iguales y libres, así, reconoce la «autodeterminación consciente y

1141 En muchos casos se trata de obligaciones legales, como el cumplimiento por parte del trabajador de las obligaciones preventivas.

1142 En este sentido, entre otros, DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del trabajador...*, cit., p. 301 y GOÑI SEIN, J.L., *Videovigilancia...*, cit., p. 115.

1143 Controlar la concurrencia desleal, la realización de trabajos durante la situación de IT, entre otros.

1144 En referencia a la distinción entre poder ordinario y extraordinario de control, véase FABREGAT MONFORT, G., *Nuevas perspectivas del poder de dirección y control del empleador*, cit., pp. 21 y ss.

1145 Véase, LLANO SÁNCHEZ, M., «La dignidad de la persona como valor constitucional y su proyección sobre el contrato de trabajo». Comunicación presentada al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AA. VV., (AEDTSS), *Los derechos fundamentales inespecíficos...*, cit., p. 2.

1146 Pero ha servido como una «pauta axiológica» para ampliar el recurso de amparo a otros derechos no estrictamente fundamentales. Véase, en este sentido, la STC 192/2003, respecto a la libertad del trabajador durante el disfrute de las vacaciones.

1147 OJEDA AVILÉS, A. e IGARTUA MIRÓ M.T., «La dignidad del trabajador en la doctrina constitucional», cit., p. 148.

Para un estudio de la dignidad en el Derecho Laboral, PACHECO ZERGA, L., *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*, Thomson-Civitas-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

responsable de la propia vida» que precisa «la pretensión de respeto de los demás»¹¹⁴⁸. Por ello, existe esa íntima conexión con «los derechos inviolables que le son inherentes», entre los que se incluyen los derechos de la personalidad, especialmente los regulados en el art. 18 CE, de tal manera que la lesión de estos supondrá también un ataque a aquella.

En efecto, la posición subordinada de los trabajadores en la relación laboral¹¹⁴⁹ y la implicación de su propia persona en el cumplimiento de la prestación¹¹⁵⁰ origina que el ejercicio de los poderes empresariales pueda suponer una amenaza para el disfrute de sus derechos fundamentales, y de manera especial este poder de vigilancia y control que suele tener una mayor incidencia en la esfera personal de los empleados. Los nuevos sistemas de control tecnológico por su mayor efectividad y «su capacidad inquisitorial que no parece tener límites»¹¹⁵¹ multiplican este riesgo de invasión. Han transformado esta facultad. De ser un elemento eventual a la actividad organizativa, ha pasado a integrarse como una parte de la misma prestación laboral posibilitando «un auténtico control capilar» de los trabajadores¹¹⁵².

La incuestionable vigencia de los derechos fundamentales en la relación laboral¹¹⁵³ aparece aquí de manera particular como un límite primordial a tal extensión de las facultades de control empresarial que, de ser franqueado, implicaría su carácter ilegítimo. Sin embargo, como ya reflexionamos en el Capítulo I, no es un todo o nada. Ni los derechos fundamentales de los trabajadores operan como límites absolutos al control empresarial, ni este poder puede vaciar el contenido de aquellos.

Si bien en ocasiones –y a veces de manera formal– el TC reconoce que los derechos fundamentales de los trabajadores adquieren una posición prevalente, la línea reiterada por la última doctrina constitucional apuesta por una «modalización» o «acomodación», en una búsqueda de equilibrio a través del principio de proporcionalidad, pero no siempre aplicado con el mismo rigor. En cualquier caso, la aplicación de esta técnica, cuando realmente existe una colisión de derechos entre las partes, ha servido para ir abandonando el inicial contractualismo¹¹⁵⁴ que determinaba una versión laboral francamente restringida de los derechos de la parte trabajadora.

Con sus limitaciones, contradicciones, retrocesos (y algunos avances) se ha instaurado la resolución de estos conflictos desde el examen de la medida restrictiva del derecho, olvidando un momento anterior en el que era el ejercicio del derecho por parte del trabajador el sometido a comprobación. Igualmente, se han fijado ciertas pautas o reglas que no parecen admitir debate. Una de ellas es la causalidad. Así, la restricción de derechos debe estar suficientemente justificada, ha de responder a motivaciones o causas objetivas distintas de la mera conveniencia empresarial,

1148 Por todas, STC 53/85 (FJ 4º).

1149 DE VICENTE PACHÉS F., «Las facultades de vigilancia y control en las relaciones de trabajo...», cit., p. 27.

1150 MARTÍN VALVERDE, A., «Contrato de trabajo y derechos fundamentales», cit., pp. 15-16.

1151 MARTÍNEZ FONS, D., *El poder de control del empresario...*, cit., pp. 32-33.

1152 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, p. 38.

1153 Sobre el reconocimiento constitucional de la eficacia horizontal, véase el apartado 4 del capítulo I.

1154 Recuérdese el empleo del criterio de la buena fe para configurar los límites internos de los derechos fundamentales del trabajador en su dicción laboral, obviando la importancia y la justicia de utilizar este baremo o criterio para valorar el ejercicio de los derechos para ambas partes sociales. Véase GARCÍA VIÑA, J., «La regulación actual de la buena fe en la figura del empresario», *Aranzadi Social*, nº 5, 2000, pp. 1127-1173.

nunca pueden derivar de una voluntad arbitraria o caprichosa. La otra está relacionada con la proporcionalidad, supone valorar si las restricciones son adecuadas y necesarias en atención a la causa alegada.

En un principio este límite específico del respeto a la dignidad de los trabajadores en materia de videovigilancia se vinculó tanto por la doctrina científica como por el Tribunal Constitucional únicamente al derecho a la intimidad, ahora se ha abierto una nueva etapa en la cual el derecho a la protección de datos de carácter personal ha cobrado especial importancia en la resolución de estos conflictos ofreciendo unas mayores garantías. No obstante, como justificamos, generalmente se trata de conductas pluriofensivas¹¹⁵⁵ que atañen también al derecho a la propia imagen.

Aunque nuestro trabajo se centre específicamente en el derecho a la propia imagen, no podemos dejar de tratar de manera central el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos personales, al haber sido los protagonistas en la configuración de límites jurisprudenciales al poder de videovigilancia empresarial. Como valoraremos, el nuevo artículo 20 *bis* ET que actualmente regula estos mecanismos ha optado por una solución ambigua pues si bien sitúa su empleo desde la perspectiva del respeto al derecho a la intimidad de los trabajadores, se remite a la normativa de protección de datos para establecer las restricciones y las garantías de protección.

C. La intervención de los representantes de los trabajadores en el control empresarial

Antes de iniciar el estudio de la respuesta que han otorgado los tribunales a la utilización de las cámaras como sistema de fiscalización, se ha de atender a un tercer límite normativo que, regulado fuera del art. 20.3 del ET, puede actuar como una garantía adicional para los derechos de los trabajadores.

Nos referimos a la dimensión colectiva en el ejercicio del poder de control empresarial, es decir, a la intervención y participación de los representantes de los trabajadores. En este sentido, el art. 64.5 f) del ET establece que debe requerirse un informe con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas sobre «la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo». Se constituye como una obligación ineludible que debe solicitarse antes de la adopción de estas medidas y de los cambios posteriores que puedan introducirse en las mismas.

En relación a la efectividad de dicho informe se debe tener en cuenta que se configura como un supuesto «de participación activa de los representantes de los trabajadores en el proceso de formación de las decisiones empresariales» pero de intensidad limitada dado su carácter no

1155 Se señala *a priori* la posibilidad de que sean vulnerados una pluralidad de derechos, fundamentalmente todos los relacionados con la vida privada que consagra el art. 18 de la CE, precepto complejo que comprende derechos estrechamente relacionados: la intimidad, el honor, la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones y la autodeterminación informativa, DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B., *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, Lex Nova, 2012, p. 43.

vinculante¹¹⁵⁶. No se precisa de un acuerdo con los representantes de los trabajadores, basta con que la empresa les consulte y escuche su opinión, de tal manera que la decisión empresarial quedará amparada, aunque sea contraria.

El precepto no aclara una de las cuestiones fundamentales, la relativa a qué consecuencias jurídicas se derivarían en el supuesto de que se adoptara la decisión empresarial habiendo incumplido este obligado trámite¹¹⁵⁷, y, en concreto, cuál sería la eficacia de aquella. Aunque la doctrina no mantiene una posición clara sobre este extremo¹¹⁵⁸, la perspectiva del Tribunal Constitucional en la STC 186/2000 ha reducido el asunto a una mera cuestión de legalidad ordinaria, al establecer que la falta de este requisito no anula la prueba conseguida¹¹⁵⁹ si esta no es lesiva para los derechos fundamentales afectados. Por tanto, se convierte esta cautela en un elemento ajeno al juicio sobre la legitimidad de la prueba que debería centrarse en examinar si existía el conocimiento previo de los trabajadores cuando fuese preciso y en comprobar si la medida supera el juicio de proporcionalidad¹¹⁶⁰.

Sin embargo, esta línea jurisprudencial lleva a devaluar esta competencia, sin reparar en la importante función que tiene en estos casos la intervención de los representantes como garantía para el respeto de los derechos fundamentales de los empleados. La significativa indeterminación en la regulación de esta facultad fiscalizadora debería potenciar la trascendencia de la participación de los representantes como garantes de la salvaguarda de los derechos fundamentales de los trabajadores frente a extralimitaciones del empleador¹¹⁶¹.

1156 MONEREO PÉREZ, J.L., *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas, Madrid, 1992, p. 257.

Véase, LÓPEZ AHUMADA, J.: «El derecho de consulta previa como instrumento de control colectivo del poder de dirección», *Relaciones Laborales*, nº 2, 2005, pp. 425-445.

1157 Al margen de que una conducta de este tipo debe entenderse como una infracción administrativa grave de acuerdo al art. 7.7 LISOS por transgredir los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores.

1158 FERNÁNDEZ VILLAZÓN opina que la invalidez o ineficacia de la decisión empresarial sería una consecuencia excesivamente rígida, considera más razonable que del incumplimiento se derive la posibilidad de que los representantes de los trabajadores pidan la revocación de la media y la retirada de los sistemas de videovigilancia por la vía del conflicto colectivo. Sin perjuicio de que la empresa pueda de nuevo implantarla respetando el procedimiento exigible en *Las facultades empresariales...*, cit., p. 54. Sin embargo, GOÑI SEIN no lo considera desproporcionado o irrazonable *Videovigilancia...*, cit., p. 135.

La mayoría doctrinal apuesta por la nulidad de la decisión, por tratarse de un acto empresarial contrario a las normas imperativas. Entre otros, LOPEZ AHUMADA, J., «El derecho de consulta previa...», cit., CRUZ VILLALÓN, J., RODRÍGUEZ RAMOS, P. y GÓMEZ GORDILLO, R., *Estatuto de los Trabajadores comentado*, Tecnos, Madrid, 2003. p. 841; MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M., SEMPERE NAVARRO, A. y RÍOS SALMERÓN, B., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 502.

1159 «El hecho de que la instalación del circuito cerrado de televisión no fuera previamente puesta en conocimiento del Comité de empresa y de los trabajadores afectados (sin duda por el justificado temor de la empresa de que el conocimiento de la existencia del sistema de filmación frustraría la finalidad apetecida) carece de trascendencia desde la perspectiva constitucional, pues, fuese o no exigible el informe previo del Comité de empresa a la luz del art. 64.1.3 d) LET, estaríamos en todo caso ante una cuestión de mera legalidad ordinaria, ajena por completo al objeto del recurso de amparo (FJ 7º).

1160 FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., *Las facultades empresariales de control...*, cit., p. 54.

1161 GOÑI SEIN, J.L., *La videovigilancia...*, cit., pp. 134-135.

Ni siquiera hay certidumbre sobre la obligatoriedad de este informe ante la implantación de cualquier sistema de control. Se estima que la finalidad del precepto es el establecimiento de este procedimiento únicamente para la aplicación o modificación de los métodos o sistemas de control del trabajo que tengan carácter permanente¹¹⁶². De esta manera, el informe preceptivo no se reputa necesario como un límite al poder de control para aquellas medidas esporádicas, puntuales y temporales que se instauran para un objetivo concreto¹¹⁶³.

Aunque volveremos a esta cuestión, este asunto tampoco parece resuelto de manera definitiva con la nueva regulación que establece la LOPDGDG. El texto dedica un precepto –el art. 89– a los límites en el uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo que no parece contemplar excepciones a la información previa y directa a los trabajadores si bien cuando se alude a esta obligación comunicativa respecto a los representantes de los trabajadores, se incorpora el término «en su caso» que da pie a entender que puedan existir excepciones.

2.4. El tratamiento jurisprudencial sobre el empleo de la videovigilancia. Una primera época: el derecho a la intimidad como límite al empleo de la videovigilancia

2.4.1. La doctrina y jurisprudencia inicial. El concepto «topográfico» de la intimidad en la esfera laboral

Como decíamos, aunque el art. 20.3 ET no menciona de manera explícita el derecho a la intimidad, sino que se refiere de manera imprecisa al respeto de la dignidad del trabajador, el tratamiento sobre la legitimidad de la instalación de los sistemas de videovigilancia, sobre todo en sus inicios, identificó este valor principalmente con dicho derecho.

En la práctica judicial y en los primeros estudios doctrinales, al tratar de valorar el derecho a la intimidad, y a falta de una regulación específica laboral, se acudió, no sin detractores¹¹⁶⁴, a la LO 1/1982. Ya apuntamos en su momento, la dificultad que ofrece dar una definición de la intimidad, a lo que tampoco contribuye la norma referida, que básicamente es la que desarrolla este derecho. En efecto, no existe una definición legal, el art. 2.1 indica que su protección quedará delimitada por las leyes, por los usos sociales y por el comportamiento de la persona.

1162 MARTÍNEZ FONS, D., *El poder de control...*, cit., pp. 59-60. En parecido sentido, se excluye para los controles extraordinarios cuando la previa comunicación a los representantes pueda suponer la puesta en peligro de la efectividad de la medida. FABREGAT MONFORT, G., *Nuevas perspectivas del poder de...*, cit., pp. 35-36.

1163 Señala también esta idea MIÑARRO YANINI, M., «Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo: especial referencia a las condiciones de su ejercicio y a sus límites» AA. VV., (dir. GARCÍA NINET, J.I.) *El control empresarial...*, cit., p. 57.

1164 Se negaba la aplicación de esta norma a las relaciones laborales en base a la especialidad del ET frente a la generalidad de la LO 1/82. Sobre los desencuentros, véase, GOÑI SEIN, J.L., *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 148 y 149. Coincidimos con FERNÁNDEZ LÓPEZ M.F., en que la singularidad de la norma laboral no puede suponer la supresión de las garantías de la LO 1/1982 en la relación de trabajo, sino, a lo sumo, la necesaria modulación de sus contenidos para ajustarlos a la dinámica de la relación de trabajo, a la inserción voluntaria del trabajador en la organización productiva, FERNÁNDEZ LÓPEZ M.F., «La intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo», cit., p. 631.

Al igual que en el derecho a la propia imagen, no se establece claramente cuál es su ámbito de protección sino que se enumeran una serie de conductas que se consideran como intromisiones ilegítimas. En concreto, en relación al empleo de la videovigilancia en el ámbito laboral¹¹⁶⁵, se han aplicado principalmente los apartados 1º y 2º del art. 7, que se refieren al «emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas» y a «la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción».

Aunque de una rápida lectura del precepto se pueda concluir que hay una reiteración entre ambos apartados, su finalidad es tipificar como actuaciones ilegítimas conductas diferentes. Se pretende prohibir no solo el establecimiento de mecanismos que puedan filmar imágenes o posibilitar la escucha de sonidos sino también la grabación, registro y reproducción de los mismos. Se enumeran diversas acciones que están vetadas cuando afectan a la vida íntima de las personas, por lo que la interpretación de lo que se entiende o no como íntimo en lo laboral o profesional es lo que delimita la licitud o legitimidad en el empleo de estos mecanismos.

En un principio la eficacia de este derecho en el ámbito laboral era entendida de forma muy restrictiva¹¹⁶⁶. Se acudía a un concepto clásico o tradicional de lo íntimo que toma solo en cuenta su dimensión negativa de exclusión de los terceros de la esfera personal y familiar más reservada de la persona. Así, se protege lo más oculto o personal desde una concepción objetiva de lo considerado como tal, como si se tratara de una lista cerrada que solo atiende a determinados contenidos: la intimidad corporal, las relaciones sexuales, la vida sentimental o el estado de salud, entre otros¹¹⁶⁷.

En efecto, los tribunales del orden social acogiendo esta noción ante la pregunta básica de si tenía cabida la intimidad en el ámbito de las relaciones laborales, adoptaron una posición negativa. Entendida así la intimidad, como la esfera de reserva que comprende los aspectos más secretos de la persona, no se proyectaba sobre la actividad laboral que se desempeña en entornos públicos. La doctrina constitucional avaló esta interpretación restrictiva al señalar que los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desempeña su actividad no se integran, en principio, en la esfera privada de la persona¹¹⁶⁸.

1165 Este precepto supone la concreción efectiva en lo laboral del límite genérico del respeto a la intimidad del art. 20.3 del ET en ARIAS DOMÍNGUEZ A. y RUBIO SÁNCHEZ, F., *El derecho de los trabajadores a la intimidad*, Cuadernos de Aranzadi Social, nº 26, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 145.

1166 Salvo una minoría doctrinal representada por GOÑI SEIN que aludía a la ilegitimidad del control continuo sobre la actividad laboral en base a la constricción de la libertad de los trabajadores y la afectación a su dignidad. GOÑI SEIN, J. L., *El respeto a la esfera privada...*, cit., p. 147.

1167 Coincidiría con la llamada intimidad territorial relativa al espacio o zona de aislamiento respecto a los demás MIERES MIERES, J.L. *Intimidad personal y familiar...*cit., pp. 24-25 o «intimidad en sentido fuerte» en «La protección constitucional de los derechos a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones laborales. Una visión desde la jurisprudencia constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 99/100, 2014, pp. 2090-2091.

1168 Por todas SSTC 142/1993 (FJ 8) y 202/1999 (FJ 2).

Ello condujo a que los tribunales laborales vinieran admitiendo¹¹⁶⁹ la posibilidad de emplear sistemas de grabación de imágenes para controlar la actividad laboral con muy pocas limitaciones o reservas. Únicamente se excluían del ámbito del control empresarial los llamados lugares sensibles (baños, vestuarios, áreas de descanso, comedores, entre otros) justificando que solo en estos espacios se desarrolla la vida íntima individual o colectiva de los trabajadores. Precisamente este es uno de los límites infranqueables que actualmente ha establecido el art. 89 de la LOPDGDD que prohíbe en todo caso el emplazamiento de sistemas de grabación de sonidos y/o de videovigilancia «en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos».

En esa época, la mera filmación de los trabajadores desempeñando la actividad laboral no se apreciaba que podía atentar a su intimidad. Con ello, se legitimó el empleo de estos sistemas de control normal o rutinario siempre que se pretendiese obtener un conocimiento sobre el comportamiento laboral. Se trataba de un modelo de protección geográfico¹¹⁷⁰ o topográfico de la intimidad¹¹⁷¹, que identificaba la reserva únicamente con aquellos lugares donde no se desarrolla la actividad laboral y que han sido asignados para un uso exclusivo personal. En cierta medida esta interpretación recuerda a la que realiza la doctrina judicial actual sobre el concepto «efectos personales» de los trabajadores como objeto sobre el que recae la facultad de registro empresarial (art. 18 ET)¹¹⁷².

Conforme a este criterio, más que atender a la finalidad y a la adecuación del sistema de vigilancia se valoraba la causa de la instalación y el lugar de emplazamiento de la cámara. Incluso, la interpretación sobre los espacios que se entendían como reservados tampoco fue siempre precisa¹¹⁷³. Así, se toleró la captación de imágenes en lugares muy próximos a los considerados como reservados¹¹⁷⁴, donde es difícil no apreciar una vulneración de la vida privada de los trabajadores.

1169 Son numerosas las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que hasta principios de la década de los años 2000 aplican este criterio. Entre otras, SSTJ de Andalucía, 17 de enero de 1994, (Rec. núm. 3183/93), de Galicia, 21 de abril de 1995, (Rec. núm.1036/95), de Cataluña, de 1 de marzo de 1995, (Rec. núm. 3631/94), de Cataluña, 5 de febrero de 1999, (Rec. núm. 7939/1998), de Galicia, 28 de septiembre de 1999, (Rec. núm. 3821/99) y de Valencia, de 20 de octubre de 1999, (Rec. núm. 3766/98).

Un estudio de la doctrina judicial de esta época, ARIAS DOMÍNGUEZ A. y RUBIO SÁNCHEZ, F., *El derecho de los trabajadores a la intimidad...*, cit., pp. 144-149.

1170 El criterio locativo que distingue entre espacios públicos y privados se emplea también al regular la videovigilancia en LO 4/1997 vetando la grabación de imágenes y sonidos «en el interior de las viviendas y sus vestíbulos» para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 6.5) y en la L 5/2014 que prohíbe las grabaciones en los «domicilios» para el personal de seguridad privada (art. 42.2).

1171 MARTÍNEZ FONS, D., *El poder de control...*, cit., p. 107.

1172 Se refiere a los bienes propiedad del trabajador o introducidos por él en el centro de trabajo (bolsos, mochilas, vehículos, prendas de vestir) o pertenecientes a la empresa pero que se ponen a disposición del trabajador para su uso particular y privado (taquillas, armarios, cajones). Véase, entre otros, GARCÍA NINET, J.I., «De los registros al trabajador y del respeto máximo a la dignidad e intimidad de este» AA. VV., (dir. GARCÍA NINET, J.I.), *El control empresarial...*, cit., pp. 195-197.

1173 FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., *Las facultades empresariales...*, cit., p. 77, DE VICENTE PACHÉS, F., *El derecho del trabajador al respeto de...* cit., pp. 326-327 y MARTÍNEZ FONS, D., *El poder de control...*, cit., p. 77.

1174 Como muestra, la STSJ de Galicia, de 21 de abril de 1995 (Rec. núm.1036/1995) que no considera que se violenta la intimidad con el visionado por las cámaras de los accesos a los lugares más privados. Así, declara que «por tanto, la vigilancia con la instalación indicada con carácter permanente, y en los términos indicados, no sobrepasa los límites del ejercicio del derecho de control del empresario, reconocido en el art. 20.3 del ET aunque a través de ella se visualicen las puertas de acceso a los lavabos, a la salas de descanso, etc., lo que no conculca la intimidad, como lo demuestra el hecho de que tales puertas están en un lugar público, en el que están o pueden estar, no solo los trabajadores, sino también los mandos, e incluso los empresarios. Y no

Gran parte de la doctrina científica en cierta medida y de manera acrítica aceptó esta interpretación judicial. Aunque se admitía un concepto de la intimidad más amplio que suponía, con matices, su extensión a las relaciones sociales y profesionales, la falta de una prohibición tajante del uso de estos sistemas de control por la normativa laboral y por la LO 1/1982, llevaba a admitir de manera general la grabación de los trabajadores. Se partía de la premisa de que los medios o instrumentos no son ilícitos por sí mismos, sino que sería su utilización concreta la que podría devenir ilegítima cuando traspasara los límites marcados por el art. 20.3 E.T.¹¹⁷⁵.

2.4.2. Un cambio de panorama a partir de las Sentencias del Tribunal Constitucional del año 2000. Hacia la aplicación del principio de proporcionalidad

En el mismo año el Tribunal Constitucional dictará dos sentencias relativas al control de la actividad laboral mediante sistemas de videocámaras que vienen a modificar o incluso a rectificar su propia doctrina sobre el concepto de intimidad y la línea aplicativa que había seguido la doctrina judicial en esta materia. Aunque el contenido de estas resoluciones sea bien conocido, creemos que su trascendencia merece que nos detengamos brevemente en él.

En efecto, la primera de estas sentencias, la STC 98/2000, que por su relevancia, ya se conoce comúnmente como la Sentencia «Casino La Toja» se centra en el análisis de la instalación de un sistema de micrófonos en determinadas dependencias de este establecimiento¹¹⁷⁶. Esta Resolución representa el exponente más claro de la evolución hacia una ampliación del concepto de intimidad, en consonancia con la concepción ya existente en ese momento en el TEDH sobre el derecho a la vida privada¹¹⁷⁷.

Con ella se corrige el riguroso concepto de intimidad que únicamente se extendía a algunos espacios o lugares de la empresa no destinados a la actividad laboral¹¹⁷⁸ bajo el presupuesto de

se visualiza el interior de los locales en donde se desenvuelve la vida íntima del personal como pueden ser los lavabos o los vestuarios, o incluso la vida privada del colectivo de trabajadores, como puede ser la sala de descanso, en los comedores o en cualquier lugar de esparcimiento» (FJ 2º).

1175 DE VICENTE PACHÉS, F., *El derecho del trabajador al respeto de...*, cit., p. 325.

1176 La sentencia trata de valorar la licitud de la instalación de micrófonos en determinadas zonas del Casino la Toja S.A, en concreto en la caja y la ruleta francesa, que de ser instalados, permitirían grabar las conversaciones de los trabajadores y los clientes en aras a resolver las posibles reclamaciones. La empresa ya contaba con un sistema de grabación de imágenes a través de un circuito cerrado de televisión.

1177 Como se recordará y se expuso en el Capítulo I, en torno al art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, se ha generado una amplia jurisprudencia, que ha ido perfilando los contornos de la vida privada y admitiendo que junto a contenidos tradicionales como la identificación del género, el nombre, la orientación y la vida sexual, entre otros, este derecho también protege la identidad, la imagen, el desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el exterior, incluyendo entre ellas las actividades de naturaleza profesional o de negocios.

Entre este último sentido se pueden citar, SSTEDH As. Niemietz c. Alemania, de 16 de diciembre de 1992 y Halford c. Reino Unido, de 25 de junio de 1997. STEDH As. PG y GH c. Reino Unido, de 25 de septiembre de 2001.

1178 Por su importancia reproducimos extractos del FJ 6º «(...) En efecto, *si bien hemos afirmado en alguna ocasión que los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desempeña su actividad no se integran, en principio, en la esfera privada de la persona* (...) En consecuencia, la tesis de partida de la Sentencia recurrida no puede compartirse, al limitar apriorísticamente el alcance del derecho a la intimidad de los trabajadores a las zonas del centro de trabajo donde no se desempeñan los cometidos propios de la actividad

que los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales no se integran, en principio, en la esfera privada de la persona. El Tribunal afirma de manera manifiesta que no cabe entender que la intimidad de los trabajadores deba restringirse *a priori* a «las zonas del centro de trabajo donde no se desempeñan los cometidos propios de la actividad profesional» y que no quepan lesiones a este derecho «en el ámbito de desempeño de las tareas profesionales». En estos espacios puede existir «una propia esfera de desenvolvimiento del individuo» que podría resultar vulnerada.

Por consiguiente, hay un expreso reconocimiento a la existencia de un espacio de privacidad en el desempeño de las labores profesionales, que, en el caso concreto enjuiciado, se identifica con los comentarios privados que pueden tener los trabajadores entre sí o de estos con los clientes. Se considera que estas conversaciones son completamente ajenas al interés empresarial, y, por tanto, irrelevantes desde la perspectiva de control de las obligaciones laborales. Así, el Tribunal afirma que el establecimiento de sistemas de grabación continua del sonido en los puestos de trabajo podría ocasionar que los trabajadores se sintieran obligados a no realizar ningún comentario de carácter personal.

De manera explícita se rechaza la doctrina anterior fundamentada principalmente en el lugar de emplazamiento de las cámaras y se establecen nuevas pautas para resolver en cada caso si los medios de vigilancia respetan o no la intimidad de los trabajadores. Insistimos, ya no se ha de atender únicamente al criterio locativo sino también a otros elementos de juicio entre los que se mencionan en una enumeración abierta: la finalidad real perseguida con la instalación de tales sistemas, si existen razones de seguridad por el tipo de actividad que se desarrolla en el centro de trabajo que justifiquen la implantación de tales medios de control, si la instalación se hace o no de manera indiscriminada y masivamente y si los sistemas son visibles o han sido instalados subrepticamente. En definitiva, se trata de dilucidar las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto.

Admitido entonces el conflicto entre el interés de la empresa relativo al control de aquellos espacios en que se realizaban transacciones económicas de cierta importancia y el derecho a la intimidad de los trabajadores, la Sentencia introduce el principio de proporcionalidad derivado del reconocimiento de la prevalencia y la posición preeminente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico. Se admite que el contrato de trabajo implica restricciones y equilibrios para ambas partes, siendo los derechos fundamentales de los trabajadores un límite a las facultades organizativas de empresario «que en ningún caso pueden servir a la producción de resultados inconstitucionales lesivos».

Pero no se trata de una barrera infranqueable. Los derechos fundamentales de los empleados no son absolutos sino que pueden resultar modulados por las obligaciones dimanantes del contrato, a saber: «bien del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho» o «bien de una acreditada necesidad o interés empresarial». Pero únicamente «en

profesional, negando sin excepción que pueda producirse lesión del referido derecho fundamental en el ámbito de desempeño de las tareas profesionales. Tal afirmación resulta rechazable, *pues no puede descartarse que también en aquellos lugares de la empresa en los que se desarrolla la actividad laboral puedan producirse intromisiones ilegítimas por parte del empresario en el derecho a la intimidad de los trabajadores*, como podría serlo la grabación de conversaciones entre un trabajador y un cliente, o entre los propios trabajadores, en las que se aborden cuestiones ajenas a la relación laboral que se integran en lo que hemos denominado propia esfera de desenvolvimiento del individuo (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, (FJ 4), y 197/1991, de 17 de octubre, (FJ 3), por todas)».

la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva».

Por lo tanto, se ha de realizar una ponderación adecuada entre el contenido del derecho fundamental en juego y las obligaciones laborales que pueden condicionarlo teniendo en cuenta que estas limitaciones o adaptaciones han de ser las «indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección». No basta, por tanto, la mera alegación o invocación de un interés empresarial, es preciso que se acredite que este es merecedor de protección y que la restricción del derecho fundamental está fundada en razones de necesidad estricta debidamente justificadas. Asimismo, en esta ponderación se incluye también valorar la existencia de otras medidas para satisfacer dicho interés menos agresivas al derecho en cuestión, en cuyo caso, deberían ser las empleadas. En definitiva, se trata de aplicar el principio de intervención mínima estimando si el interés o fin empresarial provoca para el derecho fundamental de los trabajadores un sacrificio desproporcionado.

El Tribunal aplicando esta doctrina al caso concreto entiende que la instalación de un sistema audiovisual con micrófonos que permitirían en todo momento la audición de las conversaciones tanto entre los propios trabajadores como con los clientes entraña una vulneración del derecho a la intimidad al no resultar acreditado que la medida fuese indispensable para la finalidad pretendida –garantizar la seguridad o el buen funcionamiento del casino–. Se señala también que la medida es excesiva en el caso concreto, sopesando para ello la finalidad empresarial que se persigue con el sacrificio que implica en el derecho de los trabajadores. En este sentido, se aprecia que la búsqueda de una mayor seguridad en la actividad laboral no puede constreñir la libertad de los trabajadores de realizar comentarios de carácter personal entre sí o con los clientes mientras desempeñan la actividad laboral¹¹⁷⁹. La sentencia también tiene en cuenta que en el Casino ya existían otros sistemas de seguridad (grabación de imágenes) sobre los que no se había detectado ninguna quiebra y que respecto a ese pretendido «plus» de acceso a las conversaciones de los trabajadores, no se había probado que fuera indispensable para la seguridad y buen funcionamiento del centro.

En relación al principio de proporcionalidad, será la segunda Sentencia, la STC 186/2000, que se pronuncia sobre la licitud de la instalación clandestina de un circuito cerrado de televisión, la que por vez primera ordena y concreta de manera completa en el ámbito laboral el ya conocido triple test que marca los criterios que han de ser tenidos en cuenta para valorar la legitimidad de cualquier medida limitadora de los derechos fundamentales de los empleados (el juicio de idoneidad, juicio de necesidad y juicio de proporcionalidad en sentido estricto)¹¹⁸⁰.

En el caso concreto estudiado¹¹⁸¹, el Tribunal, en aplicación de estas premisas, consideró que el sistema de control se ajustaba al mencionado principio porque la medida se adoptó para

1179 «En resumen, la implantación del sistema de audición y grabación no ha sido en este caso conforme con los principios de proporcionalidad e intervención mínima que rigen la modulación de los derechos fundamentales por los requerimientos propios del interés de la organización empresarial, pues la finalidad que se persigue (dar un plus de seguridad, especialmente ante eventuales reclamaciones de los clientes) resulta desproporcionada para el sacrificio que implica del derecho a la intimidad de los trabajadores (e incluso de los clientes del casino)» (FJ 9º).

1180 Véase el Apartado 4º del Capítulo I.

1181 La dirección de la empresa Ensidesa tras apreciar en la sección de textil y calzado del economato un descuadre llamativo en los rendimientos y ante la sospecha del proceder irregular de los cajeros, contrató con una empresa de seguridad la instalación de un circuito cerrado de televisión. La cámara enfocaba únicamente las tres cajas

verificar si determinados trabajadores cometían las graves irregularidades que la empresa venía sospechando ante la existencia de «un acusado descuadre de caja». Sin embargo, la superación de este triple juicio en este asunto¹¹⁸² no solo se fundamentó en la existencia de un interés legítimo lo suficientemente relevante, como es el confirmar y acreditar la fundada suposición de la comisión de importantes infracciones, sino que tuvo también presente las circunstancias concretas sobre el lugar y el tiempo de emplazamiento de la cámara¹¹⁸³. Por todo ello, la medida fue considerada necesaria y equilibrada.

De la Sentencia se extrae que no basta con una causa legítima de intervención empresarial sino que es preciso analizar el concreto contexto del caso para valorar si existían medidas menos lesivas para el derecho fundamental afectado y, si, la utilizada finalmente, ha sido proporcional o equilibrada.

A nuestro entender, aunque estas Resoluciones cambiaron en su momento la doctrina judicial imperante, dejaron muchos interrogantes abiertos. Respecto a la primera decisión, quedaba la duda de si el resultado hubiese sido otro en el caso de que la reconocida lesión al derecho a la intimidad de los trabajadores se hubiese fundado en la aplicación de medidas de control «indispensables» y «estrictamente necesarias»¹¹⁸⁴. Repárese en que la resolución no niega de manera absoluta la legitimidad de un control auditivo continuo sino que estima en el asunto juzgado una falta de justificación suficiente para admitir una medida tan intrusiva.

En el segundo pronunciamiento, llama la atención que el Tribunal aplique el juicio de proporcionalidad sin decir abiertamente si la grabación de la actividad laboral en tiempo y lugar de trabajo supone o no una lesión al derecho a la intimidad, por la limitación de su contenido. Es decir, se aprecia en el supuesto concreto una ausencia de lesión pero no porque la medida –grabar durante el trabajo– sea o no vulneradora del derecho, sino porque, aún pudiendo serlo, estaría justificada en un motivo suficiente –verificar las irregularidades cometidas–. Se señala que la grabación «no resulta arbitraria ni caprichosa, ni se pretendía con la misma divulgar su conducta, sino que se trataba de obtener un conocimiento de cuál era su comportamiento laboral, pretensión justificada por la circunstancia de haberse detectado irregularidades en la actuación profesional del trabajador». El Tribunal realiza una comparación de esta causa específica con la examinada en el caso resuelto por la STC 98/2000, que no era otra que vigilar y controlar genéricamente el

registradoras y el mostrador de paso de las mercancías, desde el techo, en un radio de acción aproximado que alcanzaba las manos de los cajeros. Las cintas revelaron distintas irregularidades e incumplimientos, que, en el caso del actor, motivaron su despido disciplinario, que fue impugnado posteriormente.

1182 «(...) la medida de instalación de un circuito cerrado de televisión que controlaba la zona donde el demandante de amparo desempeñaba su actividad laboral era una medida justificada (ya que existían razonables sospechas de la comisión por parte del recurrente de graves irregularidades en su puesto de trabajo); idónea para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si el trabajador cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes); necesaria (ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades); y equilibrada (pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja y a una duración temporal limitada, la suficiente para comprobar que no se trataba de un hecho aislado o de una confusión, sino de una conducta ilícita reiterada), por lo que debe descartarse que se haya producido lesión alguna del derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 CE » (FJ 7º).

1183 La instalación del dispositivo se ubicó para grabar solo las zonas de caja donde se habían apreciado las presuntas irregularidades y se hizo únicamente por el tiempo necesario para constatar que no se trataba de un comportamiento aislado sino de una infracción reiterada.

1184 DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ A.B., *Control informático...*, cit., p. 22.

cumplimiento por los trabajadores de las obligaciones que les incumben. Por ello de nuevo, se suscitan dudas. Ante un control rutinario ¿hubiese sido otro el pronunciamiento?

Además, la segunda Resolución deja otras preguntas en el aire porque tampoco se pronuncia claramente sobre las consecuencias que se derivan del hecho de que ni los representantes de los trabajadores, ni los trabajadores afectados tuviesen previo conocimiento de la medida¹¹⁸⁵. Recordemos que sobre la falta de información previa al comité de empresa, la Sentencia despeja la cuestión reduciéndolo a un problema de eficacia y de legalidad ordinaria «ajena por completo al objeto del recurso de amparo». Más sorprendente es que se obvie cualquier alusión a la falta de información a los afectados.

2.4.3. Una década de aplicación del principio de proporcionalidad. La huella de la doctrina constitucional en la doctrina del orden social y en la doctrina científica

Estos precedentes constitucionales han tenido una gran influencia en la doctrina judicial del orden social durante más de una década. Favorecieron en la mayoría de los casos un cambio de criterio que llevaba a enjuiciar estas situaciones conforme a la aplicación del principio de proporcionalidad valorando la finalidad perseguida y las circunstancias concretas concurrentes en la instalación de estos dispositivos¹¹⁸⁶. Aún así, no faltaron pronunciamientos «preñados de fisuras y contradicciones»¹¹⁸⁷.

En general¹¹⁸⁸, se abandona esa concepción locativa de la intimidad que aceptaba sin limitaciones la legitimidad de esos mecanismos de control en los espacios donde se desarrolla la actividad laboral. Ya no cabe admitir de manera generalizada el uso de las videocámaras en los centros de trabajo, sino solo cuando existan causas que lo justifiquen¹¹⁸⁹ y no haya otros mecanismos de control que permitan obtener iguales resultados con un menor sacrificio de los derechos fundamentales de los trabajadores¹¹⁹⁰. Sin embargo, el uso de la técnica de la ponderación no derivó en la valoración de unos criterios más restrictivos sobre la justificación o en la aplicación del principio de necesidad como pauta de una intervención mínima. Al final, muchas resoluciones

1185 Apuntan también estas omisiones, *supra*, p. 24.

1186 La mayoría de las sentencias consideran la medida necesaria, idónea y proporcional, pueden destacarse las siguientes, SSTSJ de Valencia, de 14 de enero de 2004 (Rec. núm. 3308/2003), de A Coruña, de 22 de diciembre del 2005 (Rec. núm. 5549/2005), de Extremadura, de 15 de mayo de 2007 (Rec. núm. 105/2007), de Madrid, de 4 de junio de 2007, (Rec. núm. 1625/2007), de Islas Baleares, de 4 de septiembre de 2009, (Rec. núm. 265/2009), de Canarias, de 30 de abril de 2009 (Rec. núm. 246/2008) y de Castilla y León, de 5 de diciembre del 2012 (Rec. núm. 43/2012).

De manera minoritaria se puede apuntar como supuestos en los que no se supera este juicio, las SSTSJ de la Comunidad Valenciana del 11 de julio de 2008 (Rec. núm. 2497/2008) o de Madrid, del 14 de julio de 2009, (Rec. núm. 5665/2008).

1187 TASCÓN LÓPEZ, R., «Tecnovigilancia empresarial y derechos de los trabajadores...», cit., p. 66.

1188 Todavía algunas sentencias seguirán manteniendo que en el ámbito donde se desempeña la actividad laboral no cabe la intimidad, a modo de ejemplo, STSJ de Las Palmas, de 25 de octubre de 2002 (Rec. núm. 700/2002).

1189 En general las causas alegadas obedecen a dos motivos, el control ordinario de las obligaciones laborales o el control específico y temporal ante la sospecha de previas irregularidades o incumplimientos laborales.

1190 En la STSJ de Madrid, de 17 de Abril de 2009, ya citada, no se considera legítimo por sí mismo un control continuo de los puestos de trabajo si no concurre una causa especial. En este caso las cámaras se habían instalado para prevenir agresiones pero la situación conflictiva que había justificado esta instalación ya se había subsanado.

se centraban sobre todo en fundamentar de manera general la medida de control empresarial y examinar su idoneidad y, en algún caso, aplicaban la proporcionalidad en sentido estricto¹¹⁹¹.

Una de las consecuencias positivas que extrajo la doctrina judicial de la STC 98/2000, fue la tutela casi absoluta de los espacios de la empresa que se valoran como privados o íntimos¹¹⁹², configurando un ámbito inmune al poder de vigilancia, unas áreas físicas totalmente impenetrables al control empresarial¹¹⁹³. En ellas ni siquiera se examina la justificación de la medida o se plantea la aplicación del juicio de proporcionalidad. Basta constatar el lugar de instalación de las videocámaras para declarar su ilegitimidad. Si bien el resultado de esta doctrina es satisfactorio para la salvaguarda de los derechos de los trabajadores, la aplicación de esta teoría de creación de zonas, en cierta medida se ha valorado por parte de la doctrina como una construcción artificial¹¹⁹⁴ que tiene sus fisuras. El utilizar un criterio únicamente locativo tampoco es siempre adecuado porque la delimitación de los espacios que se consideran íntimos o reservados puede provocar ciertas contradicciones. En algunos casos se trata claramente de lugares privados (aseos, vestuarios), en otros, son espacios públicos (comedores, cafeterías, salas de espera) menos sensibles a la intimidad¹¹⁹⁵ pero no por ello desprovistos de una expectativa de privacidad.

Se ha entendido que parece de más rigor aplicar la doctrina general del respeto a los derechos fundamentales y de su consideración como límites al poder empresarial por su prevalente posición, puesto que podría haber casos excepcionales. No obstante, es difícil que pueda existir un interés empresarial¹¹⁹⁶, con la suficiente entidad, para legitimar la instalación de cámaras¹¹⁹⁷ en tales espacios. Es tan alto el grado de intromisión en la intimidad, que la causa justificativa debe ser realmente poderosa para que la empresa por si sola pueda instalar tales controles. Por ejemplo, la TSJ de Andalucía, de 22 de marzo de 2017¹¹⁹⁸, consideró legítima la instalación de una cámara en un baño de una residencia de discapacitados utilizado por los auxiliares para el aseo de los usuarios. Aunque la cámara se colocó sin conocimiento ni consentimiento de los residentes, de los familiares de estos y de los trabajadores del centro, la medida restrictiva del

1191 DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ A.B., *Control informático...*, cit., p. 25.

1192 La mayoría de las resoluciones aludirán a la afirmación del TC relativa a que «la instalación de tales medios en lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, aseos, comedores y análogos resulta, a fortiori, lesiva en todo caso del derecho a la intimidad de los trabajadores, sin más consideraciones, por razones obvias».

1193 GOÑI SEIN, J.L., *La videovigilancia...*, cit., p. 54.

1194 MARTÍNEZ FONS, D., «El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo. A propósito de las SSTC 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio» *Relaciones Laborales* n° 4, 2002, p. 15.

1195 Así se pueden consultar sentencias de esta época como la SSTSJ de Murcia, de 3 febrero de 2003 (Rec. núm. 55/2003), de Madrid, de 10 de noviembre de 2011 (Rec. núm. 204/2011) que permiten el control de acceso al aseo o del pasillo de entrada al vestuario o la grabación de imágenes dentro del comedor, STSJ de Madrid, de 14 de junio de 2006 (Rec. núm. 2640/2006).

1196 MARTÍNEZ FONS, D., «El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo...», cit., p.16, se refiere al interés empresarial no relevante de indagar sobre la prohibición de fumar.

1197 En este sentido la STSJ de Madrid, de 14 de junio de 2006, (Rec. núm. 3688/2006) considera ilícita la instalación de cámaras de grabación en el área de descanso del personal de tierra en un aeropuerto para constatar la sospecha de conductas irregulares pese a que se acredita el consumo de drogas y alcohol y la realización de acciones violentas contra el mobiliario. Igualmente la STSJ de Madrid, de 14 de septiembre de 2000 (Rec. núm. 2155/2000) anula la prueba de las imágenes grabadas en un área de descanso que acreditan el consumo de drogas de varios trabajadores pese a la sospecha de tráfico de estupefacientes en ese lugar.

1198 Rec. núm. 1461/2016.

derecho fundamental superó el juicio de proporcionalidad al quedar acreditada la sospecha de maltrato para vigilar la actuación del actor en el baño de los pacientes. Se valoró como preferente el derecho a la protección de estos, gravemente discapacitados, física y mentalmente, puesto que no podían quejarse de este tipo de conductas. También se tuvo en cuenta en el caso enjuiciado que el aseo era un lugar de actividad laboral para los auxiliares. Quizás, otra manera más garantista de atender a estos supuestos sea solicitar una autorización judicial por razones muy justificadas¹¹⁹⁹.

Otra conclusión que se obtuvo de la STC 98/2000 por la doctrina judicial y parte de la doctrina científica¹²⁰⁰ es la existencia de un doble rasero en la valoración de los sistemas de videovigilancia dependiendo de si las cámaras captan únicamente las imágenes o también graban los sonidos¹²⁰¹. Se interpreta que la escucha de los sonidos al acceder a las conversaciones de los trabajadores puede ser más sensible para la intimidad que la mera captación de la imagen¹²⁰². Los diálogos o charlas pueden revelar pensamientos y sentimientos internos que las imágenes no proporcionan o lo hacen de manera más limitada¹²⁰³. Llegando al extremo de afirmar que la simple grabación de imágenes es un sistema menos gravoso para la intimidad y «podría justificar su calificación como medio normal admisible de control», si hay «siempre una justificación razonable de la necesidad de su implantación, aunque sea somera»¹²⁰⁴.

Consideramos que de esta Sentencia no se pueden extraer conclusiones generales sobre la licitud o ilicitud de un sistema u otro¹²⁰⁵. En ella se aplica el juicio de ponderación resultando amparada la intimidad porque la vulneración de esta era considerable –un acceso constante a las conversaciones de trabajadores y/o clientes– frente a un interés de la empresa no indispensable –un plus de seguridad complementario, no necesario–. Lo que nos indica es el importante peso que merece en el juicio de proporcionalidad la posibilidad de que el sistema de vigilancia grabe de manera continua las conversaciones en relación a la justificación alegada. Tal injerencia precisaría de un interés de magnitud suficiente¹²⁰⁶ para legitimar tal control. No se ha de deducir que los tribunales tengan que utilizar diferentes criterios a la hora de valorar los sistemas de video según graben o no los sonidos. Todo lo contrario. En ambos casos, se debe acudir al criterio de la indispensabilidad y de estricta necesidad, a la aplicación del juicio de proporcionalidad o de ponderación. Otra cuestión es que se obtengan diferentes resultados de su aplicación en atención al grado de afectación al derecho fundamental y a la causa que justifica la limitación. Cualquier sistema de control de videovigilancia desde la perspectiva constitucional únicamente debe entenderse legítimo cuando exista un interés empresarial relevante, se considere indispensable y no existan otras medidas idóneas con la finalidad pretendida que sean menos restrictivas para los derechos de los trabajadores¹²⁰⁷. En cualquier caso, la LOPDGDD, como analizaremos con más

1199 Por ejemplo, para comprobar agresiones sexuales entre los trabajadores, tal y como apunta GOÑI SEIN, J.L., *La videovigilancia...*, cit., p. 55.

1200 DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ A.B., *Control informático...*, cit., pp. 52-57.

1201 GOÑI SEIN, J.L., *La videovigilancia...*, cit., p. 39.

1202 Así, se afirma que para la doctrina constitucional la grabación de imágenes sin sonido es un medio de control menos gravoso para la intimidad. POQUET CATALÁ, R., *El actual poder de dirección...*, cit., p. 255.

1203 MERCADER UGUINA, J.R., *Derecho del trabajo, nuevas tecnologías y sociedad...*, cit., pp. 104-105.

1204 FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., *Las facultades...*, cit., pp. 78-79.

1205 DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ A.B., *Control informático...*, cit., p. 28.

1206 Piénsese por ejemplo en la prueba de una razonable sospecha de trato vejatorio a los compañeros, acoso u otro tipo de conductas igualmente graves.

1207 GOÑI SEIN, J.L., *La videovigilancia...*, cit., p. 41.

detalle, ha dado una respuesta a este asunto con el objetivo de reducir la grabación de los sonidos en el lugar de trabajo a supuestos claramente excepcionales.

En su momento, se comparó¹²⁰⁸ la doctrina de la STC 98/2000 en lo relativo a la grabación del sonido con la STS de 5 de diciembre del 2003¹²⁰⁹ que consideró lícitas las grabaciones aleatorias de las conversaciones telefónicas de los asesores comerciales con los clientes de una empresa del sector de comunicaciones¹²¹⁰. Se muestra como un ejemplo de las diferentes consecuencias que pueden resultar de la ponderación en el caso concreto. Así, la grabación de las conversaciones de los asesores se reputa como legítima porque se considera que es el único mecanismo (indispensable o necesario) para controlar la actividad laboral siempre que preserve la intimidad de los trabajadores (saben de antemano que van a ser escuchados y disponen de otro teléfono para sus comunicaciones personales)¹²¹¹. Aunque el asunto de los asesores comerciales se planteara ante los tribunales como una posible lesión al derecho a la intimidad, pensamos que ambos casos no son del todo equiparables. En realidad, la grabación de una conversación telefónica por un tercero es una interceptación de las comunicaciones privadas que vulnera directamente el derecho reconocido en el art. 18.3 CE¹²¹². Sin embargo, como ya se indicó, grabar las conversaciones generales o en directo, en las que no se emplea un medio de comunicación cerrado (teléfono, carta, correo electrónico...), no es un ataque a este derecho. Podría serlo, en su caso, al derecho a la intimidad.

Otra de las consecuencias de la STC 186/2000 fue, que aunque tuvo la virtud de introducir el juicio de proporcionalidad, se sobrevaloró su resultado final, la aceptación del empleo de las cámaras, conduciendo a la doctrina judicial a considerar como pauta general la admisibilidad de estos mecanismos. Sin embargo, esta Resolución, en realidad, no modificaba la doctrina de la anterior STC 98/2000, se trataba de valorar en cada caso el interés empresarial y el grado de afectación de los derechos del empleado en relación a las circunstancias concurrentes¹²¹³. Siendo supuestos dispares era razonable que su conclusión fuera opuesta.

1208 DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ A.B.: *Control informático...*, cit., pp. 28-29.

1209 Rec. núm. 52/2003.

1210 Doctrina jurisprudencial que servirá después de fundamento para resolver otros conflictos similares, como el de la STSJ de Cataluña, de 26 de enero de 2006 (Rec. núm. 3124/2005) sobre una actividad de promoción de productos a través de llamadas telefónicas o la STSJ de Andalucía, de 4 de septiembre de 2014 (Rec. núm. 1330/2014) en la que existían sospechas de una conducta irregular del trabajador en su atención a los clientes en la gestión de recobros a través del teléfono.

1211 La Sentencia aporta varias justificaciones. Por un lado, la empresa grababa las conversaciones telefónicas de los trabajadores con la finalidad exclusiva de controlar la buena realización del servicio porque la prestación laboral consistía precisamente en sus conversaciones con los clientes. Además, el teléfono en este caso se reputa como herramienta de trabajo para uso exclusivamente laboral porque disponían de otro terminal para sus conversaciones personales en el área de descanso. Igualmente, se acredita que era un sistema aleatorio de control, conocido por los trabajadores y cuya única finalidad era la mejora del servicio.

1212 Este es un derecho que además de la propia comunicación protege el proceso, así el Tribunal Constitucional ha destacado que la noción constitucional de secreto de la comunicación cubre no solo el contenido, sino también otros aspectos de la misma, como la identidad subjetiva de los interlocutores. Este derecho queda pues afectado tanto por la entrega de los listados de llamadas telefónicas por las compañías telefónicas como también por el acceso al registro de llamadas entrantes y salientes grabadas en un teléfono móvil (SSTC 230/2007, 142/2012, 241/2012, entre otras).

1213 GOÑI SEIN, J.L., *La videovigilancia...*, cit., p. 42.

Mayor crítica debe recibir el que a raíz de esta Resolución se impuso una normalización del uso del control oculto, sin la previa información a los afectados¹²¹⁴. Existen numerosas sentencias de este periodo que si bien aplicaban los criterios de ponderación, no reparaban¹²¹⁵ o no daban importancia a la transparencia o no de la vigilancia¹²¹⁶. Contra esta tendencia judicial, la doctrina laboralista reclamaba la previa información a los afectados como un requisito ineludible como regla general¹²¹⁷. A pesar del «olvido normativo» de esta exigencia, examinando esta problemática únicamente desde el derecho a la intimidad, se apelaba al principio general de buena fe como fundamento de ese deber empresarial inexcusable. Con todo, se admitía que quizás podían escapar de la prohibición del control clandestino situaciones excepcionales en las que la empresa tuviese razonables y fundadas sospechas de la comisión por parte de un trabajador de una conducta ilícita, especialmente grave, siempre que no existiera otra forma para evidenciar o descubrir este hecho. Pero en tales casos, no debían servir las meras apelaciones empresariales genéricas a la seguridad o a la necesidad de recabar pruebas que acreditaran determinadas irregularidades porque «¿qué empresario no tiene interés en asegurar que la conducta de los trabajadores no pone en riesgo la seguridad de las personas y de las cosas o en comprobar cómo desarrolla su trabajo?»¹²¹⁸. Una interpretación en esta clave llevaría a tolerar un uso indiscriminado y oculto de mecanismos de control audiovisual en los lugares de trabajo.

2.4.4. La insuficiencia del derecho a la intimidad para determinar el ámbito legítimo de control de las videocámaras y las limitaciones de la doctrina constitucional sobre el principio de proporcionalidad

A nuestro juicio, la protección alcanzada por los trabajadores a través de esta vía, valorar los conflictos sobre el empleo de la videovigilancia empresarial únicamente desde la posible vulneración del derecho a la intimidad, ha sido poco clara e insuficiente. Una de las primeras dificultades consiste en establecer el alcance de este derecho, pues, como sabemos, en general tiene un contenido impreciso y, además, parece que su extensión no puede ser la misma en la relación laboral que fuera de ella. Por ello, estipular cuándo las imágenes o las conversaciones captadas por estos sistemas se consideran parte de la vida privada de los trabajadores resulta complicado y en muchas ocasiones confuso. En la relación laboral, el juego del derecho a la intimidad como un ámbito de reserva frente a los demás, como un espacio secreto u oculto al conocimiento de terceros, tiende a valorarse de manera restrictiva al tratarse de una relación social con una dimensión preferentemente pública. Aunque el Tribunal Constitucional haya tratado de ampliar ese concepto tradicional para reconocer la vigencia de este derecho en los espacios públicos y, por tanto, en la relación laboral, esta noción más laxa, no ha tenido la bastante entidad para evitar

1214 DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ A.B., *Control informático...*, cit., p. 30.

1215 Algunos pronunciamientos ni siquiera se plantean la cuestión, así la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 27 de abril de 2004 (Rec. núm. 352/2004) en la que se instala una cámara oculta en una clínica odontológica para el control del cumplimiento del horario de una limpiadora o la STSJ de Murcia, de 10 de octubre de 2011 (Rec. núm. 408/2011) en la que se emplaza una cámara no informada en un despacho que compartían dos trabajadores para comprobar si uno de ellos registraba los efectos profesionales y personales del otro.

1216 Mucha de las sentencias que se refieren al control no informado lo justifican citando la breve argumentación de la STC 186/2000 relativa a la necesidad de garantizar la efectividad de la medida. Entre otras, STSJ de Andalucía, de 9 de marzo de 2001 (Rec. núm. 4256/2000) o STSJ de Canarias, del 3 de noviembre de 2011 (Rec. núm. 498/2011).

1217 Entre otros, MARTÍNEZ FONS, D., *El poder de control del...*, cit., p. 102, GOÑI SEIN, J.L., *El respeto a la esfera privada...*, cit., pp. 133-134 y FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., *Las facultades...*, cit., p. 58.

1218 GOÑI SEIN, J.L., *La videovigilancia...*, cit., p. 43.

que justificaciones empresariales genéricas o de escasa relevancia hayan legitimado el empleo de las cámaras, incluso de manera permanente.

No obstante, existen posiciones minoritarias en sentido contrario¹²¹⁹, que consideraron que la jurisprudencia constitucional sobre la intimidad en la relación laboral arrastró a gran parte de la doctrina científica a apostar por una concepción demasiado amplia de este derecho. No comparten que el empleo de la videovigilancia en sí pueda considerarse un sistema potencialmente lesivo que implique resolver los conflictos con la técnica de la ponderación. A la inversa, defienden la regla contraria: la mera captación de la imagen de los trabajadores cuando realizan la actividad laboral en un lugar público, siempre que sea conocida, no ha de reputarse lesiva a la intimidad¹²²⁰, salvo que concurren circunstancias muy concretas (relacionadas con las imágenes que se graban o con el lugar donde se filma, entre otras)¹²²¹.

También ha generado cierta incertidumbre y numerosas críticas¹²²² la aplicación del juicio de proporcionalidad por los tribunales, a pesar de la claridad en su formulación teórica¹²²³. No se ha asentado una doctrina uniforme que permita conocer con seguridad cuándo y cómo se pueden emplear las videocámaras ni en qué medida quedan afectados los derechos de los trabajadores¹²²⁴. Esta regla al operar como un mandato de optimización reduce el enjuiciamiento de la posible vulneración del derecho a un problema de peso donde el margen de subjetivismo¹²²⁵ y de discrecionalidad puede ser muy amplio, de manera que la decisión resulte por tanto impredecible, y, en ocasiones, contradictoria¹²²⁶. «Existe el riesgo de que en el proceso de aplicación el equilibrio

1219 DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ A.B., *Control informático...*, pp. 56 y ss.

1220 Aunque admiten que la continua grabación pueda producir otras consecuencias nocivas para la salud del trabajador como el estrés u otras perturbaciones psicológicas derivadas de un clima laboral más hostil *Supra*, p. 56.

1221 STJ Asturias de 30 de abril de 2004 (Rec. núm. 869/2008) que se refiere a un supuesto en el que el gerente había colocado unas mini-cámaras bajo las mesas de las administrativas para poder ver y grabar zonas íntimas de su cuerpo.

1222 En este sentido, ÁLVAREZ ALONSO, D., «Modulación laboral de los derechos fundamentales, ponderación y principio de proporcionalidad. ¿Un paradigma en retroceso?», cit., pp. 8 y ss., APARICIO TOVAR, J., «Los derechos fundamentales y el juicio de proporcionalidad degradados a mera retórica», *Revista de Derecho Social*, nº 64, 2013, pp. 135-144, GOÑI SEIN, J. L., «Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad», *Revista de Derecho Social*, nº 32, 2005, pp. 84 y ss. y *La videovigilancia empresarial y la protección de datos...*, cit., pp. 44 y ss. También sobre las debilidades del principio de proporcionalidad para solventar los conflictos entre el poder empresarial y los derechos fundamentales, véase, SANGUINETI RAYMOND, W., «Derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales», *Relaciones Laborales*, nº 21-22, 2012, pp. 21 y ss.

1223 De igual parecer, sobre la aplicación del «inseguro» principio de proporcionalidad RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Innovación tecnológica y productividad empresarial: posibilidades y límites en un contexto económico de crisis», cit., p. 9.

1224 GOÑI SEIN, J.L., *La videovigilancia...*, cit., p. 44.

1225 DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ A.B., *Control informático...*, cit., p. 22.

1226 Una muestra de ello son los diferentes resultados que se alcanzan en supuestos prácticamente idénticos. Así, sobre el despido de dos vigilantes nocturnos del mismo Museo que habían sido controlados por videocámaras, la STSJ de Galicia 30 de noviembre de 2001 (Rec. núm. 5319/2001) lo declarará nulo por lesión al derecho a la intimidad al considerar que existían otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes al derecho; mientras la STSJ de Galicia, de 20 de marzo de 2002 (Rec. núm. 6296/2001), argumentando que no había otra medida más moderada para conseguir dicho propósito, lo calificará de procedente.

de la balanza se incline en función de apreciaciones subjetivas: se magnifica la lesión de un derecho y se minimiza la restricción del otro con medidas que pueden variar en cada caso»¹²²⁷.

Sin embargo, a nuestro entender, ello obedece a una falta de rigor en su aplicación al caso concreto. La doctrina judicial ha convertido en muchos casos el juicio de idoneidad en una pregunta retórica. Basta para superarlo con que la medida de control empresarial sea susceptible de conseguir el objetivo perseguido sin entrar a valorar la relevancia o no del interés empresarial. Como ya justificamos en otro momento, la intrusión que suponen estos sistemas, exige que sea una medida especial y se fundamente en una causa concreta primordialmente relevante¹²²⁸. No es suficiente apreciar que la decisión no sea manifiestamente irracional, arbitraria o caprichosa y que posea una utilidad para la parte empresarial. Esta desconexión del juicio de idoneidad de la valoración de la legitimidad e importancia del interés de la empresa es la que ha desencadenado la admisibilidad de estos sistemas de control para objetivos que tienen una importancia bien desigual¹²²⁹.

Asimismo, la aplicación judicial del juicio de necesidad ha quedado minimizada en numerosas ocasiones al poner el acento en la ausencia de medidas de «igual eficacia». Con esta formulación se antepone la eficiencia del medio frente a su potencialidad lesiva para los derechos de la parte trabajadora. Además, puesto que es difícil que existan sistemas alternativos tan efectivos como las videocámaras, los tribunales, de nuevo, han legitimado su empleo con gran generosidad. Los reales efectos limitativos de esta regla se alcanzarían con un criterio menos excluyente como podría ser el de la viabilidad de la medida¹²³⁰. Con él, hay que cuestionarse si existen medios menos incisivos para los derechos de los trabajadores que pueden alcanzar el mismo objetivo, aunque no resulten igual de eficientes. Para ello, los tribunales deberían exigir la prueba sobre la ausencia de otros medios, aparatos o sistemas alternativos no tan potencialmente lesivos para los derechos de los trabajadores controlados¹²³¹.

También se aprecia que en sede judicial, en la mayoría de las ocasiones, se prescinde de la aplicación al caso concreto del juicio de proporcionalidad en sentido estricto¹²³², conforme al cual se ha de someter la videovigilancia a «un juicio ponderado de medio a fin»¹²³³ donde se valoren realmente las ventajas y desventajas que se derivan de su implantación. Si esta tercera regla se empleara de manera efectiva se deberían examinar los sacrificios que se generan para el derecho del trabajador, valorando si son excesivos en comparación con la satisfacción del concreto interés empresarial. Creemos que el empleo real de este elemento llevaría al rechazo como norma general

1227 DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ A.B., *Control informático...*, cit., pp. 22-23.

1228 GOÑI SEIN, J.L., «Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial...» cit., p. 85.

1229 En este sentido, la STSJ de Murcia, 3 de febrero de 2003 (Rec. núm. 59/2003) estima la legitimidad de la videovigilancia para fiscalizar el uso incontrolado de los aseos eludiendo los sistemas de ficha y turno.

1230 GOÑI SEIN, J.L., «Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?», cit., p. 60.

1231 *Supra*, cit., p. 93.

1232 SANGUINETI RAYMOND, W., «Poderes empresariales y derechos de la persona del trabajador: el difícil equilibrio», cit., p. 5.

1233 TERRADILLOS ORMAETXEA, E., «El principio de proporcionalidad como instrumento de ponderación entre derechos y como límite a la restricción del ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores en base a la existencia de un interés empresarial», *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, nº 5, 2004, p. 18.

de los mecanismos de control generalizado, continuo o indiscriminado¹²³⁴. Esta tercera pauta también implicaría apreciar la moderación en el caso concreto. De esta manera, si para alcanzar la causa digna de tutela, basta con la captación de las imágenes, se ha de rechazar su grabación; o si es suficiente con la toma y grabación de la imagen, se ha de desechar la grabación del sonido; o si basta con una captación temporal, se ha de excluir la permanente. En definitiva, se trata de medir en cada situación si la intensidad de la modulación impuesta al derecho fundamental de los trabajadores se justifica por la relevancia del beneficio que logra la empresa y no deriva en un recorte excesivo de aquel en relación a la consecución de unos objetivos de importancia menor¹²³⁵.

2.5. Un cambio de rumbo. El examen de la videovigilancia desde la perspectiva del derecho a la protección de datos de carácter personal. El derecho a la protección de datos personales como límite al empleo de sistemas de videovigilancia

2.5.1. La aplicación de la normativa de protección de datos a la videovigilancia laboral. El tratamiento de la imagen

A partir de la STC 29/2013, y de la posterior STC 39/2016, que analizaremos próximamente, habrá un cambio importante en la doctrina judicial. La mayoría de los conflictos sobre el empleo de la videovigilancia en la empresa pasarán a enjuiciarse valorando el respeto o la afectación al derecho a la protección de datos personales de los trabajadores¹²³⁶, abandonando la trascendencia que hasta ese momento se le había otorgado al derecho a la intimidad.

Desde hacía tiempo¹²³⁷, la doctrina científica había puesto de manifiesto que frente al empleo de videocámaras por parte de la empresa se debía tener en cuenta la afectación a este derecho.

1234 Salvo que existiera una causa extraordinaria que lo justificara, generalmente relacionada con la seguridad.

1235 ÁLVAREZ ALONSO, D., «Modulación laboral de los derechos fundamentales, ponderación y principio de proporcionalidad...», cit., p. 10.

1236 Para un estudio sobre la aplicación de este derecho en el ámbito laboral véase, entre otros, CARDONA RUBERT M.B., *Informática y contrato de trabajo...*, cit., FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Utilización y control de datos laborales automatizados*, cit., GOÑI SEIN, J.L., «Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos...», cit., p. 49-87, TASCÓN LÓPEZ, R., *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores: (análisis del estado de la cuestión)*, Civitas, Madrid, 2005, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores, nuevas perspectivas*, Bomarzo, Albacete, 2009. Recientemente PRECIADO DOMÈNECH, C. H., *El derecho a la protección de datos en el contrato de trabajo: adaptado al nuevo Reglamento 679/2016, de 27 de abril*, cit., MERCADER UGUINA, J.R., *Protección de Datos en las Relaciones Laborales*, cit., y GOÑI SEIN, J.L., *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa*, Bomarzo, cit.

1237 Uno de los principales precursores de la aplicación de los principios de la protección de datos a la videovigilancia empresarial ha sido GOÑI SEIN J.L., «Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidades y fisuras del principio de proporcionalidad», cit., pp. 84 y ss., posteriormente en *La videovigilancia empresarial...*, pp. 44 y ss. También se pueden destacar como defensores de esta tesis a TASCÓN LÓPEZ, R., *El tratamiento por la empresa de los datos personales de los trabajadores. Análisis del estado de la cuestión*, cit. y «El lento (pero firme) proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial en la era tecnológica», *Aranzadi Social*, nº 5, 2007 (BIB 2007\3032), RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *El derecho a la protección de datos personales...*, cit., pp. 90 y ss. y ORTIZ LALLANA, M.C., «Derechos fundamentales y relación laboral», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 13, 1998, pp. 38 y ss., entre otros.

Sin embargo, en los tribunales, su alegación por los interesados era francamente escasa. Acaso esta ausencia se debía principalmente a dos factores: por un lado, a la falta de conocimiento de las garantías que ofrecía esta normativa relativamente nueva, y, por otro, a la ausencia de una regulación específica laboral.

Como se sabe, la norma laboral se ha caracterizado por eludir la concreción de los derechos no específicamente laborales de la parte trabajadora. Únicamente se cuenta con remisiones genéricas a la protección de la intimidad y la dignidad de los trabajadores. Por ello, la protección de los datos personales en el ámbito laboral, tal y como ocurre con otros derechos fundamentales, viene de la mano de su regulación constitucional¹²³⁸ y de la aplicación de la normativa de desarrollo de régimen común¹²³⁹. Pero esta regulación interna ha ido evolucionando por el empuje de la normativa internacional, europea y del Derecho Comunitario¹²⁴⁰, que han mostrado un especial interés en el establecimiento de un marco de garantías que contribuya a la protección de los derechos y libertades individuales en esta materia. La evolución imparable de las nuevas tecnologías que permiten someter a tratamiento datos de todo tipo, en cualquier momento y lugar, dentro de un mundo globalizado caracterizado por la facilidad para las transferencias de información, ha reactivado esta necesidad de una especial tutela por las normas internacionales y supranacionales.

Así, el 25 de mayo del 2018 entró en vigor la nueva normativa europea, el RGPD, estando todavía en tramitación el PLOPD que adaptaría nuestro derecho a los mandatos ya vinculantes del marco europeo por medio de la LOPDGDD. Hemos asistido por tanto a un momento complejo que ha obligado a coordinar la aplicación directa de las disposiciones del RGPD con una normativa interna por depurar y una futura reglamentación a valorar¹²⁴¹.

1238 La protección constitucional se encuentra en el artículo 18.4 del texto fundamental que de manera instrumental establece que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, siguiendo las orientaciones del derecho internacional fue construyendo un nuevo derecho.

1239 Recuérdese que la primera regulación estatal fue la LO 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento de los Datos de Carácter Personal (LOARTAD). Poco después, la aprobación de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, obligó a adaptar la legislación española. Esto, se llevó a cabo en 1999 con la aprobación de la LO 15/99, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que tendrá un desarrollo reglamentario muy tardío por medio del RD 1720/2007 de 21 de diciembre.

1240 Como antecedentes normativos en el ámbito europeo, además de la Directiva 95/46, tiene especial importancia el Convenio 108 del Consejo de Europa, sobre la protección frente al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, que España suscribió en 1984 mediante Instrumento de 27-1-1984, BOE 15 de noviembre de 1985.

En el plano internacional también se debe destacar la importante labor de la OIT, y, en concreto se ha de citar, aunque no sea una normativa vinculante, el Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT, de octubre de 1996, sobre protección de los datos personales de los trabajadores (se puede consultar en <www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1997/97B09_118_span.pdf>). En él se enumera un catálogo de principios generales sobre esta materia y se recogen disposiciones concretas sobre el acopio, la conservación, el almacenamiento, el uso y la comunicación de los datos personales. Se debe resaltar que en el repertorio se declara que sus principios son aplicables a la vigilancia empresarial (ver Preámbulo y Apartado 3.3).

1241 Sobre la aplicación del RGPD al ámbito de las relaciones de trabajo colectivas, MERCADER UGUINA, J. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Protección de datos y relaciones colectivas», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 423, 2018, pp. 63 y ss.

Mayor problemática se ha suscitado en el ámbito laboral. El art. 88 del RGPD obligaba¹²⁴² al Estado español a adoptar antes del 25 de mayo de 2018 una normativa con garantías específicas para las relaciones de trabajo. El precepto tiene la virtud de extender sin duda alguna los derechos y la protección de la norma a las relaciones laborales pero contempla la necesaria modalización o adaptación de tales reglas a las peculiaridades de este ámbito. Como se aprecia de su lectura¹²⁴³, hay una llamada expresa a los Estados Miembros para que, bien a través del poder legislativo o de los agentes sociales¹²⁴⁴, especifiquen la protección de este derecho en la mayoría de las materias de la relación laboral: contratación, ejecución del contrato laboral, gestión, planificación y organización del trabajo, igualdad y diversidad en el lugar de trabajo, salud y seguridad en el trabajo, protección de los bienes de empleados o clientes, así como a efectos del ejercicio y disfrute, individual o colectivo, de los derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la extinción de la relación laboral.

Hasta su reforma, la norma común interna (LOPD LO 15/99) no contemplaba de manera específica la sujeción de la videovigilancia laboral¹²⁴⁵ a sus garantías. Sin embargo, el párrafo 2º del

1242 GOÑI SEIN, J.L. entiende que aunque del tenor literal del precepto pueda interpretarse que únicamente se faculta a los Estado a legislar sobre la materia, se trata de un mandato al legislador y a los agentes sociales «Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento europeo de protección de datos de 2016», *Revista de Derecho Social*, nº 78, 2017, p. 22 y en *La nueva regulación europea y española de protección...*, cit., p. 27. Comparte la misma idea, MIÑARRO YANINI, M., «Impacto del Reglamento Comunitario de Protección de Datos en las relaciones laborales: un –pretendido– “cambio cultural”», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 423, 2018, p. 10.

1243 «1. Los Estados miembros podrán, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, establecer normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral, en particular a efectos de contratación de personal, ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por el convenio colectivo, gestión, planificación y organización del trabajo, igualdad y diversidad en el lugar de trabajo, salud y seguridad en el trabajo, protección de los bienes de empleados o clientes, así como a efectos del ejercicio y disfrute, individual o colectivo, de los derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la extinción de la relación laboral.

2. Dichas normas incluirán medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana de los interesados así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales, prestando especial atención a la transparencia del tratamiento, a la transferencia de los datos personales dentro de un grupo empresarial o de una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo.

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

1244 Véase, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., «El protagonismo del convenio colectivo en el nuevo reglamento de protección de datos», *Revista de Información Laboral*, nº 6, (BIB 2018\10336).

1245 No obstante, la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada cuando regula en el artículo 42 los servicios de videovigilancia a través de cámaras o videocámaras capaces de grabar imágenes o sonidos recuerda que el empleo de estos dispositivos estará también sometido a lo previsto en la normativa de protección de datos de carácter personal y dispone que serán de aplicación los principios de proporcionalidad, idoneidad e intervención mínima.

En el caso de la videovigilancia pública, tanto el art. 2.3 LOPD como el art. 2.2 de la LO 4/1997 prevén la aplicación de la normativa de protección de datos. Actualmente, con la aprobación de la Directiva (UE) 2016/680, todo tratamiento de datos por parte de las autoridades con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales quedará sometido a la legislación que se apruebe como transposición de esta norma comunitaria (Véase art. 22.6 del LOPDGD, en igual sentido).

artículo 88 RGPD hace una mención especial a «los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo» para que se adopten las medidas adecuadas de respeto a la dignidad, a los intereses legítimos y a los derechos fundamentales de los interesados. Inicialmente parecía que la nueva normativa iba a incumplir este mandato porque el texto del PLOPD contenía muy pocas referencias al ámbito de trabajo¹²⁴⁶ y solo había dedicado un apartado al empleo de cámaras con finalidad laboral¹²⁴⁷. Sin embargo, tras el trámite de aceptación de enmiendas¹²⁴⁸, se ha incorporado un nuevo Título en el que junto a otros derechos de los trabajadores¹²⁴⁹, se regula de manera específica el derecho a la intimidad de los empleados frente al uso de dispositivos de videovigilancia y la grabación de sonidos en el lugar de trabajo en el art. 89.

Aunque actualmente desde el punto de vista normativo sea incuestionable que la videovigilancia laboral puede implicar un tratamiento de datos de carácter personal, el camino recorrido hasta aquí no ha sido tan sencillo. Como se sabe, para ello son precisos dos elementos, en primer término, que la imagen (o la voz) sea considerada como un dato personal y, en segundo lugar, que se estime que las acciones llevadas a cabo constituyen jurídicamente un tratamiento. Así, el artículo 2 de LOPD disponía que la protección establecida en esta norma alcanza a «los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento» y se extiende «a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado».

A. La imagen como dato personal

Aunque la LOPD anterior no citara expresamente la imagen o la voz de una persona como datos de carácter personal, se entendía que ambos aspectos quedaban incluidos en la definición general que recogía el art. 3 a), «cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables» puesto que tanto la apariencia física como el sonido de la voz de cada individuo son algunas de las circunstancias que precisamente facilitan mejor su identificación.

Además, el art. 5.1 f) del RD 1720/2007, de desarrollo de la LO 15/1999, clarificaba esta cuestión al definir como dato de carácter personal «cualquier información numérica, alfabética,

1246 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «El derecho a la protección de datos personales en el contrato de trabajo: reflexiones a la luz del Reglamento europeo 2016/679», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 423, 2018, p. 26.

1247 Se incluía en el art. 22 que regula el uso de videocámaras por razones de seguridad. Era el Apdo. 5º que disponía que:

«Los empleadores podrán tratar los datos obtenidos a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores previstas en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. Los empleadores habrán de informar a los trabajadores acerca de esta medida.

En el supuesto de que las imágenes hayan captado la comisión flagrante de un acto delictivo, la ausencia de la información a la que se refiere el apartado anterior no privará de valor probatorio a las imágenes, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran derivarse de dicha ausencia.»

1248 Las muchas enmiendas presentadas por los grupos y el contenido totalmente dispar de las mismas, desvelan que se trata de una cuestión harto polémica que ha ralentizado la tramitación de la norma MIÑARRO YANINI, M., «Impacto del reglamento comunitario de protección de datos en las relaciones laborales...», cit., pp. 14-15.

1249 También se regula el derecho a la desconexión digital y la protección de la intimidad de los trabajadores en los controles de los dispositivos digitales puestos a su disposición por la empresa y en el uso de los sistemas de geolocalización.

gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables». Este también ha sido el parecer de la Agencia Española de Protección de Datos en las distintas decisiones que se han ido adoptando sobre esta materia: el Informe jurídico sobre videovigilancia en el lugar de trabajo¹²⁵⁰, la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras¹²⁵¹ y otras Resoluciones en materia sancionadora¹²⁵².

Actualmente el RGPD, de manera más precisa que la norma anterior¹²⁵³, al definir en el artículo 4 los datos personales como «toda información sobre una persona física identificada o identificable», enumera de manera ejemplificativa varios elementos de los que directa o indirectamente se pudiese desvelar el reconocimiento de la persona. Entre ellos, se incluyen «los propios de la identidad física, fisiológica o genética».

En todo caso para que las imágenes sean consideradas como información personal deben permitir la distinción de las personas que en ellas aparecen. En efecto, la normativa de protección de datos no se aplica a las imágenes o sonidos «despersonalizados» o «disociados», esto es, a los datos que no pueden relacionarse con una persona determinada o determinable¹²⁵⁴. De todas formas, y en lo que atañe a la videovigilancia laboral, la toma o grabación de la imagen de los trabajadores «casi siempre suele permitir esta identificación, al ser grabados en su lugar

1250 Este informe se emite en el año 2001 para responder a la consulta de una entidad sobre si resultaba conforme a lo establecido en la LOPD la instalación de varias cámaras para el control de la actividad de los trabajadores. Como paso previo a la contestación la Agencia se plantea si las imágenes que graba la videocámara pueden considerarse como un dato personal a efectos de aplicar la normativa y resuelve que «solo podrán ser consideradas datos de carácter personal en caso de que las mismas permitan la identificación de las personas que aparecen en dichas imágenes» y que «en supuestos en que las imágenes se tomaran del lugar de trabajo sí se produciría dicha identificación, dado que siempre aparecerían en las mismas los trabajadores de la empresa en su lugar de actividad (lo que les hace perfectamente identificables)».

1251 Véase, 3º párrafo E.M.

1252 Destacamos en concreto alguna de las que se refieren a la videovigilancia empresarial del trabajador donde se afirma que la imagen del trabajador es un dato de carácter personal, Resolución de 10 de diciembre de 2004 (PS/ 00109/2004- R/00681/200) 4 y Resolución de 9 de febrero de 2009 (PS/00519- R/01823/2008).

1253 Respecto a la interpretación de esta problemática en la norma anterior, tuvo gran relevancia el Dictamen 4/2007, de 20 de junio, sobre el concepto de datos personales elaborado por el Grupo de Trabajo del art. 29. Además esta ha sido la interpretación del TJUE, véase en este sentido la Sentencia del 11 de diciembre del 2014 (C-212/13).

1254 El nuevo Reglamento habla de las técnicas que podrían garantizar este objetivo. Se arbitra la posibilidad de utilizar la «seudonimización» sistema de tratamiento de los datos personales que consigue que no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar una información adicional que debe figurar por separado. Pero incluso, si existiese una probabilidad razonable de que exista un intento de identificación, los datos quedarían sometidos a esta normativa.

Como aclara el Considerando nº 26 del Reglamento, no se debe confundir este instrumento con la «anonimización» de los datos, relativo a la información que no guarda relación alguna con una persona física o que convierte los datos en anónimos para que el interesado no sea identificable o pueda dejar de serlo. Solo en estos casos, no resultaría en absoluto de aplicación la normativa de protección de datos. GUILLÉN CATALÁN, R, «La vulneración de la protección de datos en las redes sociales», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 45, 2017, pp. 45 y ss.

En cumplimiento de esta normativa el TJUE ha indicado en un comunicado de prensa (29/06/2018) que a partir del 1 de julio de 2018 en los asuntos en los que se hallen implicadas personas físicas los datos personales serán anonimizados. <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-06/cp180096es.pdf>> (consultado en diciembre de 2018).

de actividad (lo que les hace perfectamente identificables)»¹²⁵⁵. Podrían ser una excepción las imágenes de mala calidad, poco nítidas, realizadas a bastante distancia o pixeladas salvo que utilizando otros datos (lugar, horario) se pudiese acceder al conocimiento de la identidad.

Los tribunales también han valorado que las imágenes obtenidas por las videocámaras han de entenderse como datos de carácter personal, cuestión que ha ratificado la primera Sentencia del TC¹²⁵⁶ que ha valorado la videovigilancia como medida de control empresarial en atención al amparo de este derecho. Esta Resolución, aludiendo a la aplicación de la mayoría de las normas que acabamos de referir¹²⁵⁷ valora que las imágenes captadas o grabadas a través de estos sistemas constituyen datos de carácter personal¹²⁵⁸, protegidos por el art. 18.4 CE.

B. La existencia de un tratamiento de datos

En lo que respecta a la segunda exigencia, que la información sea objeto de un tratamiento, requisito que contemplaba el artículo 2.1 de la LOPD¹²⁵⁹, se regula ahora con mayor precisión en el art. 4.2 del RGPD, que realiza una enumeración de una variada gama de actividades. Así, se entiende por tratamiento «cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción».

Empero, la interpretación de qué era un «tratamiento de datos» bajo la normativa anterior planteó ciertas dudas en relación a determinadas acciones. Si atendemos al artículo 3 c) de la LOPD, donde se definía expresamente qué se consideraba como tratamiento¹²⁶⁰, este se refería tanto al automatizado como al manual y podía implicar bien una actividad dinámica, que supone la conexión de los datos entre sí, o bien, una actividad más estática, de simple recogida, almacenamiento o archivo¹²⁶¹.

1255 Como ya expresaba el Informe jurídico sobre videovigilancia en el lugar de trabajo de la AEPD.

1256 STC 29/2013.

1257 Véase FJ 5º.

1258 (FJ 5º) «Está fuera de toda duda que las imágenes grabadas en un soporte físico, como ha ocurrido en el caso de autos, constituyen un dato de carácter personal que queda integrado en la cobertura del art. 18.4 CE, ya que el derecho fundamental amplía la garantía constitucional a todos aquellos datos que identifiquen o permitan la identificación de la persona y que puedan servir para la confección de su perfil (ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole) o para cualquier otra utilidad que, en determinadas circunstancias, constituya una amenaza para el individuo (...) lo cual, como es evidente, incluye también aquellos que facilitan la identidad de una persona física por medios que, a través de imágenes, permitan su representación física e identificación visual u ofrezcan una información gráfica o fotográfica sobre su identidad».

1259 «La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado».

1260 «A los efectos de la presente Ley Orgánica se entenderá por (...) Tratamiento de datos: operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencia».

1261 En este sentido, DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B., *Control informático, videovigilancia y protección de datos...*, cit., p. 62.

Pero la alusión del art. 2.1 a «los datos de carácter personal registrados en soporte físico» planteó cierta polémica en relación a si era necesario o no que los constituidos por imágenes y sonidos estuviesen almacenados y grabados en un fichero. La solución de este asunto afectaba directamente a aquellos sistemas de videovigilancia que no guardan las imágenes sino que se limitan a reproducirlas, como sucede con los circuitos cerrados de televisión controlados mediante visualización en la pantalla o con otros instrumentos que insertan en Internet imágenes por medio de una sucesión de fotos fijas sin conservarse en archivo alguno.

Además, diversos autores concebían el tratamiento como un conjunto organizado de datos, que aparte de estar registrado en un soporte físico, debía de haber seguido un sistema de organización o almacenamiento que permitiese buscar las imágenes a través de otros datos (fecha, lugar u otros). Se estimaba incluso que la mera grabación de imágenes en una cinta de vídeo no representaba un tratamiento de datos porque lo decisivo era, conforme al artículo 3 de la anterior LOPD, que lo filmado obedeciese a una ordenación determinada que permitiese buscar la información fácilmente según criterios específicos¹²⁶².

Esta interpretación, aunque avalada por el tenor literal del art. 2.1 LOPD y por la finalidad de la Directiva¹²⁶³, no coincidía con el parecer de la AEPD que, conforme a su Instrucción 1/2006 de 8 de noviembre¹²⁶⁴, incluía como operaciones protegidas: «la grabación, captación, transmisión, conservación, y almacenamiento de imágenes, incluida su reproducción o emisión en tiempo real, así como el tratamiento que resulte de los datos personales relacionados con aquellas» (art. 1.1)¹²⁶⁵. Para solucionar esta controversia, tuvo enorme incidencia la ya citada SAN 24-1-2003¹²⁶⁶ que resolvió el caso del Diario Marca sobre la colocación de unas cámaras fotográficas que recogían las imágenes de los trabajadores y las volcaban en Internet, renovándose de manera automática cada quince segundos¹²⁶⁷. La Sentencia confirmará que el tratamiento no requiere de la conservación de los datos sino que basta con su recogida o su grabación. Además se alude a que la emisión de las imágenes a través de Internet también «conlleva su cesión o la puesta de

1262 ARZOZ SANTIESTEBAN, X, *Videovigilancia, seguridad ciudadana...*, cit., p. 140. Del mismo parecer, ACED FÉLEZ, E., afirma que la recogida de datos mediante la grabación de imágenes o sonidos tiene que ser relevante y para ello es necesario que los dispositivos graben las imágenes y las conserven durante un tiempo que permita su disponibilidad, «La protección de datos personales y la videovigilancia», *Datospersonales.org: La Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, n.º. 5, 2003.

1263 Así, en su Considerando (15) se afirmaba que «los tratamientos que afectan a dichos datos solo quedan amparados por la presente Directiva cuando están automatizados o cuando los datos se encuentran contenidos o se destinan a encontrarse en un archivo estructurado según los criterios específicos relativos a las personas, a fin de que se pueda acceder fácilmente a los datos de carácter personal de que se trata».

1264 En este sentido, ver también AEPD, *Guía de la videovigilancia*, 2009, pp. 11 y 46.

1265 Otra cosa es que la propia Instrucción establezca que no se considerará como fichero el tratamiento que consista exclusivamente en la reproducción o emisión de imágenes en tiempo real. Es decir, en estos casos no existe la obligación de inscripción, pero al producirse un tratamiento de datos se han de cumplir el resto de los deberes que establece la normativa.

1266 (Sala de lo Contencioso) (Rec. núm. 400/2001).

1267 En concreto, en la planta destinada a la redacción del periódico se había instalado una cámara, denominada *webcam*, que recogía una imagen en forma de fichero con formato de imagen o fotografía cada quince segundos y la depositaba en el servidor de Internet ubicado en la empresa, de forma que cada imagen borraba la anterior. La transmisión de las imágenes a través de Internet mediante sucesión de fotos fijas se produce durante las 24 horas del día todos los días de la semana y su única finalidad era reflejar el movimiento y la actividad de la redacción. A estas imágenes se podía acceder libremente desde la página <www.marca.es/webcam>.

las mismas a disposición a un destinatario múltiple e indeterminado, lo que supone tratamiento de datos» (FJ 3º).

Con el RGPD queda confirmada esta orientación puesto que conforme al artículo 2.1 será de aplicación «al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero» (previsión recogida en el art. 2.1 de la LOPDGDD). Es decir, se protege el tratamiento tanto automatizado como manual, siempre que en este caso los datos se incluyan o estén destinados a incorporarse a un fichero. Además, como vimos, el art. 4.2 RGPD, aunque no realiza una enumeración cerrada, extiende esta calificación a la mayoría de las acciones imaginables. Tal y como precisa el Considerando (15), con ello se pretende alcanzar unas mayores garantías a través de una protección «tecnológicamente neutra» que no dependa de los procedimientos o métodos utilizados «a fin de evitar que haya un grave riesgo de elusión».

No obstante, aún existen consultas sobre la misma cuestión. Así, la AEPD ha emitido recientemente dos informes jurídicos en los que ratifica la aplicación del RGPD a la videovigilancia o a la instalación de cámaras en tiempo real reafirmando ante nuevas dudas y consultas que existe un tratamiento de datos de carácter personal aunque las imágenes no queden grabadas¹²⁶⁸.

2.5.2. Las exigencias a cumplir en la videovigilancia conforme a la normativa de protección de datos

El RGPD ha supuesto un cambio de cultura¹²⁶⁹ en la protección de los datos personales al introducir nuevos principios como la transparencia o la responsabilidad «pro activa» que impregnan toda la normativa y derivan en nuevas exigencias y en un incremento de las garantías y los derechos de los interesados. Como observaremos, la proyección de esta regulación a los sistemas empresariales de control, ha de propiciar un cambio en el tratamiento que los tribunales internos han dado en los últimos tiempos a esta problemática.

Los resultados «inquietantes»¹²⁷⁰ de la doctrina constitucional sobre el control tecnológico de los trabajadores exigen no solo una relectura a la luz de estos principios sino también un ajuste a la interpretación que ha realizado el TEDH en sus últimas sentencias sobre el contenido y las garantías de respeto de la vida privada de los trabajadores en la empresa. Algunas de estas exigencias han sido tomadas en cuenta en la nueva regulación que sobre esta materia ha realizado la LOPDGDD.

1268 Véase, los informes jurídicos de la AEPD sobre sendas consultas «Videovigilancia en tiempo real» y «Cámaras en tiempo real» en <www.aepd.es/media/informes/informe-juridico-rgpd-videovigilancia-tiempo-real.pdf> y <www.aepd.es/media/informes/informe-juridico-rgpd-cameras-en-tiempo-real.pdf> (consultando diciembre de 2018)

1269 MERCADER UGUINA, J., «Protección de datos y relaciones laborales: apuntes prácticos sobre la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/679 (1)», *Trabajo y Derecho*, nº 41, 2018, p. 113.

1270 GOERLICH PESET, J.M., «Protección de la privacidad de los trabajadores en el nuevo entorno tecnológico: Inquietudes y paradojas», cit., p. 126.

A. El conocimiento y el consentimiento de los afectados. La excepcionalidad del control oculto

a. El consentimiento de los trabajadores

En el derecho a la protección de datos personales, entendido como el poder de control sobre la información, son fundamentales las obligaciones de hacer que se imponen a los terceros o a los responsables del tratamiento¹²⁷¹. El sistema de tutela se vertebra a través de dos elementos principales, la aceptación a la obtención los datos para su tratamiento y la previa información de la finalidad de su recogida y destino, así como de los derechos y garantías de los que se dispone ante esta acción. El consentimiento de los afectados y la información previa del responsable se unen así, en una especie de –consentimiento informado–, que como regla general es el que legitima su tratamiento.

La aceptación del interesado es sin duda la piedra angular que define todo el régimen¹²⁷² y uno de los elementos configuradores de la autodeterminación informativa¹²⁷³. Si el derecho consiste en la disposición y control de los datos, el beneplácito del afectado para su recogida, tratamiento, cesión o uso por los demás ha de considerarse primordial. Por ello, a salvo de las excepciones¹²⁷⁴ que contemple la norma se trata de un requisito previo ineludible (art. 6.1 LOPDGDD) de tal intensidad que se reconoce a su vez la facultad de retirarlo en cualquier momento y con la misma facilidad que se ha prestado (art. 7.3 RGPD).

Este elemento aún cobra mayor relevancia en el RGPD. Ahora se contempla en el art. 6.1 a) como el primero de los presupuestos que legitiman el tratamiento de la información personal. Además se le dota de una mayor certeza, añadiendo a los requisitos de la normativa anterior – libre, informado y específico– su carácter inequívoco. Para ello se precisa de una declaración del interesado o de una acción positiva (art. 4.11 RGPD y art. 6.1 LOPDGDD), a fin de eliminar la posibilidad de una oposición tácita. Igualmente, en cumplimiento del principio de responsabilidad proactiva¹²⁷⁵ (art. 5.2 RGPD), se atribuye al responsable del tratamiento la prueba de que la aceptación ha contado con estos requerimientos (art. 7.1 RGPD).

Pero como señalábamos, la normativa admite diferentes situaciones en las que no se precisa el consentimiento de los interesados. Aunque ello no afecte a su efectividad, si antes se contemplaban como excepciones a la aceptación (art. 6 LO 15/99), ahora el RGPD las incluye junto a esta entre las condiciones que dotan de licitud al tratamiento como circunstancias autónomas. Dos de las que se reiteran en la nueva norma comunitaria, son las que se han venido aplicando en el ámbito laboral para eludir la obligación de recabar el consentimiento de los trabajadores¹²⁷⁶.

1271 ARBONÉS LAPENA, H.I., «Grabación de imagen o sonido y control del correo electrónico por el empresario», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 178, 2015, p. 3.

1272 DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B., *Control informático...*, cit., p. 104.

1273 STC 292/2002.

1274 No obstante, las excepciones son tan numerosas que este principio ha quedado desvirtuado TASCÓN LÓPEZ, R., *El tratamiento por la empresa...*, cit., p. 107.

1275 Toda la regulación está inspirada en la regla de que es el responsable del tratamiento el que debe aplicar las medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con la normativa.

1276 Para un estudio más concreto, véase PRECIADO DOMÈNECH, C.H., *El derecho a la protección de datos de en el contrato de trabajo*, cit..

La primera se refiere a que el tratamiento sea necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable (art. 6.1 c) RGPD), exigiendo el art. 8 de la LOPDGDD que esta se prevea en una norma de Derecho de la Unión Europea o en una norma con rango de ley. Sirva como ejemplo de este supuesto, entre otros muchos, la necesidad de recabar los datos personales para aplicar en la nómina la retención de IRPF o la obligación de entregar la copia básica del contrato laboral a los representantes de los trabajadores¹²⁷⁷.

La segunda prescinde del consentimiento cuando los datos sean necesarios para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales (art. 6.1 b) RGPD). Adviértase que ya no se alude de forma expresa en este precepto¹²⁷⁸ a la relación laboral¹²⁷⁹. Esta excepción sumada a la amplia previsión del anterior art. 6.1 de la LOPD que requería el consentimiento «salvo que la ley disponga otra cosa», condujo a la mayoría de la doctrina laboral¹²⁸⁰ a considerar que en la videovigilancia laboral el consentimiento de los trabajadores ha de entenderse implícito. Con la celebración del contrato, los trabajadores aceptan la sujeción al poder de dirección y de organización y a las facultades control de la empresa. El ejercicio de esta fiscalización si, como en el caso de la videovigilancia, supone un tratamiento de los datos, se ha de estimar que va dirigido al «cumplimiento del contrato» y, de ahí, que no precise la aceptación del personal. Además, puesto que son posibles otras salvedades legales, se reconoce al art. 20.3 ET como el título legitimador del control de la actividad laboral, de las facultades fundamentales de la empresa que permiten la elección de las medidas de fiscalización. Cuando el trabajador acepta el sometimiento a los poderes empresariales, asume también el control sobre la observancia de sus obligaciones laborales, sin precisar un consentimiento específico para la grabación de su imagen y el tratamiento de esta información.

Esta tesis también fue corroborada por AEPD¹²⁸¹ matizando que esta presunción general sobre el consentimiento tácito supedita su admisión a que la medida de videovigilancia adoptada supere el juicio de proporcionalidad en el caso concreto. El consentimiento tácito de los trabajadores al control no exime a la empresa del cumplimiento de las demás limitaciones y garantías: la existencia de un interés legítimo, la información previa a los afectados o la proporcionalidad de la medida concreta, entre otras.

1277 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «El derecho a la protección de datos personales en el contrato de trabajo...», cit., p. 30.

1278 Sin embargo respecto a «categoría especial de datos» o de datos especiales el art. 9.2 RGPD permite el tratamiento necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la Seguridad y protección social, si bien se dispone que una norma o un convenio colectivo establezca las garantías adecuadas para el respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado.

1279 Art. 6.2 LO 15/99 «se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento».

1280 En este sentido véase, DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B., *Control informático...cit.*, p. 65, GUDE FERNÁNDEZ, A., «La videovigilancia laboral y el derecho a la protección de datos de carácter personal», *Revista de Derecho Político*, UNED, nº 91, 2014, p. 58, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Posibilidades y límites al uso de cámaras de videovigilancia dentro de la empresa. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de marzo de 2016», *Diario La Ley*, nº 8747, 2016, p. 6 (LA LEY 2303/2016) y TASCÓN LÓPEZ, R., «El lento (pero firme) proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial en la era tecnológica», *Aranzadi Social*, nº 5, 2007.

1281 Guía AEPD *La protección de datos en las relaciones laborales* pp. 26-28 e Informe AEPD 2009-0006.

Del tenor literal del art. 6.2 LOPD, también podía deducirse una interpretación más restrictiva¹²⁸², que únicamente vinculara el tratamiento de los datos para el mantenimiento o cumplimiento del contrato de trabajo a los necesarios para la gestión ordinaria de la relación laboral ya sea dentro de la empresa (datos identificativos, edad, forma de contacto, entre otros), como en el ámbito externo (relación con la TGSS, Mutuas, Administración Tributaria)¹²⁸³. Sobre el sentido de este precepto hay un pronunciamiento de interés, la STS de 21-09-2015¹²⁸⁴, ya citada, que resuelve un conflicto colectivo en el que se solicitaba la nulidad de una cláusula tipo incorporada a los contratos de trabajo por entenderse lesiva al derecho de protección de datos personales. En ella se estipulaba que el trabajador de manera voluntaria suministraba a la empresa su número de teléfono móvil particular o su cuenta de correo personal, con la obligación de comunicar cualquier variación, a fin de que la empresa pudiera informar de cualquier incidencia relativa a su relación laboral. La Sentencia en contra de la alegaciones del recurrente estimará que este tipo de informaciones en absoluto «son necesarios para el mantenimiento o cumplimiento» del contrato de trabajo, como el precepto requiere, y mucho menos como «imprescindibles» «pues si la cualidad de «necesario» se predica –conforme al DRAE– de aquello que «es menester indispensablemente, o hace falta para un fin», el hecho de que la relación laboral pueda desenvolverse –lo ha venido haciendo hasta las recientes fechas en que tales avance tecnológicos eran inexistentes– sin tales instrumentos, evidencia que no puedan considerarse incluidos en aquella salvedad general» (FJ 3º). Finalmente, la cláusula resultará anulada al valorar que el consentimiento prestado por los trabajadores no fue totalmente libre y voluntario, teniendo en cuenta que «su debilidad contractual» pudo viciarlo en un momento de acceso a un bien tan escaso como el empleo.

La cuestión sobre la necesidad o no del consentimiento previo de los trabajadores ha quedado resuelta con las últimas sentencias del TC en materia de videovigilancia. La primera de ellas, la STC 29/2013, solo se pronuncia de forma indirecta sobre este extremo. Al tratarse de unas cámaras instaladas por razones de seguridad, no para el control laboral, el elemento crucial era determinar si existía la debida información a los trabajadores en relación a esta otra finalidad de fiscalización. Al abordar este asunto, hay una referencia colateral a la legitimidad del control de los empleados por medio de videocámaras no mediando su consentimiento. Así, se afirma: «en efecto, se confundiría 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), cuando lo cierto es que cabe proclamar la legitimidad de aquel propósito (*incluso sin consentimiento del trabajador*, art. 6.2 LOPD) pero, del mismo modo, declarar que lesiona el art. 18.4 CE la utilización para llevarlo a cabo de medios encubiertos que niegan al trabajador la información exigible» (FJ 7º).

1282 VILLALBA SÁNCHEZ, A., «Los derechos fundamentales del trabajador frente a los nuevos instrumentos de control empresarial», *Revista de Derecho Social y Empresa*, nº 6, 2016, p. 95.

En la misma línea, FALGUERA BARÓ, M.A., «Nuevas tecnologías y trabajo (II): perspectiva constitucional», *Trabajo y Derecho*, nº 21, 2016, p. 12.

1283 Esta conclusión coincidiría con el espíritu del art. 2.2 del RD 1720/2007 que excluye de su aplicación a los datos referidos a personas jurídicas y a los de las personas físicas que presten sus servicios en aquellas, consistentes únicamente en su nombre y apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales.

1284 Rec. núm. 259/2014.

La STC 39/2016 es la que afronta de forma directa la necesidad o no del previo consentimiento y valora que en la relación laboral este pasa a un segundo plano porque ha de entenderse implícito¹²⁸⁵ para todos aquellos datos necesarios para el mantenimiento y cumplimiento del contrato firmado por las partes. Se asevera que la excepción del art. 6.2 es aplicable al tratamiento de las imágenes realizado a través de la videovigilancia puesto que el mismo está dirigido al cumplimiento de la relación. El Tribunal opta por una interpretación amplificadora¹²⁸⁶ que no solo se extiende a la información estrictamente necesaria para la gestión ordinaria del contrato, sino que también acoge la recopilación de los datos precisos para el ejercicio del control empresarial. Su razonamiento se aleja de pronunciamientos anteriores más restrictivos en la aplicación del artículo 18.4 CE¹²⁸⁷.

En cualquier caso, aunque quepa derivar el consentimiento presunto de la habilitación legal del control empresarial (art. 20.3 ET), esto no supone una admisibilidad abierta a la implantación de cualquier sistema de videovigilancia. Deberá existir verdaderamente un interés legítimo suficiente que prevalezca sobre los derechos fundamentales de los trabajadores¹²⁸⁸.

El artículo 89 de la actual LOPDGDD ratifica esta interpretación. Por un lado, autoriza legalmente a los empleadores para el tratamiento de los datos obtenidos por las videocámaras en el ejercicio de sus facultades de control sin requerir el consentimiento de los trabajadores, si bien se exige la previa información. Pero, también se dispone que estas funciones se deban ejercer «dentro del marco legal y con los límites inherentes al mismo». Es aquí donde debe cobrar especial relevancia el interés concreto que justifique su necesidad y el cumplimiento de la proporcionalidad en su adopción en atención a la afectación de los derechos fundamentales de los empleados.

De todas formas, pensamos que el consentimiento de los trabajadores incluso cuando fuese expreso se debería valorar con suma cautela. La desigualdad de las partes contractuales y las peculiares características que afectan a la celebración y al desarrollo de la relación provocan que la manifestación de voluntad de los trabajadores no siempre goce de la suficiente libertad. Aunque se cuente con su aceptación, puede producirse una limitación o renuncia de sus facultades que constituya un posible abuso de derecho¹²⁸⁹. En este sentido, se han de tener presentes los arts. 7.4 del RGPD y 6.3 de la LOPDGDD que prohíben supeditar la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual. Se está reconociendo la posibilidad de que pudiese haber vicios en el consentimiento cuando la aceptación de los trabajadores implica un tratamiento desproporcionado y se ha visto condicionada en el momento de contratar¹²⁹⁰. La norma impide la inserción en los contratos

1285 Como ya afirmaba la doctrina laboralista, entre otros, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Posibilidades y límites al uso de cámaras de videovigilancia dentro de la empresa. A propósito de la sentencia...» cit., p. 6.

1286 FALGUERA BARÓ, M.A., «Nuevas tecnologías y trabajo (II): perspectiva constitucional...», cit., p. 12.

1287 Entre otras, la STC 11/1998 sobre el uso ilegal que realizó RENFE de los datos de la afiliación sindical para descontar los periodos de huelga a los trabajadores integrados en el sindicato convocante o la STC 202/1999, que estimó contrario al artículo 18.4 CE la confección de una base de datos con los diagnósticos de las bajas a fin de controlar el absentismo laboral.

1288 En este sentido, GOÑI SEIN, J.L., *La videovigilancia empresarial...*, cit., p. 101.

1289 GOÑI SEIN, J.L., *La videovigilancia...*, cit., pp. 101-103 MARTÍNEZ FONS, D., *El poder de control...cit.*, pp. 87 y ss.

1290 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «El derecho a la protección de datos personales en el contrato de trabajo...», cit., p. 31.

laborales de cláusulas generales sobre el tratamiento de información no estrictamente necesaria¹²⁹¹. En parecido sentido el último Dictamen 2/2017¹²⁹² del GTA 29¹²⁹³ refiere que el consentimiento es una condición de legitimación «excepcional» para la empleadora, ya que por lo general el trabajador no está en condiciones de prestarlo válidamente dadas las circunstancias. Teniendo en cuenta la dependencia del empleado y la necesidad de que el consentimiento otorgado sea revocable, se considera, como regla general, que este no es siempre una condición de legitimación válida en este contexto.

b. La información a los trabajadores ¿El control oculto?

El segundo principio fundamental en la normativa de protección de datos¹²⁹⁴ es la exigencia de que se informe previamente a los interesados a quienes se solicitan los datos personales. Recordemos que la información es el presupuesto o la causa del consentimiento, «un consentimiento no informado es un consentimiento viciado»¹²⁹⁵. En igual sentido, el art. 4.11 del RGPD define el consentimiento como «una manifestación de voluntad informada».

Si el derecho a la autodeterminación informativa otorga al titular el poder de disposición y control sobre sus datos personales y este se concreta jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o posibles usos por un tercero¹²⁹⁶, el ejercicio de esta requiere como complemento indispensable saber previamente qué información se solicita y para qué se va a utilizar.

Por ello, esta obligación es un elemento clave que permite al interesado disponer de las demás prerrogativas que comprenden el derecho. El conocimiento cobra especial importancia para aquellos supuestos en los que la ley o los tribunales dispensan del consentimiento, como sucede con la videovigilancia. Cuando se exige una aceptación la información es instrumental, pero si aquella no es necesaria, esta se transforma en el único instrumento de defensa de los datos personales¹²⁹⁷. En estos casos, el poder de disposición sobre los propios datos nada vale si el afectado desconoce cuáles son los que se poseen, quiénes los tienen, y con qué finalidad¹²⁹⁸.

1291 Sobre esta cuestión, véase, VILLALBA SÁNCHEZ, A., «El derecho fundamental a la protección de datos del trabajador frente a los riesgos de la contratación estandarizada», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 207, 2018, pp.75-111.

1292 Opinion 2/2017 on data procesing at work. En <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2001/wp48_en.pdf> (consultado en diciembre de 2018).

1293 El Grupo de Trabajo del Artículo 29 se creó por el art. 29 de la Directiva 95/46/CE como un órgano consultivo independiente y hasta la entrada en vigor del RGPD se ha ocupado de cuestiones relacionadas con la protección de datos y la privacidad. Actualmente, ha sido sustituido por el Consejo Europeo de Protección de Datos.

1294 Art. 5 LOPD.

1295 PRECIADO DOMÈNECH, C. H., *El Derecho a la protección de datos en el contrato de trabajo...*, cit., p. 59.

1296 STC 292/2000, de 30 de noviembre.

1297 LAHERA FORTEZA, J., «Nueva jurisprudencia constitucional en la videovigilancia laboral: valoración crítica (STC 39/2016, de 3 de marzo)», *Derecho de las Relaciones Laborales*, n° 5, 2016, p. 498.

1298 STC 292/2000 (FJ 7).

El RGPD incide en esta cuestión regulando de manera más exigente el deber informativo en cumplimiento del principio de transparencia que preside toda la norma. Además de haberse ampliado el contenido de la información que se debe proporcionar a los interesados¹²⁹⁹, se indica la manera de facilitarla con un mayor rigor. Si bajo la normativa anterior bastaba con que la información se diese de manera expresa, precisa e inequívoca, ahora se exige también que sea de forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo (art. 12.1 RGPD). Como expresa el Considerando (39), «el principio de transparencia exige que toda información y comunicación relativa al tratamiento de dichos datos sea fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje sencillo y claro».

La información a los trabajadores sometidos a videovigilancia ha sido tal vez uno de los asuntos más controvertidos en esta materia, de ello son muestra las dos últimas sentencias del Tribunal Constitucional que, en un espacio corto de tiempo, se han pronunciado claramente de forma distinta sobre tal asunto. Hasta llegar a estas resoluciones, se podían apreciar criterios claramente divergentes en la valoración de esta garantía por parte de la jurisprudencia y de la Autoridad de control en la protección de este derecho¹³⁰⁰. De hecho, sorprende que la mayoría de las denuncias a través de la AEPD¹³⁰¹ sobre videovigilancia para el control laboral se fundamentaron en la ausencia de una información previa y suficiente a los trabajadores¹³⁰², mientras que fueron escasos los supuestos en los que los tribunales analizaron si la medida empresarial de control se había establecido con total conocimiento por parte de los trabajadores implicados o los que valoraron esta circunstancia del cumplimiento del deber de información por parte de la empresa¹³⁰³.

Así como la Autoridad de control mantenía una postura más garantista en la que exigía como obligación esencial la información previa a los trabajadores, en el examen de la doctrina judicial de suplicación se aprecia una cierta relajación o flexibilización sobre este deber empresarial. Como referimos, existen numerosas sentencias que no reparan o no dan importancia a la transparencia

1299 De manera similar a los arts. 10 y 11 de la Directiva 95/46, el RGPD establece en los arts. 13 y 14 la información que se debe facilitar distinguiendo si los datos se han obtenido o no del interesado. En general, se ha de destacar que son tantos los elementos sobre los que se debe informar que la AEPD ha elaborado una *Guía para el cumplimiento del deber de informar* donde se recomienda suministrar la información por capas o niveles. Se trata de presentar la información básica en un primer nivel de forma resumida y remitir en el mismo momento y en el mismo medio en que se recojan los datos elementales a la información adicional en un segundo nivel, donde se presentarán detalladamente el resto de las informaciones, en un medio más adecuado para su presentación, comprensión y, si se desea, archivo.

Véase <www.agpd.es/portalwebAGPD/temas/reglamento/common/pdf/modeloclausulainformativa.pdf> (consultado en diciembre de 2018).

1300 GOÑI SEIN, J.L., «Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores...», cit., pp. 25-31.

1301 En aras a facilitar el deber informativo exigible, la AEPD en esta época aprueba la Instrucción 1/2006, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras. Aunque se trataba de una disposición para las cámaras de seguridad, tanto en la *Guía de videovigilancia* posterior (2009), como en otros informes, se referirá a la videovigilancia de control laboral para requerir el cumplimiento de este deber informativo (Informe 2001-2000 sobre videovigilancia en el lugar de trabajo, p. 2 e Informe 2009-0006 sobre instalación de cámaras de videovigilancia en un centro de trabajo, p. 2).

1302 Véase, Memoria de Actividades de la AEPD, 2008, p. 27.

1303 A pesar de ello, sí se encuentran algunos pronunciamientos que valoraban la observancia o no de este deber, entre otros, SSTJ de Madrid, de 14 de abril de 2008 (Rec. núm. 999/2008), de Islas Canarias, de 30 de abril de 2009, (Rec. núm. 218/2008) y del País Vasco de 26 de enero de 2010 (Rec. núm. 2632/2009).

del control y solventan el enjuiciamiento de los conflictos con la aplicación del principio de proporcionalidad, aunque haya habido una omisión de tal obligación¹³⁰⁴.

Esta posición de los tribunales puede deberse a diferentes causas. Estamos en una época en que la resolución de las contiendas se realiza únicamente desde la óptica de la posible afectación al derecho a la intimidad al amparo del art. 20.3 ET. El precepto obvia este requisito y regula de manera genérica la facultad de control empresarial sin proscribir expresamente los controles ocultos. Asimismo, la doctrina constitucional (STC 186/2000) y «una lectura no suficientemente crítica de las referencias sobre esta materia»¹³⁰⁵ contribuyeron a no dar el suficiente valor a la información previa. Recordemos que fue esta Resolución la que justificó el control secreto a fin de garantizar la efectividad de la medida y redujo el incumplimiento de la previa información a los representantes de personal a una mera cuestión de legalidad ordinaria.

Aunque la falta de una exigencia explícita de la información en el art. 20.3 ET podía haberse suplido en el ámbito contractual por el principio general de buena fe exigible a la empresa, y en la esfera constitucional por la aplicación de los preceptos de la normativa de protección de datos personales¹³⁰⁶ o del concepto de «expectativa de intimidad» –ya utilizado para limitar el control empresarial del ordenador, del acceso a Internet o del correo electrónico–¹³⁰⁷, estas posiciones de gran parte de la doctrina científica no calaron en un cambio de criterio de la doctrina judicial.

A raíz de la STC 29/2013¹³⁰⁸, con la que el Alto Tribunal comienza a enjuiciar el uso de las videocámaras en el ámbito laboral desde la perspectiva de la protección de datos personales, hay un cambio trascendental en el panorama jurisprudencial. En ella se refleja la importancia que tiene para la tutela de este derecho la información previa. Esta resolución atiende a un supuesto de videovigilancia en el ámbito laboral, donde la Universidad de Sevilla, ante la sospecha de la comisión de irregularidades en el cumplimiento de la jornada laboral por parte de un trabajador, decide fiscalizar y verificar las horas de entrada y salida del afectado haciendo uso las cámaras de video-grabación. Estas se habían instalado en el campus por motivos de seguridad, a fin de controlar los accesos.

El Tribunal explicita la *ratio decidendi* de la resolución en el derecho a la información al afectado por las grabaciones. Así, se afirma que el derecho a ser informado forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos. Se asevera que «la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo» es

1304 Como ejemplo la STS del País Vasco de 26 de enero de 2010, ya citada, donde a pesar de afirmarse que, en atención a la normativa de protección de datos, los sistemas de videovigilancia requieren del cumplimiento de un principio de proporcionalidad exhaustivo, se admite después de que no hay obligación jurídica de puesta en conocimiento a los representantes de los trabajadores al amparo del art. 64.5 del ET al no tratarse de un control constante de la actividad laboral.

1305 DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B., *Control informático, videovigilancia...*, cit., p. 66.

1306 En referencia a estas dos perspectivas o ámbitos, ver los interesantes estudios de FALGUERA BARÓ, M.A., «Nuevas tecnologías y trabajo (I): perspectiva contractual», *Trabajo y Derecho*, nº 19/20, 2016 y «Nuevas tecnologías y trabajo (II): perspectiva constitucional», *Trabajo y Derecho*, nº 21, 2016.

1307 STS de 26 de septiembre de 2007 (Rec. núm. 966/2006).

1308 La Sentencia se acompaña de un voto particular formulado por el magistrado J.M. López García de la Serrana, en el que se apela a que la doctrina aplicable a este supuesto debía haber sido la de la STC 186/2000.

un complemento indispensable del derecho fundamental del art. 18.4 CE. No obstante, se alude también a que esta exigencia de información no es absoluta y que podría ser limitada por razones constitucionalmente admisibles. Pero solo a través de la ley y siempre que el recorte que se experimente sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido.

Fijadas estas premisas, el Tribunal aborda la cuestión de la posibilidad de utilizar la videovigilancia para el control de los trabajadores sin su previo conocimiento y llega a la conclusión de que «no hay una habilitación legal expresa para esa omisión del derecho a la información sobre el tratamiento de datos personales en el ámbito de las relaciones laborales, y que tampoco podría situarse su fundamento en 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».

Se valora que el control oculto a través de videocámaras resulta ilegítimo, no basta la amplitud del art. 20.3 del ET para amparar el ejercicio de una vigilancia no informada. Por tanto, no es suficiente con que el tratamiento de datos resulte en principio lícito, por estar amparado por la Ley (arts. 6.2 LOPD y 20 ET), o que pueda parecer eventualmente, en el caso concreto de que se trate, proporcionado al fin perseguido, sino que debe asegurarse también la debida información previa a los afectados. La legitimidad del fin no puede justificar utilizar cualquier medio¹³⁰⁹.

Para que esta obligación cumpla el objetivo que la preside, ha de ser «previa y expresa, precisa, clara e inequívoca» y debe referirse a la concreta finalidad, en este caso, al «control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida», «explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo». Siguiendo con este *iter* argumental, no se estimó que existiese información puesto que la finalidad que justificaba la instalación de las cámaras era la seguridad, el control de los accesos al campus y a determinadas dependencias de la Universidad. Para la vigilancia laboral, la colocación del cartel distintivo (conforme a la normativa de la AEPD) no es un requisito apto para estimar cumplido el deber informativo. Ante la falta de este elemento, integrado en el contenido esencial del derecho, se procede a reconocer la lesión sin ser preciso someter el tratamiento de los datos personales al juicio de proporcionalidad.

La Sentencia ampliamente estudiada y comentada, tuvo una gran acogida entre la doctrina laboralista por su carácter garantista de los derechos de los trabajadores¹³¹⁰, aunque no estuvo

1309 «En efecto, se confundiría 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), cuando lo cierto es que cabe proclamar la legitimidad de aquel propósito (incluso sin consentimiento del trabajador, art. 6.2 LOPD) pero, del mismo modo, declarar que lesiona el art. 18.4 CE la utilización para llevarlo a cabo de medios encubiertos que niegan al trabajador la información exigible».

1310 En general comparten con algún matiz la doctrina introducida por esta sentencia, entre otros, FALGUERA BARÓ, M.A., «Nuevas tecnologías y trabajo (II): perspectiva constitucional...», cit., pp. 16-17, GOÑI SEIN, J.L., «Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores...», cit., p. 37-39, LAHERA FORTEZA, J., «Nueva jurisprudencia constitucional en la videovigilancia laboral: valoración...», cit., pp. 496-497, PRECIADO DOMÈNECH, C.H., «La videovigilancia en el lugar de trabajo y el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal ¿Es acorde la doctrina del TC y del TS con el Derecho de la UE?» *Revista de Derecho Social*, n.º 77, 2017, pp. 11 y ss., TASCÓN LÓPEZ, R., «Tecnovigilancia

exenta de importantes críticas¹³¹¹. Entre estas últimas, se reprocha a esta Resolución que parece dejar sin efecto la doctrina de la STC 186/2000 sobre la posible constitucionalidad de los controles sorpresivos cuando a través de la ponderación puedan entenderse justificados para la averiguación de ilícitos graves¹³¹². Así, en aplicación de esta nueva doctrina se ha interpretado que el derecho a la información previa prohibiría «emplear la videovigilancia de forma subrepticia aunque pueda estar justificada para detectar incumplimientos contractuales graves, irregularidades en el trabajo o incluso, actividades fraudulentas o delictivas»¹³¹³. En este sentido, en consonancia con el propio voto particular¹³¹⁴, se entiende «paradójico» que, ante un caso similar, se pueda llegar a diferentes resultados por la vía de la protección del derecho a la intimidad (STC 186/2000) que por la vía del derecho a la protección de datos (STC 129/2013)¹³¹⁵. Ni se comparte ni se entiende razonable¹³¹⁶ que aplicando el artículo 18.1 sea necesario acudir a un juicio de ponderación para valorar si se ha vulnerado o no el derecho a la intimidad mientras que la apreciación de la lesión al derecho a la protección de datos se reduzca a examinar si se ha comunicado o no a los trabajadores la grabación de las imágenes y su destino¹³¹⁷. Con gran reprobación, se afirma que «interpretaciones extremas en la línea de un formalismo enervante» de este derecho sean «una vía para eludir controles lícitos» o «para lograr la inmunidad de conductas censurables»¹³¹⁸.

Sin embargo, los tribunales inferiores¹³¹⁹ y el Tribunal Supremo no tardarán en hacer seguimiento de esta nueva doctrina constitucional, siendo especialmente reveladora la STS de

empresarial y derechos de los trabajadores...» cit., pp. 80-81 y VILLALBA SÁNCHEZ, A., «Los derechos fundamentales del trabajador frente a los nuevos instrumentos...», cit., p. 98.

- 1311 Sentencia que «ha sido objeto de una fuerte polémica y de gran cantidad de críticas» en MIRÓ MORROS, D. y CRUZ DE PABLO, M., «El uso de la videovigilancia en el ámbito laboral», *Actualidad Jurídica Aranzadi* n° 891, 2014 (BIB 2014/3388), p. 4.
- 1312 DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B., «Trabajo, videovigilancia y controles informáticos. Un recorrido por la jurisprudencia», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n° 39, 2014, pp. 7 y ss.
- 1313 GALLARDO MOYA, R., «El derecho fundamental a la protección de datos y la videovigilancia empresarial», *Revista de Derecho Social*, n° 62, 2013 pp. 169-170.
- 1314 El voto particular del Magistrado, D. Andrés Ollero Tassara, critica esta diferente protección y apoya que debía haberse realizado un planteamiento menos abstracto acudiendo al juicio de ponderación de los derechos fundamentales en juego. Esta distinción entre derechos a los ojos del magistrado «aparece como un artificio», comentado por XIOL RÍOS, C., «La utilización de cámaras de videovigilancia para fines de control de cumplimiento de obligaciones laborales. Necesidad de informar previamente a los trabajadores». *La Administración Práctica*, n° 5, 2013 (BIB 2013/1865).
- 1315 DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B., «Trabajo, videovigilancia y controles informáticos...», cit., pp. 8 y ss. En igual sentido, ARBONÉS LAPENA, H.I., «Grabación de imagen o sonido y control del correo electrónico por el empresario...», cit., pp. 14-15.
- 1316 TALENS VISCONTI, E.E., «Videovigilancia mediante cámaras fijas y protección de datos en el ámbito laboral. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 29/2013, de 11 de febrero del 2013», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n° 33, 2013 (BIB 2013/2498) y «Videovigilancia en el trabajo. Una vuelta a la jurisprudencia clásica», *Trabajo y Derecho*, n° 21, 2016 que considera que el TC yerra al acoger la doctrina de la STC 292/2000 dejando de lado la STC 186/2000, para llegar a una solución «que no es la más satisfactoria desde el punto de vista jurídico y práctico».
- 1317 GUDE FERNÁNDEZ, A., «La videovigilancia...», cit., p. 67.
- 1318 DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B., «Trabajo, videovigilancia y controles informáticos...», cit., p. 16.
- 1319 Es el caso por ejemplo de la STSJ del País Vasco, de 18 de junio de 2013, (Rec. núm. 1039/2013), las SSTSJ de Asturias, de 23 de mayo de 2014 (Rec. núm. 797/2014) y de 14 de abril de 2015 (Rec. núm. 420/2015), entre otras.

13 de mayo del 2014 (Caso Champion)¹³²⁰, que declarará lesionado el derecho del art. 18.4 CE en un supuesto de utilización no previamente informada de un sistema de cámaras de vigilancia fijas o permanentes. Las imágenes captadas por las cámaras cuya finalidad declarada era evitar robos por terceros servirán para sancionar a la cajera de un supermercado por omitir de manera fraudulenta el registro y el cobro de productos. El fundamento principal es que las grabaciones se usaron para distinta finalidad que la informada a la representación de los trabajadores y que el hecho de que la existencia de las cámaras fuera apreciable a simple vista no hace desaparecer la ilegalidad de la conducta empresarial.

De nuevo, habrá opiniones doctrinales especialmente críticas¹³²¹ con la decisión de aplicar la doctrina de la STC 29/2013, pues si en esta se juzgaba un incumplimiento laboral (la irregularidad en la observancia de la jornada) que no tenía relación o relevancia para la seguridad, en el resuelto por el TS se trata de un ilícito laboral, un posible ilícito penal, que afecta directamente a la seguridad¹³²². Asunto, que como se observa, está relacionada con el posible uso o no de los datos para otros fines compatibles y con la figura del «hallazgo casual»¹³²³.

En cualquier caso, la aplicación de esta doctrina pronto se verá totalmente corregida por la STC 39/2016, adoptada en Pleno, pero con dos votos particulares, que devalúa y recorta la trascendencia que se había otorgado al deber de información previa en la Sentencia anterior¹³²⁴. En el supuesto enjuiciado se valora la prueba de grabación de vídeo realizada en un establecimiento comercial (una tienda Bershka del Grupo INDITEX) para justificar el despido de una trabajadora que fue sorprendida apropiándose dinero y realizando operaciones falsas de devolución de venta de prendas para ocultar dicha acción. A raíz de la implantación de un sistema de control informático de caja se detectaron irregularidades que hacían pensar en apropiaciones dinerarias por parte de los trabajadores. Las cámaras se instalarán sin información previa a los empleados, si bien se colocó en el escaparate de la tienda en un lugar visible el distintivo informativo normado.

El TC a pesar de que reconoce que la inexigibilidad del consentimiento de los trabajadores en la relación laboral no exime del deber de información previa a los mismos, al configurar o concretar esta obligación, se separa totalmente de su pronunciamiento anterior. Si antes aludía a la necesidad de una información específica sobre la finalidad de control de la actividad laboral

1320 (Rec. núm. 1685/2013). Comentada, entre otros, por VIDAL, P., «La utilización de las cámaras de videovigilancia para fines disciplinarios y de control de trabajo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 888, 2014 (BIB 2014/ 2177).

1321 DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B., «Trabajo, videovigilancia y controles informáticos...», cit., p. 15.

1322 En igual sentido, afirma que quizás la conducta del trabajador pudiese entenderse como un supuesto concerniente a la seguridad, cubierto por la finalidad de evitar robos. GOÑI SEIN, J.L., «El control tecnológico empresarial y el respeto a la privacidad del trabajador a la luz de la doctrina del TS, TC Y TEDH» p. 13. Ponencia en las jornadas «Cuestiones de actualidad en la jurisdicción social: las reformas de 2015 y 2016», organizadas por el CGPJ, 5 y 6 de octubre de 2016, Bilbao.

1323 Sobre la compatibilidad de los fines y el hallazgo casual, véase, DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B., *Control informático...*, cit., pp. 69-70.

En el ámbito penal véase NADAL GÓMEZ, I., «El régimen de los hallazgos casuales en la Ley 13/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 40, 2016, pp. 1-70.

1324 GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., «Control empresarial de la actividad laboral, videovigilancia y deber informativo. A propósito de la STC de 3 de marzo de 2016», *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 5, 2016, p. 14 (BIB 2016/21165).

y su posible uso para la imposición de sanciones, ahora admite que basta con un conocimiento genérico de la existencia de las cámaras de vídeo, proporcionado a través del cartel anunciador dispuesto en la Instrucción 1/2006 de la AEPD.

Además, se llega a tal conclusión con un razonamiento confuso y «desconcertante»¹³²⁵ sobre la conexión entre la necesidad de consentimiento y el deber de información. Así refiere: «a la hora de valorar si se ha vulnerado el derecho a la protección de datos por incumplimiento del deber de información, la dispensa del consentimiento al tratamiento de datos en determinados supuestos debe ser un elemento a tener en cuenta dada la estrecha vinculación entre el deber de información y el principio general de consentimiento».

Si bien es cierto que el consentimiento depende de la información, pues como ya afirmamos, la validez de la aceptación exige que se cuente con una previa y suficiente comunicación. Aquí, no hay viceversa, en ningún caso la información depende del consentimiento. Coincidimos en que la dispensa o excepción del beneplácito de los trabajadores ni supone una exención a la información ni tampoco es un criterio que sirva para valorar o graduar la inobservancia de este deber¹³²⁶. Incluso, si lo fuere, debería operar de manera contraria a la elegida por Tribunal ya que, como valoramos en otro momento, cuando se salva la necesidad del consentimiento, el deber de informar se hace más relevante. Se convierte en el único medio de protección de los datos personales¹³²⁷.

Pero la Sentencia va aún más allá en sus desatinadas consideraciones, al afirmar que el incumplimiento del consentimiento o del deber de información previa «solo supondrá una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos tras una ponderación de la proporcionalidad de la medida adoptada». Si tal y como se afirma en un párrafo anterior «el deber de información previa forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos» cómo es posible que se obvie que conforme a la teoría general de los derechos fundamentales la proporcionalidad y la ponderación solo pueden operar fuera de la esfera del contenido esencial de los derechos. No es de recibo admitir que una conducta empresarial de control antijurídica deba someterse a la ponderación frente a los derechos fundamentales de los trabajadores y pueda prevalecer sobre ellos¹³²⁸. No nos extraña que se haya calificado en uno de los votos particulares como un «despropósito constitucional»¹³²⁹.

El pronunciamiento finalmente entenderá cumplido en el caso concreto el deber de información a los trabajadores a través del cartel distintivo colocado en el escaparate. De nuevo, no podemos compartir esta decisión por varias razones. Tal y como refleja el primer voto particular, y posteriormente apoya un amplio sector doctrinal, es cuando menos sorprendente que el contenido de una Instrucción de la AEPD se erija en un «elemento decisivo para el juicio

1325 VALDÉS DAL RÉ, F., «Doctrina constitucional en materia de videovigilancia y utilización del ordenador por el personal de la empresa», *Revista de Derecho Social*, n° 79, 2017, p. 25.

1326 VALDÉS DAL RÉ, F., «Doctrina constitucional en materia...», cit., p. 26.

1327 LAHERA FORTEZA, J., «Nueva jurisprudencia constitucional en la videovigilancia laboral...», cit., p. 498.

1328 También, en sentido muy crítico con estas consideraciones, TERRADILLOS ORMAETXEA, E., «El principio de proporcionalidad como referencia garantista de los derechos de los trabajadores en las últimas sentencias del TEDH dictadas en materia...», cit., pp. 157-158.

1329 Se refiere en el primer voto particular formulado por formula el Magistrado D. Fernando Valdés Dal-Ré, al que se adhiere la Magistrada Dña. Adela Asúa Batarrita.

de constitucionalidad». Además, al apelar a esta norma, se identifica o confunde el ámbito de la seguridad privada en los espacios públicos con el control laboral¹³³⁰. Es comprensible que en el caso de instalación de videocámaras dirigidas al público general sea suficiente con la mera colocación de una pegatina¹³³¹ porque se trata de un control general de seguridad a un colectivo indeterminado y desconocido. Pero en modo alguno la escasa información que proporcionan estos carteles de la existencia de videocámaras se considera suficiente para ver cumplido el deber de información que exigía el art. 5 de la LOPD¹³³² para una videovigilancia empresarial en una relación subordinada donde el empleador tiene amplios poderes de organización, dirección, control y de sanción sobre la plantilla¹³³³.

Esta nueva doctrina relaja tanto el deber de información «hasta el punto de convertirlo en una exigencia meramente formal»¹³³⁴ que «dinamita el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos (pues lo hace ineficaz, carente de todo sentido práctico e irreconocible)»¹³³⁵. Con el planteamiento de esta Sentencia se está aceptando que siempre que la empresa coloque un aviso al público sobre la existencia de cámaras de seguridad, ya está facultada para captar imágenes de los trabajadores o usar las grabadas si hay una relación con el contrato laboral. En su argumentación¹³³⁶ lo relevante para el Tribunal no es el cumplimiento del deber de información, sino que la captación de los datos cumpla o no con una finalidad laboral, como es el control de la actividad de trabajo, sin tener en cuenta que los datos se obtienen de un medio destinado o previsto para otros fines¹³³⁷.

De manera acertada se apunta¹³³⁸ que se impone una doctrina regresiva para ambas partes contractuales. Desde el enfoque de los trabajadores se minora su derecho a saber en qué casos las grabaciones pueden ser examinadas, en qué plazos, con qué finalidad, entre otras informaciones

1330 LAHERA FORTEZA, J., «Nueva jurisprudencia constitucional en la videovigilancia laboral...», cit., p. 498.

1331 En sentido igualmente crítico, TOSCANI GIMÉNEZ, D., «Las facultades de la empresa de videovigilancia de sus trabajadores», *Revista de Derecho Social*, nº 74, 2016, p. 160.

1332 Entre los cuales se cuenta el deber de informar al interesado sobre la existencia del tratamiento de datos, la finalidad para la que se recogen y los destinatarios de la información, así como las consecuencias de la obtención de los datos o de su negativa a suministrarlos y la identidad y dirección del responsable del tratamiento.

1333 GOÑI SEIN, J.L., «Sentencia del Tribunal Constitucional 39/2016, de 3 de marzo. Instalación de cámaras de videovigilancia para la obtención de pruebas y deber de información previa», *Ars Iuris Salmanticensis: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, Vol. 4, nº 2, 2016, p. 290.

1334 *Supra*, p. 289.

1335 En palabras del Magistrado D. Juan Antonio XIOL RÍOS, que formula un segundo Voto Particular a esta Sentencia.

1336 De nuevo, confundiendo el consentimiento con el deber de información se dice que «el trabajador conocía que en la empresa se había instalado un sistema de control por videovigilancia, sin que haya que especificar, más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control. Lo importante será determinar si el dato obtenido se ha utilizado para la finalidad de control de la relación laboral o para una finalidad ajena al cumplimiento del contrato, porque solo si la finalidad del tratamiento de datos no guarda relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual el empresario estaría obligado a solicitar el consentimiento de los trabajadores afectados» (FJ 4º).

1337 VALDÉS DAL RÉ, F., «Doctrina constitucional en materia de videovigilancia y utilización del ordenador por el personal...», cit., p. 27.

1338 GOÑI SEIN, J.L., «Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores...», cit., pp. 41-42.

debidas. Bastaría ya con el contenido previsto en el anuncio público. Pero, por otro lado, desde la posición empresarial, parece añadirse un nuevo requisito para la instalación de medidas de videovigilancia ante la sospecha de infracciones graves no previsto en la STC 186/2000. Nos referimos al deber de información previa de la existencia de las cámaras de vídeo mediante los referidos carteles que finalmente fueron los que justificaron la licitud del control.

Llegados a este punto, no podemos más que lamentar, que el Tribunal Constitucional no aprovechara el supuesto de hecho de esta Sentencia, para pronunciarse sobre un tema de enorme importancia, que había dejado pendiente la STC 29/2013. Se trata de la posible excepción del deber de información para aquellos casos en los que ante una sospecha fundada de un incumplimiento laboral grave por parte de un trabajador se requiere de una acción urgente y discreta para identificar al autor de la infracción¹³³⁹. Aunque como regla general el derecho de protección de datos exige cumplir el requisito de transparencia informativa, se ha planteado que quizás no tenga mucho sentido en estas situaciones, siempre que no exista otro medio alternativo de obtención de una prueba de tales ilícitos especialmente graves¹³⁴⁰. El previo aviso haría prácticamente inútil la medida impidiendo comprobar quién es el autor y la prueba de tales incumplimientos¹³⁴¹.

Nuestro parecer se orienta hacia esta posición pero solo para supuestos extraordinarios en los que la empresa tiene razonables y fundadas sospechas de la comisión por parte de un empleado de una conducta ilícita muy grave y no existe otra forma para evidenciar o descubrir este hecho¹³⁴². No podemos negar que la información previa al «vigilado» podría hacer ineficaz el sistema. Han de ser situaciones absolutamente excepcionales donde no servirían las meras alegaciones empresariales de la necesidad de recabar pruebas que acrediten cualquier irregularidad. Deben referirse a incumplimientos que afecten a bienes de relevancia constitucional y que se produzcan con ocasión del desarrollo de la prestación laboral¹³⁴³. Además, el sistema empleado ha de ser proporcional al fin, bastaría con una instalación temporal que únicamente grabase al presunto infractor en los espacios laborales. Sin embargo, confesamos que abrir la puerta a posibles salvedades siempre tiene el riesgo de que se realice una interpretación extensiva.

1339 En este sentido, TASCÓN LÓPEZ, R., «Tecnovigilancia empresarial...», cit., p. 61, aunque antes de la STC 39/2016 ya se hacía esta pregunta LOUSADA AROCHENA, F., «Derecho fundamental a la protección de datos personales *versus* facultad empresarial de videovigilancia (acerca de la STC 29/2013, de 11 de febrero)», en AA. VV., (dir. BORRAJO DACRUZ, E.), *Controversias vivas del nuevo Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2015, cit., pp. 417-418.

Con parecido criterio, distinguiendo entre controles ordinarios y controles extraordinarios, véase, FABREGAT MONFORT, G., *Nuevas perspectivas del poder de dirección y control del empleador...*, cit., pp. 45 y ss.

1340 GOÑI SEIN, J.L., «Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores...», cit., p. 42.

1341 FALGUERA BARÓ, M.A., «Nuevas tecnologías y trabajo (II): perspectiva constitucional...», cit., p. 16. También, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Posibilidades y límites en el uso de cámaras de videovigilancia dentro de la empresa. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de marzo de 2016», *Diario La Ley*, nº 8747, 2016, p. 7 (LA LEY 2303/2016).

1342 La OIT en el Repertorio de Recomendaciones Prácticas sobre Protección de Datos de 1996 (Punto 6.4.2) lo acepta pero solo «cuando existan sospechas suficientes de actividad delictiva y otras infracciones graves».

1343 En igual sentido, GOÑI SEIN, J.L., «Video vigilancia empresarial mediante cámaras ocultas: su excepcional validez como control «ex post»», *Trabajo y Derecho*, nº 47, 2018, pp. 6-7.

La doctrina de esta Sentencia en poco espacio de tiempo tendrá su impacto en varias resoluciones del TS¹³⁴⁴ que ratifican e incluso justifican¹³⁴⁵ este giro jurisprudencial. Pero esta problemática dista de ser pacífica, así, las tres últimas contaron con votos particulares¹³⁴⁶ al respecto. En todas ellas, fuese la finalidad de la cámara la seguridad o el control laboral, se admitirá la licitud de las grabaciones por aplicación del principio de proporcionalidad, a pesar de reconocer que no se cumplía con la información precisa e inequívoca que exigía el artículo 5 de la LOPD. La sospecha de irregularidades previas en la conducta de determinados trabajadores y el conocimiento genérico de estos de la existencia de grabaciones se estimará suficiente para considerar lícita la prueba¹³⁴⁷.

La Sentencia del TEDH, del 9 de enero de 2018, «Caso López Ribalda», vendrá a enmendar directamente la doctrina del TC sobre el control de la videovigilancia, como ya había ocurrido con la conocida Resolución del caso «Barbulescu II»¹³⁴⁸ en relación a la fiscalización empresarial del uso del

1344 SSTS, de 7 de julio de 2016 (Rec. núm. 3233/2014), de 31 de enero de 2017 (Rec. núm. 3331/2015), de 1 de febrero de 2017, (Rec. núm. 3262/2015) y de 2 de febrero de 2017 (Rec. núm. 554/2016).

1345 En la primera de ellas, la STS de 7 de julio de 2016, el tribunal explica la diferencia que existía entre los dos supuestos a los que se referían las resoluciones del TC. Mientras en la STC 29/2013 se trataba de utilizar los datos de una cámara que grababa el exterior de manera permanente, sin advertencia previa y sin que constaran claramente irregularidades previas, en la STC 39/2016 versaba sobre un caso en el que, ante previas sospechas de irregularidades, se instalaba una cámara en el lugar de trabajo donde se considera que se estaban realizando las infracciones.

1346 Los tres votos particulares se fundamentan de igual modo, para justificar que las sentencias de contraste elegidas no reunían los requisitos precisos para el necesario juicio de contradicción. En definitiva, los magistrados disidentes ponen de manifiesto la importancia que en los casos de videovigilancia tiene la ausencia o no de sospechas previas de irregularidades, la finalidad de la vigilancia, el carácter temporal o no del control, entre otras cuestiones.

1347 Para un estudio más detallado de estas sentencias véase, PRECIADO DOMÈNECH, C.H., «La videovigilancia en el lugar de trabajo y el derecho fundamental...», cit., pp. 175-181 y TASCÓN LÓPEZ, R., «Tecnovigilancia empresarial y derechos de los trabajadores...», cit., pp. 85 y ss.

1348 Respecto al impacto de esta sentencia y la revisión que supone en la doctrina del TC y en la jurisprudencia del TS (hasta el punto de que ya se habla entre la doctrina de la aplicación del «test Barbulescu de garantía de privacidad TBGP»), se pueden consultar numerosos artículos doctrinales, entre otros: BLASCO JOVER, C., «Trabajadores «transparentes»: la facultad fiscalizadora del empresario vs derechos fundamentales de los empleados», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones laborales y Derecho del Empleo*, nº 3, 2018, pp. 30-56, CASAS BAAMONDE, M.E., «Informar antes de vigilar. ¿Tiene el Estado la obligación positiva de garantizar un mínimo de vida privada en la empresa en la era digital? La necesaria intervención del legislador laboral», *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 2, 2018, DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E., «La segunda sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Barbulescu y sus consecuencias sobre el control del uso laboral del ordenador», *Revista Información Laboral*, nº 1, 2018 (BIB 2018/6059), GALLARDO MOYA, R., «Un límite a los límites de la vida privada y de la correspondencia en los lugares de trabajo. Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2017 en el caso Bârbulescu II c. Rumania», *Revista de Derecho Social*, nº 79, 2017, pp. 141-156, MOLINA NAVARRETE, C., «El poder empresarial de control digital: ¿nueva doctrina del TEDH o mayor rigor aplicativo. A propósito de la STEDH de 5 de septiembre de 2017, caso Barbulescu c. Rumania», *Iuslabor*, nº 3, 2017, pp. 287-297 y «De Barbulescu II a López Ribalda: ¿qué hay de nuevo en la protección de datos de los trabajadores? Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de enero de 2018, caso López Ribalda et alii vs. España (Demandas acumuladas 1874/13 y 8567/13)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 419, 2018, pp. 125-135, PRECIADO DOMÈNECH, C.H., «Comentario de urgencia a la STEDH de 5 de septiembre de 2017. Caso Barbulescu contra Rumania (Gran Sala). Recuperando la dignidad en el trabajo», *Revista de Información Laboral*, nº 10, 2017, pp. 143-155.

No obstante, la STS de 8 de febrero de 2018 (Rec. núm. 1121/2015), que se refiere por vez primera a la doctrina de la sentencia del caso Barbulescu II, considera que esta nada nuevo añade a la doctrina constitucional y a la propia, en definitiva, se trata de ponderar los intereses en juego y llegar a un justo

correo electrónico por parte de los trabajadores. Este asunto versa sobre la grabación oculta de varias empleadas de una cadena española de supermercados ante la previa sospecha de hurto, derivada de las incoherencias constatadas entre el nivel de los stocks y las cifras cotidianas de ventas¹³⁴⁹.

El Tribunal recuerda que la utilización de estos instrumentos para el control laboral puede afectar directamente a la vida privada de los trabajadores (art. 8 CEDH) en cuanto se hace un seguimiento y se recoge información «de la conducta de una persona en su lugar de trabajo, que no puede eludir por estar obligada, en virtud del contrato de trabajo, a realizar el trabajo en ese lugar». Por ello, la Sala entra a valorar si nuestros tribunales guardaron el adecuado y justo equilibrio entre el derecho a la vida privada de los trabajadores y el derecho empresarial a la dirección, organización y control de la actividad. A tal efecto, el TEDH considera que la recogida de imágenes implica un tratamiento de datos de carácter personal en el que la empresa debía cumplir con la obligación de información a los trabajadores prevista en la normativa española vigente (art. 5 LODP e Instrucción 1/2006 de la AGPD). Esta omisión generó en las solicitantes una expectativa razonable de privacidad.

Seguidamente, se justifica la exclusión del precedente caso Köpke¹³⁵⁰ por existir diferencias fácticas importantes. Tal vez la más relevante sea que en el caso alemán no existía aún una normativa que obligara a informar previamente a los afectados en el momento de la instalación de la cámara oculta, a diferencia de la claridad de la legislación española. Además, en el supuesto ahora enjuiciado, la adopción de tal mecanismo no se basó en unas sospechas previas contra empleados concretos y por ello la medida no afectó a un grupo específico de trabajadores sino a todo el personal que trabajaba en las cajas registradoras. Por otra parte, la instalación de las cámaras no fue limitada en el tiempo, sino que se prolongó durante semanas y durante toda

equilibrio entre al derecho del trabajador al respeto de su vida privada y de su correspondencia y los intereses de la empresa empleadora.

A nuestro entender, la sentencia del TEDH claramente corrige la STS de 6 de octubre de 2011 (Rec. núm. 4053/2010) y las últimas sentencias del TC sobre esta cuestión (SSTC 241/2012 y 170/2013) que no cumplen con muchas de las garantías exigibles en el test de legitimidad que propone la doctrina europea. Para un estudio sobre esta cuestión, además de la bibliografía ya citada véase GOÑI SEIN, J.L., «La protección de las comunicaciones electrónicas del trabajador: la doctrina del Tribunal de Estrasburgo y la jurisprudencia constitucional», *Trabajo y Derecho*, nº 40, 2018, pp. 12-26.

1349 Resumimos los hechos más relevantes. El empresario instaló cámaras visibles y cámaras ocultas. Si bien la empresa informó a los trabajadores/as de la instalación de las cámaras visibles, no les avisó sobre la presencia de las ocultas, por lo que desconocían que estaban siendo grabados. Las cámaras habían filmado a varias trabajadoras mientras ayudaban a los clientes y a las compañeras a apropiarse de los artículos y los robaban ellas mismas. Las afectadas, convocadas a entrevistas individuales en las que se les mostraron los vídeos, reconocieron haber tomado parte en los hurtos y fueron despedidas por razones disciplinarias. A pesar de que tres de las cinco empleadas firmaron un acuerdo por el cual reconocían su participación en los hurtos y renunciaban a accionar por despido ante los tribunales laborales, todas terminaron por ejercitar acciones, pero sus despidos fueron confirmados en primera instancia por los Juzgados de lo Social y después en suplicación por el Tribunal Superior de Justicia. Inadmitidos los posteriores recursos de casación para unificación de doctrina ante el TS y de amparo ante el TC, las trabajadoras acudieron al TEDH.

Para un estudio minucioso de la Sentencia y de los procesos judiciales previos, véase ROJO TORRECILLA, E., «Nuevamente sobre el derecho del trabajador a la privacidad en la empresa y su control por cámaras de vigilancia. Estudio del caso López Ribalda y otras contra España (a propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de enero de 2018)» en <www.eduardorojotorrecilla.es/2018/01/nuevamente-sobre-el-derecho-del_16.html>.

También, CASAS BAAMONDE, M.E.; «Derecho del trabajador a la privacidad en la empresa...», cit., pp. 103-121.

1350 STEDH de 5 de octubre de 2010, As. Köpke c. Alemania.

la jornada laboral, mientras que en el caso Köpke el uso de cámaras ocultas tenía como único objetivo a dos empleados y se prolongó tan solo durante dos semanas.

Por ello, el TEDH descarta la proporcionalidad del control llevado a cabo por la empresa y destaca la falta de una adecuada ponderación de los derechos en conflicto por parte de los tribunales españoles, si bien se apunta a que el fin legítimo que perseguía la empresa con esta medida (averiguar sus sospechas de hurto) podría haberse salvaguardado «por otros medios, en particular, informando previamente a los solicitantes, incluso de forma general, sobre la instalación de un sistema de videovigilancia y proporcionándoles la información prescrita en la LOPD».

Esta Resolución sigue la línea de la Sentencia Barbulescu II estableciendo restricciones significativas a un control tecnológico empresarial invasivo de la privacidad de los trabajadores¹³⁵¹, que son ya aplicadas por la doctrina judicial¹³⁵². Ambas coinciden en tres aspectos generales: la necesidad de una información previa y clara a los afectados, la exigencia de una causa legítima que justifique el control y la proporcionalidad en la aplicación efectiva de la medida. Salvados los dos primeros elementos, en la ponderación se han de valorar varios extremos: si existían medios menos intrusivos en relación al fin buscado, cuál ha sido el alcance concreto del medio empleado y el grado de intrusión en el derecho del trabajador, midiendo la proporción o correspondencia en el sacrificio de este y las garantías ofrecidas¹³⁵³. En definitiva, se trata de aplicar un verdadero y completo test de proporcionalidad en el que se valore la necesidad, la idoneidad y la limitación justa del derecho fundamental en relación al fin¹³⁵⁴.

Por tanto, el TEDH no niega el poder de control tecnológico empresarial sobre los trabajadores pero exige un justo equilibrio a través de una política empresarial de transparencia real¹³⁵⁵. Aún y todo, aunque el deber de información parece contundente en la normativa española, la Sentencia europea en la comparación que realiza con el asunto Köpke, parece dejar abierta la posible legitimidad de controles ocultos o no informados siempre que sean *ad hoc*, selectivos y temporales, para acreditar incumplimientos graves ante sospechas fundadas y razonables¹³⁵⁶.

1351 PRECIADO DOMÈNECH, C.H., «Comentario de urgencia a la STEDH de 9 de enero del 2018...», cit., p. 7.

1352 Como muestra de sentencias que ya acogen los criterios fijados por el TEDH en el Caso López Ribalda: SJS de Sevilla, 3 de septiembre de 2018, (nº 296/2018) que declara nulo el despido por considerar que la grabación era ilícita ante la falta de información previa, SJS de Córdoba, de 20 de abril de 2018 (nº 167/2018) también estima la prueba nula, pero califica el despido de improcedente o la STSJ de Castilla y León, de 11 de abril de 2018 (Rec. núm. 407/2018), que ante la grabación ilícita de imágenes y sonidos por un detective, califica el despido como nulo.

También aluden a la STEDH López Ribalda en relación al uso de la videovigilancia STSJ de Madrid, de 7 de febrero de 2018 (Rec. núm. 1268/2017), STSJ de las Islas Canarias, de 17 de enero (Rec. núm. 584/2017), STSJ del País Vasco, de 27 de febrero de 2018 (Rec. núm. 226/2018) o la STSJ de Cataluña de 22 de marzo de 2018 (Rec. núm. 255/2018). En esta última también se declara nulo el despido ante la ilicitud de la única prueba videográfica.

1353 MOLINA NAVARRETE, C., «De Barbulescu II a López Ribalda: ¿qué hay de nuevo en la protección de datos de los trabajadores?...», cit., pp. 130-131.

1354 CHACÁRTEGUI JÁVEA, C., «Videovigilancia en el lugar de trabajo y ‘expectativa razonable de privacidad’ según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Comentario a la Sentencia de 9 de enero de 2018 (caso López Ribalda contra España)», *Revista de Derecho Social*, nº 83, 2018, pp. 125-126.

1355 MOLINA NAVARRETE, C., «De Barbulescu II a López Ribalda...», cit., p. 135.

1356 En este sentido, MOLINA NAVARRETE, C., *Ibidem*, p. 135 y PÉREZ CANET, A., «De nuevo, sobre videovigilancia como medida de control», *Revista Información Laboral*, nº1, 2018, (BIB 2018/6061), p. 5.

Probablemente siguiendo estas pautas, el actual art. 89 de la LOPDGDD al legalizar el tratamiento de los datos obtenidos a través de los sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores previstas en el artículo 20.3 del ET exige de manera general la obligación de los empleadores de informar a los trabajadores acerca de esta medida. Además, se requiere que esta información sea previa y de forma «expresa, clara y concisa». No obstante, se realiza una excepción para los casos en que los que se haya captado «la comisión flagrante de un acto ilícito» por parte de los trabajadores, en los que se entiende cumplido el deber informativo cuando al menos exista el dispositivo informativo previsto en el art. 22.4 de este texto¹³⁵⁷.

Creemos que este apartado abre muchos interrogantes. ¿Se está legitimando el control empresarial oculto ante sospechas razonables de comisión de actos delictivos por parte de los trabajadores?¹³⁵⁸ ¿Sólo para delitos o también para infracciones laborales muy graves? En el texto anterior, antes de la aprobación de las enmiendas, se aludía a acto «delictivo» pero por alguna razón actualmente se ha suprimido este término¹³⁵⁹. Además, el que se exija el distintivo de las cámaras cuya finalidad es la seguridad, hace pensar que no se está refiriendo a la eventual instalación de cámaras ocultas *ad hoc* ante fundadas sospechas de infracciones graves, sino que parece aludir a posibles hallazgos casuales de incumplimientos laborales por instrumentos de grabación que ya estaban emplazados para preservar la seguridad. Pero el precepto tampoco cierra totalmente la posibilidad a otras interpretaciones.

B. El principio de finalidad o de limitación de fines. La prohibición de su utilización para fines incompatibles

Esta regla, conforme al anterior art. 4 de la LOPD¹³⁶⁰ y al art. 5.1 b del Reglamento (UE) 2016/679, implica que únicamente pueden recabarse datos personales para su tratamiento cuando exista «un fin determinado, explícito y legítimo» y no cabe que los mismos sean tratados posteriormente «de manera incompatible con dichos fines». De acuerdo a ello, la instalación de un sistema de

También GARCÍA SALAS, A.I., «El deber empresarial de informar acerca de la videovigilancia ejercida sobre los trabajadores. Comentario a la STEDH de 9 de enero de 2018», *Revista de Información Laboral*, nº 2, 2018, p. 5 (BIB 2018\6596).

1357 Art. 22.4 LOPDGDD «El deber de información previsto en el artículo 12 del Reglamento (UE) 2016/679 se entenderá cumplido mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679. También podrá incluirse en el dispositivo informativo un código de conexión o dirección de internet a esta información».

1358 ROJO TORRECILLA, J., «Los derechos digitales de las personas trabajadoras. Examen del título X del proyecto de ley orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, y un breve apunte previo sobre nuevas aportaciones doctrinales» <www.eduardorojotorrecilla.es/2018/10/los-derechos-digitales-de-las-personas.html>.

1359 Por ello, se interpretaba que en los casos de incumplimiento del deber informativo cuando la cámara grababa al empleado cometiendo un delito, tales imágenes no tenían valor probatorio en el proceso social, pero sí en el penal. TALÉNS VISCONTI, E.E., «Video-vigilancia y protección de datos en el ámbito laboral: una sucesión de desencuentros», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, nº 3, 2018, pp. 83-84.

1360 En igual sentido el art. 4.1 de la Instrucción 1/2006 establece: «las imágenes solo serán tratadas cuando sean adecuadas, pertinentes y no excesivas en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, legítimas y explícitas, que hayan justificado la instalación de las cámaras o videocámaras».

videovigilancia empresarial en el lugar de trabajo requiere una justificación concreta y legítima. Existe cierta confusión respecto a la finalidad que debe fundamentar el uso de estos mecanismos. A nuestro entender, se ha de partir y situar en diferente plano las cámaras que se emplazan en la empresa por razones de seguridad de los bienes o de las personas de aquellas que se implantan a fin de controlar la actividad de los trabajadores. De hecho, la LOPDGDD regula en diferentes preceptos (arts. 22 y 89) ambos tipos de videovigilancia y los somete a garantías y requisitos diferentes.

a. Las cámaras por motivos de seguridad en la empresa

Recuérdese que la adopción por parte de las empresas de estos sistemas de videovigilancia obedece a un fin legítimo previsto en la Ley de Seguridad Privada que encomienda a los vigilantes de seguridad, entre otras funciones, el control y la protección de bienes, establecimientos, lugares y eventos, tanto públicos como privados, así como de las personas que pudieran encontrarse en los mismos y «la instalación y mantenimiento de aparatos, equipos, dispositivos y sistemas de seguridad (...) de videovigilancia»¹³⁶¹. Es el art. 42 el que alude explícitamente a las videocámaras y exige que esta actividad se realice por las empresas de seguridad cuando su finalidad se refiera a prevenir infracciones y evitar daños a las personas o bienes objeto de protección o impedir los accesos no autorizados.

Se trata de una medida de seguridad facultativa, aunque de forma excepcional se impone la necesidad de contar con un sistema de grabación y registro de imágenes en atención al tipo de actividad empresarial¹³⁶². La importancia creciente de la seguridad ha llevado a una proliferación de cámaras de vigilancia, tanto en las instituciones públicas como en las entidades privadas. Cada vez es más común que todo tipo de empresas, independientemente de su actividad y de su tamaño, se doten de mecanismos de esta clase para garantizar la protección de la propiedad y prevenir los daños contra las personas o el patrimonio.

En la medida en que estos sistemas también pueden grabar la imagen de los trabajadores¹³⁶³, ello implicaría un tratamiento de sus datos personales y, por tanto, una posible restricción de sus derechos. En estos casos, se ha de entender que la grabación de las imágenes donde se identifica a los empleados, y, por ende, el tratamiento de sus datos, podría estar justificado por atender a un interés jurídico de la suficiente importancia. Cuando estos controles son necesarios e imprescindibles para tales fines «de relevancia constitucional» no se ha de considerar ilícita la grabación «accidental» de la imagen del personal¹³⁶⁴.

1361 Art. 5.1 apartados a) y f) L 5/2014.

1362 A falta de un desarrollo reglamentario de la L 5/2014 esta obligación vincula a los establecimientos u oficinas de las entidades de crédito o que actúen en nombre o representación de estas, donde se custodien fondos o valores art. 120 RD 2364/1994 y arts. 3 y 4 de la Orden INT/317/2011, de 1 de febrero, sobre medidas de seguridad privada que fija las características que deben reunir los equipos de registros de imágenes.

En igual sentido, el art. 26 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, prevé que «reglamentariamente, en desarrollo de lo dispuesto en esta Ley, en la legislación de seguridad privada, en la de infraestructuras críticas o en otra normativa sectorial, podrá establecerse la necesidad de adoptar medidas de seguridad en establecimientos e instalaciones industriales, comerciales y de servicios, así como en las infraestructuras críticas, con la finalidad de prevenir la comisión de actos delictivos o infracciones administrativas, o cuando generen riesgos directos para terceros o sean especialmente vulnerables».

1363 Por ejemplo, en el caso de las entidades de crédito, la Orden INT/317/2011, de 1 de febrero, sobre medidas de seguridad privada, especifica en su art. 4 que la parte destinada a registro de imágenes de los equipos o sistemas «deberá estar ubicada, en el interior de la sucursal, en lugares no visibles por el público».

1364 GOÑI SEIN J.L., *La videovigilancia...*, cit., p. 116.

Además, en algunos supuestos, no se trata de una opción libremente adoptada por la empresa, sino que nos encontramos ante un deber de carácter inexcusable que trata de proteger intereses públicos como la prevención y protección frente a conductas delictivas que puedan realizar personas ajenas a la empresa. Esta finalidad es considerada por el poder público lo suficientemente relevante como para imponer el establecimiento de dispositivos que pudiesen afectar a los derechos fundamentales de los trabajadores o de terceros ajenos a la empresa.

Pero su empleo se ha de limitar a aquellas situaciones en las que exista una necesidad real de seguridad y con la menor afectación posible a los derechos de los trabajadores. Es decir, no bastaría para justificar la instalación de un control audiovisual continuo alegar una genérica finalidad preventiva de seguridad o protección (STC 98/2000). Debe haber una necesidad cierta, que podría derivarse de circunstancias diversas, como pudiesen ser el valor de las mercancías, la previa comisión de actos ilícitos, o incluso la protección de los propios trabajadores frente a las agresiones de terceros¹³⁶⁵. Igualmente, conforme al art. 42. 4 y 5 L 5/2014¹³⁶⁶, estas medidas están sujetas a las normas de protección de datos y expresamente a los principios de proporcionalidad, idoneidad e intervención mínima. De esta manera, cualquier sistema que por las circunstancias concretas en su instalación (tecnología utilizada, lugar de emplazamiento, ámbito o campo de grabación al que se accede) no fuese equilibrado a la finalidad pretendida no podrá considerarse legítimo.

No obstante, los conflictos que se estaban generando con la implantación de estos instrumentos tenían su origen en la desviación de su finalidad. Una vez instaladas las cámaras por motivos de seguridad, se utilizaban por la empresa para el control laboral de los trabajadores, como en el supuesto de hecho que dio origen a la STC 29/2013.

Conforme al art. 5.1 b) RGPD se establece el «principio de limitación de finalidad», que al igual que su precedente (art. 4.2 Directiva 95/42), prohíbe el tratamiento posterior de los datos para fines incompatibles¹³⁶⁷. Parece que esta excepción debe merecer una interpretación restrictiva que no suponga una variación sustancial con la finalidad originaria¹³⁶⁸ para no violentar los elementos esenciales de este derecho: el consentimiento específico y el derecho a la información. Además, se ha de reparar¹³⁶⁹ en que el apartado 4º del art. 42 de la L 5/2014 también establece que «las grabaciones realizadas por los sistemas de videovigilancia no podrán destinarse a un uso distinto del de su finalidad».

1365 Esta causa, las crecientes agresiones al personal sanitario por pacientes o familiares, llevó al Hospital de la Paz de Madrid dentro del Plan Regional de Prevención de las Agresiones a Profesionales Sanitarios, a instalar 170 cámaras con conexión con puntos de alarma en el año 2005.
<https://elpais.com/diario/2005/05/16/madrid/1116242671_850215.html> (consultado en diciembre de 2018).

1366 La AEPD recientemente ha elaborado una *Guía sobre el uso de cámaras para seguridad y otras finalidades*, para adaptar al RGPD algunas materias de la *Guía de videovigilancia* (2009).

1367 Se recuerda que en virtud de la Directiva 95/46 se flexibilizó este principio sustituyendo la prohibición de uso para «finalidades distintas» (art. 4.2 LORTAD) por el término «finalidades incompatibles» (art. 4.2 LOPD). Si bien la literalidad de los términos apunta hacia unas mayores posibilidades en la reutilización de las imágenes, la interpretación que ha venido realizando la AEPD en relación a la videovigilancia de seguridad ha sido restrictiva. Así, por ejemplo, se considera que hay una infracción del deber de información si la empresa utiliza para sancionar a los trabajadores las imágenes de las cámaras de seguridad cuando solo se ha informado de esta finalidad. (PS/00109/2004 y R/00681/2004).

1368 GOÑI SEIN, J.L., *La videovigilancia empresarial y la protección de...*, cit., p. 174.

1369 LAHERA FORTEZA, J., «Nueva jurisprudencia constitucional en la videovigilancia...», cit., p. 498.

La STC 29/2013¹³⁷⁰ perdió la oportunidad de clarificar esta cuestión en materia de videovigilancia aunque creemos que de ella se puede extraer una respuesta parcial. A pesar de ser un supuesto en que las imágenes grabadas por las cámaras instaladas por motivos de seguridad se habían utilizado para sancionar los incumplimientos de un trabajador, el TC no aludió directamente a la aplicación de la prohibición de usos incompatibles, al constatar previamente una falta de una información previa y expresa.

Sin embargo, realiza varias afirmaciones que corroboran la tesis de la imposibilidad de que los datos obtenidos por razones de seguridad sean utilizados para el control laboral. Así se declara «(...) podríamos no obstante añadir que tampoco había evidencia alguna de que aquella fuera la finalidad del tratamiento de los datos, o uno de sus posibles objetos, pues ni siquiera estaban situados los aparatos de videovigilancia dentro de las concretas dependencias donde se desarrollaba la prestación laboral, sino en los vestíbulos y zonas de paso públicos (...). En el mismo sentido apuntan, por lo demás, otros documentos que obran en las actuaciones, según los cuales la videovigilancia respondía a una «medida de seguridad pública en un lugar tan abierto al público» (alegaciones de la propia Universidad en el procedimiento ante la Agencia Española de Protección de Datos), y no por tanto a un fin declarado y específico de control de la actividad».

En definitiva, aunque la Resolución se basa en la falta de información o en su insuficiencia, esta se deriva de la ausencia de una comunicación clara a los trabajadores sobre la finalidad del control laboral, por lo que se ratifica que no cabe su empleo para este uso sin una comunicación previa. De hecho, esta fue una de las consecuencias generales que extrajo parte de la doctrina laboralista: «la proscripción de las cámaras ocultas, así como la utilización de las grabaciones para finalidades distintas mientras no exista norma legal que las ampare»¹³⁷¹.

Aún así, como ya se apuntó, entre la doctrina científica se ha planteado si debía entenderse vedado totalmente a la empresa sancionar conductas especialmente graves de los trabajadores cuando hubiesen sido conocidas de manera accidental a través de las imágenes grabadas por razones de seguridad. No parece que de manera indubitada cabe extraer esta conclusión porque el caso resuelto por el TC se refería a la utilización de las imágenes para un control rutinario u

1370 Previamente el TC ya se había pronunciado sobre la incompatibilidad de los fines, pero en supuestos diferentes a la videovigilancia. Primero, en las SSTC 11/98, 35/98, 45/98 y 60/98 relativas a la utilización realizada por RENFE del dato de la afiliación sindical que había sido proporcionado para facilitar el descuento de la cuota sindical con el fin de minorar el salario a los trabajadores afiliados a los sindicatos convocantes de una huelga con independencia de su participación o no en la misma. En estos casos se entendió que el uso de tales datos especialmente sensibles para fines tan extremadamente distintos vulneraba el derecho a la protección de datos personales y a la libertad sindical. ORTIZ LALLANA, C., «El derecho del trabajador a la libertad informática y el respeto a su libertad sindical» AA. VV., (dir. BORRAJO DACRUZ, E.) *Trabajo y libertades públicas*, Madrid, La Ley, 2000. pp. 281 y ss. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «La lesión de la libertad sindical mediante la utilización de datos informáticos automatizados», *Aranzadi Tribunal Constitucional*, nº 3, 1999, pp. 2531 y ss. Poco después, la STC 202/1999 aplicó el mismo criterio al uso de un fichero con datos de los trabajadores relativos a su salud para controlar el absentismo laboral. ROMERO RÓDENAS, M. J., «A propósito de la creación por parte de una entidad bancaria de una base de datos relativa a las bajas médicas de sus trabajadores», *Revista de Derecho Social*, nº 10, 2000, pp. 123-130 y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «La intimidad del trabajador en el uso de los diagnósticos médicos informatizados», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 101, 2000, pp. 287-299.

1371 GUERRA RODRÍGUEZ, L., «Ejercicio del poder de control a través de cámaras de videovigilancia: análisis de la doctrina constitucional», *Trabajo y Derecho*, nº 29, 2017, p. 4. En igual sentido, GALLARDO MOYA, R., «El derecho fundamental a la protección de datos y la videovigilancia...», cit., pp. 169-170.

ordinario del cumplimiento laboral, relativo a la observancia del horario de trabajo. No obstante, la STS de 13 de mayo del 2014 estimará ilegal utilizar las imágenes de una cámara instalada con el fin de prevenir robos de terceros para sancionar a una trabajadora por omitir de manera fraudulenta el registro y cobro de productos¹³⁷². El fundamento de esta decisión es que las grabaciones se usaron para distinta finalidad que la informada a la representación de los trabajadores.

Se ha estimado que quizás en este caso hubiese resultado aplicable el principio de compatibilidad de los fines al tratarse de un ilícito directamente relacionado con la seguridad¹³⁷³ o apelar a la figura del «hallazgo casual» como título que legitimara a la empresa en el uso de las imágenes para sancionar estas conductas especialmente graves. Probablemente esta haya sido la intención del art. 89 de la LOPDGDD cuando se refiere a que bastará el cartel informativo cuando las cámaras capten «la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores».

Sin embargo, existen opiniones disidentes mucho más flexibles, que argumentan que la no necesidad del consentimiento de los trabajadores al tratamiento de datos en la relación laboral supone que el principio de limitación de fines no admite soluciones restrictivas¹³⁷⁴. Como es el consentimiento el que determina la vinculación de los datos a un fin específico, su no exigencia para la videovigilancia en la empresa (ya sea por motivos de seguridad, o sea por razones de control laboral) desemboca en la no aplicación de esta pauta. Lo importante es que los trabajadores conozcan que existe el control, sin que la finalidad del mismo tenga trascendencia.

Esta interpretación tan extensa fue avalada por la última doctrina constitucional (STC 39/2016) y la jurisprudencia del TS que de ella emana¹³⁷⁵, corroborando que el cartel informativo de la videovigilancia cubriría cualquier finalidad siempre que estuviese relacionada con «la vigilancia». Doctrina que se aleja de las SSTEDH López Ribalda y Barbulescu II, que tanto valor han dado a la transparencia en el control tecnológico empresarial.

A nuestro juicio, aceptar de manera general que es posible utilizar para el ejercicio del poder disciplinario empresarial imágenes que se han captado por videocámaras instaladas para atender exigencias organizativas o de seguridad, desvirtúa claramente el principio de finalidad legal. Adviértase que si bien podría ser lícito admitir cámaras de grabación continua por motivos de seguridad, probablemente sería desproporcionada la grabación permanente para un control de los trabajadores. La distinción entre las finalidades a que obedecen las grabaciones es esencial, se trata de situaciones diferentes que obedecen a intereses de desigual relevancia e intensidad. Por ello, sus requisitos de legitimidad no han de ser los mismos.

1372 También considera desproporcionada la conclusión de esta Sentencia, aún admitiendo que no hay base legal para excepciones, FALGUERA BARÓ, M.A., «Nuevas tecnologías y trabajo (II): perspectiva constitucional...», cit., p. 17.

1373 Sin ninguna duda defienden esta tesis, DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B., «Trabajo, videovigilancia y controles informáticos...», cit., p. 15.

1374 DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B., *Control informático, videovigilancia y protección de datos en...*, cit., p. 70.

1375 No obstante, en la STS 31 de enero de 2017 se puede observar alguna limitación a esta amplitud de fines cuando se argumenta que las razones de seguridad son «una expresión amplia que incluye la vigilancia de actos ilícitos de los empleados y de terceros y en definitiva de la seguridad del centro de trabajo pero que excluye otro tipo de control laboral que sea ajeno a la seguridad, esto es el de la efectividad en el trabajo, las ausencias del puesto de trabajo, las conversaciones con compañeros, etc». (FJ 2º) (Rec. núm. 3331/2015).

Aunque no es el caso de nuestra normativa, incluso podría ocurrir que la finalidad de control laboral fuese ilegítima por ley, tal y como se resuelve en la Sentencia del TEDH de 28 de noviembre de 2017 (As. Antović and Mirković c. Montenegro)¹³⁷⁶. El supuesto se refiere a la instalación de unas cámaras de vídeo en varias aulas de una facultad universitaria con la doble finalidad de «garantizar la seguridad de los bienes y las personas, incluidos los estudiantes, y la vigilancia de la enseñanza» fines comunicados de manera oral a los afectados¹³⁷⁷. En la resolución final del asunto se tendrá en cuenta que los objetivos para la instalación de las cámaras (robos y daños a la propiedad) no habían quedado acreditados y que la vigilancia de la enseñanza, no estaba recogida entre las posibilidades que ofrecía la normativa estatal.

Parece que la nueva legislación teniendo en cuenta el principio de transparencia y la importancia del deber de información va en una línea diferente a la de los tribunales internos. Como ya referimos, la actual norma de protección de datos regula de manera separada el emplazamiento de cámaras de seguridad (art. 22) y la instalación de cámaras para el control laboral (art. 89). Para las primeras basta con colocar en lugar visible el dispositivo informativo donde conste la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del RGPD. Pero para el tratamiento de datos obtenidos a través de videocámaras con fines de control de los trabajadores se exige a la empresa el deber de informar previamente a los trabajadores sobre dicha medida de manera expresa, clara y concisa. Obligación, que no puede entenderse cumplida cuando no se alude al específico objetivo de fiscalización laboral.

Sin embargo, como se recordará, el precepto quizás para dar una respuesta a la problemática del «hallazgo casual» –¿O del control oculto en determinadas circunstancias?–, establece que bastaría con la información general del distintivo previsto para las cámaras de seguridad cuando se capte la comisión flagrante de infracciones por parte de los trabajadores. Obsérvese que aunque el artículo 89 está regulando la videovigilancia con fines de control laboral parece aludir

1376 Comentada por ROJO TORRECILLA, E., «¿Puede vulnerar la vida privada de un profesor universitario la grabación de sus clases en un anfiteatro de la Universidad donde presta ordinariamente sus servicios? Sobre la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2017 (Aplicación nº 70838/13)». <www.eduardorojotorrecilla.es/2017/12/puede-vulnerar-la-vida-privada-de-un.html>.

El TEDH al resolver este asunto, al igual que en precedentes anteriores, insistirá en la aplicación de un concepto de vida privada amplio que incluye el derecho a una «vida social privada», que puede comprender «actividades profesionales o actividades que tienen lugar en un contexto público». Contra la tesis de los tribunales montenegrinos, se estima que en las aulas no hay meramente una actividad docente, sino que también se plantean debates y se entablan otras acciones con el alumnado que producen el desarrollo de unas «relaciones mutuas» y la construcción de una «identidad social» que podrían quedar afectadas por las grabaciones.

1377 El órgano administrativo de protección de datos, la agencia estatal, estimará en fase de recurso la reclamación de varios profesores ordenando la retirada de las cámaras. La Resolución se basa principalmente en dos motivos. Por un lado, las grabaciones se habían realizado vulnerando varios preceptos de la normativa estatal sobre protección de datos y, por otro, no se había acreditado que existiera un peligro para la seguridad de las personas y de las propiedades. Además, se insistirá en que el control o la vigilancia de la docencia impartida en las aulas no era uno de los fines que legalmente permiten la videovigilancia. Ante esta decisión, los profesores afectados reclamarán en vía judicial una indemnización de daños y perjuicios por lesión a su derecho a la vida privada ante la recogida y tratamiento de los datos relativos a su actividad docente en el aula. Tanto el tribunal de instancia como el de apelación rechazarán la vulneración de este derecho con parecidos argumentos. El fundamental se centra en que la grabación de imágenes en zonas de trabajo públicas o expuestas a la mirada de los demás no puede afectar a la intimidad o vida privada de las personas, aunque también se alega para reforzar esta decisión, que se trata de una «institución pública» donde se llevan a cabo «actividades de interés público».

en este caso a las cámaras de seguridad. Creemos que su objetivo quizás está encaminado a permitir utilizar las grabaciones de este tipo de cámaras cuando de manera accidental constaten un incumplimiento grave del personal. Pero si la empresa va a utilizar de forma permanente estas cámaras para controlar este tipo de infracciones especialmente importantes por parte de los trabajadores sería adecuado una información previa y expresa de este objetivo a los mismos. Como se señaló durante la tramitación de esta Ley, en caso de aprobarse este apartado en estos términos, «el debate sobre la interpretación de esta norma, está, pues, sin duda servido»¹³⁷⁸.

b. Las cámaras con la finalidad de control laboral. El fin legítimo

La consideración de que la finalidad legítima para el tratamiento de los datos personales derivado de la videovigilancia estaba cubierta por las facultades de control empresarial que de manera amplia reconoce el art. 20.3 del ET, siempre que se ejerzan dentro del ámbito legal y sin desviaciones abusivas¹³⁷⁹ ha sido corroborada por el nuevo precepto que incorpora la LOPDGD en el ET, el art. 20 *bis*¹³⁸⁰. Ya no hay duda de que el poder de fiscalización empresarial admite el empleo de los sistemas de videovigilancia pero se han de respetar tanto los límites generales del art. 20.3 como los establecidos por la legislación vigente en materia de protección de datos personales, fundamentalmente los fijados en el art. 89.

Esto es, la causa que justifica el control mediante imágenes es el reconocimiento legal de esta facultad de vigilancia que se otorga a la empresa. ¿Es entonces suficiente cualquier interés en controlar el correcto cumplimiento de las obligaciones laborales para instalar este tipo de mecanismos?

Pensamos que no ha de servir cualquier finalidad que sea lícita o legal en sí misma, sino que se debe valorar la legitimidad de los fines en relación con las limitaciones concretas que se impongan a los derechos de los trabajadores por la videovigilancia. Así, motivos que en principio y de manera general se estiman legalmente como razonables para legitimar el control del empresario, pudieran considerarse ilícitos para justificar la instalación de un mecanismo de videovigilancia¹³⁸¹.

Hay que tener presente que la videovigilancia al suponer una importante restricción en los derechos fundamentales de los trabajadores precisaría una causa empresarial acorde al sacrificio que se impone a la otra parte. En este sentido el Reglamento (UE) 2016/679 en su artículo 6.1 f) nos recuerda que el tratamiento de datos solo se reputa como lícito cuando sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o de un tercero y siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de los datos personales.

1378 En realidad, se dijo respecto al anterior precepto (art. 22.5). Aunque en relación a esta cuestión el texto no ha variado sustancialmente. ROJO TORRECILLA, E., «Nuevamente sobre el derecho del trabajador a la privacidad en la empresa y su control por cámaras de vigilancia...», cit., p. 5.

1379 DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B., *Control informático...*, cit., p. 63.

1380 «Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales».

1381 GOÑI SEIN, J.L., *La videovigilancia empresarial y la protección de...*, cit., p. 107.

Desde esta perspectiva, no parece que el control empresarial, por ejemplo, de la calidad y cantidad de trabajo (atención del trabajador en el puesto, cumplimiento del horario) pueda entenderse como una razón suficiente para establecer un sistema perpetuo de fiscalización de la actividad laboral mediante videocámaras. Además, esta es la interpretación que siguen los organismos internacionales¹³⁸² y que, en general, se puede extraer de las últimas sentencias del TEDH en materia de videovigilancia sobre la protección de la vida privada en el entorno laboral y de una pausada interpretación de la última doctrina del Tribunal Constitucional.

Pensamos que podría ser útil en esta materia la distinción realizada entre las facultades de control ordinario de la empresa y los poderes extraordinarios o controles *ad hoc*¹³⁸³. No se pueden valorar de la misma manera los sistemas de vigilancia que tratan de verificar de forma regular el cumplimiento de la prestación laboral y el correcto funcionamiento de la empresa y los controles extraordinarios que buscan averiguar o constatar sospechas previas y fundadas de irregularidades o incumplimientos.

En el primer caso se enmarcarían las medidas generales de control que suelen afectar a toda la plantilla y tienen vocación de permanencia. Tratan de comprobar el cumplimiento de la prestación laboral o la mejora del servicio, comprendiendo instrumentos relacionados con el control horario, el adecuado uso de los medios de trabajo, la mejora del servicio a los clientes, entre otros. Son mecanismos que atienden al interés empresarial de velar por el normal desarrollo de la actividad laboral y el buen funcionamiento de la empresa.

Sin embargo, los controles extraordinarios se derivan de una situación previa en la que hay una concurrencia de indicios o sospechas de irregularidades o incumplimientos concretos. Por ello, suelen ser medidas específicas que afectan a puestos de trabajo o a empleados determinados en relación a la causa previa que desvela una probabilidad razonable de la existencia de infracciones. Estas irregularidades pueden estar directamente relacionadas con la prestación laboral (competencia desleal, utilización abusiva de los medios de trabajo) o estar desvinculadas y afectar además de a los intereses de la empresa, a los de terceros (hurto de bienes de la empresa

1382 En esta línea, la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 1 abril de 2015 CM/Rec. (2015) 5, relativa al tratamiento de datos personales en el entorno laboral establece que no debería permitirse el uso de sistemas que tengan como principal finalidad la monitorización de la actividad y el comportamiento de los empleados. Cuando dicha monitorización responda a fines legítimos como pueda ser la seguridad, la propiedad, la salud o el correcto funcionamiento de la empresa, deberán adoptarse garantías adicionales, incluida la consulta a los representantes de los trabajadores.

Documentos anteriores también excluían la utilización ordinaria de estos mecanismos para finalidades genéricas. Así, el Dictamen 4/2004, de 11 de febrero, relativo al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara, elaborado por el GTA 29 establece que «los sistemas de vigilancia por videocámara cuyo objetivo directo es controlar, desde una situación remota, la calidad y la cantidad de las actividades laborales y, por lo tanto, implican el tratamiento de datos personales en este contexto, por regla general no deberán estar permitidos» (Apartado 8º p. 26). (Se ha complementado recientemente por el Dictamen 2/2017, de 8 de junio de 2017 sobre tratamiento de datos en el trabajo).

También el Repertorio de Recomendaciones Prácticas sobre la Protección de Datos Personales de los Trabajadores de la OIT prevé que «La vigilancia continua debería permitirse solamente si lo requieren la salud, la seguridad y la protección de los bienes (Apartado 6.14.3).

1383 Principalmente por FABREGAT MONFORT, G., «El control empresarial de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías: algunas ideas clave», *Trabajo y Derecho*, nº 5, 2015, pp. 3 y ss. y en *Nuevas perspectivas del poder de dirección y control del empleador...*, cit., pp. 23 y ss. Adopta también este criterio GUERRA RODRÍGUEZ, L., «Ejercicio del poder de control a través de cámaras de videovigilancia: análisis...», cit., p. 7.

o de otros empleados, acoso entre empleados...). En estos supuestos el fundamento del control es constatar las sospechas y obtener la prueba para su sanción, por ello la vigilancia ha de tener carácter temporal¹³⁸⁴.

Ya señalamos que en algunas de estas situaciones, cuando los indicios se refieren a infracciones delictivas o especialmente graves, siempre que existan unas sospechas razonables y fundadas o incluso certezas relativas a su comisión por determinados trabajadores, el principio de transparencia o información parece que en tales circunstancias podría tener una excepción siempre que la medida de vigilancia fuese proporcional (un control concreto temporal)¹³⁸⁵. En otro caso, este deber informativo podría llegar a impedir la comprobación de los ilícitos, amparando o facilitando en cierta medida la ejecución de los mismos sin posibilidad de una defensa empresarial¹³⁸⁶.

Aplicando este esquema a la videovigilancia, las medidas de control ordinario no podrían tener la misma intensidad que las extraordinarias¹³⁸⁷, las primeras deben ser menos invasivas en relación a ese objetivo de vigilar el cumplimiento ordinario de la prestación. El control extraordinario en cuanto persigue verificar la comisión por los trabajadores de faltas graves contra los bienes y las personas, permitiría actuaciones más intensas o agresivas. En definitiva, estas diferencias entre un tipo de vigilancia u otro se aprecian en los distintos resultados que se derivan de la causalidad y de la aplicación del test de proporcionalidad, especialmente del juicio de necesidad y del de proporcionalidad en sentido estricto.

En este sentido, para un control rutinario de la actividad laboral, piénsese por ejemplo en el cumplimiento del horario, difícilmente, si no imposible, puede considerarse adecuado utilizar una videocámara cuando existen otros sistemas mucho menos invasivos para la privacidad de los trabajadores. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conduce a estimar que cuanto más incisivo sea el control, y, por tanto, mayor el sacrificio para los derechos fundamentales de los trabajadores, de más peso debe ser el interés empresarial para la implantación de ese sistema. Insistimos, como regla general, el control normal o habitual de la prestación, no parece ser causa suficiente para instalar sistemas permanentes de grabación de imágenes. No cualquier objetivo legal o legítimo puede justificar el recurso a la grabación de las imágenes a través de los arts. 20.3 y 20 *bis* del ET.

Aún y todo, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, fundamentalmente a las garantías establecidas para preservar la intimidad y el secreto de las comunicaciones, se han admitido controles rutinarios permanentes para constatar la calidad del servicio. Recuérdese en esta línea la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2003 (Rec. núm. 52/2003) que consideró adecuada la grabación de las conversaciones telefónicas de los trabajadores, asesores comerciales con los clientes a fin de controlar la buena realización del servicio para su mejora, doctrina

1384 GUERRA RODRÍGUEZ, L.: «Ejercicio del poder de control a través de cámaras de videovigilancia: análisis...», cit., p. 7.

1385 En parecido sentido, GOÑI SEIN, J.L., distingue entre controles *ex post* defensivos y controles abstractos o *ex ante*, estando en todo caso vetada la videovigilancia oculta para estos últimos. GOÑI SEIN, J.L., «Video vigilancia empresarial mediante cámaras ocultas: su excepcional validez...», pp. 6-7.

1386 *Supra*, p. 6.

1387 FABREGAT MONFORT, G., «El control empresarial de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías...», cit., p. 3.

posteriormente aplicada en otros supuestos similares¹³⁸⁸. No obstante, no es difícil imaginar que una causa de igual naturaleza pueda justificar en una situación determinada la instalación permanente de cámaras de grabación de imagen.

C. El principio de proporcionalidad

De este principio se deriva la obligación de «minimización de los datos» (art. 5.1 c) RGPD) que se refiere a que la información que se pretende recabar sea adecuada, pertinente y limitada «a lo necesario» en relación con los fines del tratamiento¹³⁸⁹.

En primer término, esta exigencia supone que cuando la finalidad puede cumplirse sin realizar un tratamiento, los datos no deberían ser recabados y tratados, así el Considerando (39) establece que «los datos personales solo deben tratarse si la finalidad del tratamiento no pudiera lograrse razonablemente por otros medios». No existiendo otra vía, los datos requeridos deberán ser proporcionales y congruentes con el objetivo que preside el tratamiento, esto es, se debe evaluar su necesidad y proporcionalidad tanto desde un punto vista cuantitativo (volumen de datos) como cualitativo (categoría de datos).

Esta regla aplicada a la videovigilancia supone que el emplazamiento de las cámaras solo se considerará admisible cuando para cumplir el fin que justifica el control no exista otra medida menos intrusiva para la privacidad de los trabajadores. En consecuencia, se ha de valorar la legitimidad del recurso a las videocámaras según se considere o no que son indispensables, circunstancia que dependerá de la existencia de otros mecanismos menos agresivos.

Desde esta perspectiva, obsérvese que, respecto a las cámaras con fines de seguridad, en muchas ocasiones su empleo se justifica por razones generales como pudiese ser el evitar robos o daños a la propiedad, cuando existen otras medidas alternativas que podrían resultar suficientes, tales como sistemas de alarma, puertas blindadas automáticas, personal de seguridad. Sólo se debería recurrir a la recogida y grabación de las imágenes cuando estos dispositivos resultaran ineficaces o insuficientes¹³⁹⁰. Con igual enfoque se ha de valorar si no existen otros medios de menor injerencia o sacrificio que eviten la captación y el tratamiento de las imágenes para controlar el cumplimiento laboral. Reiteramos que en la práctica judicial la aplicación de este principio es muchas veces meramente formal, únicamente se valora si la medida es idónea o adecuada para conseguir el fin propuesto, atendiendo a la alegación general de la empresa sobre la inexistencia de otros sistemas, sin requerir cierta prueba que acredite la indispensabilidad de su uso.

Superado este filtro, cuando fuese necesario emplear tales métodos de captación y tratamiento de las imágenes, la información debe ser proporcional, necesaria y no excesiva en relación a la finalidad legítima y determinada que la justifica. Este mandato sobre no recabar datos excesivos conduce a que se haya de evaluar el dispositivo específico y la manera en que se instala en relación a alcanzar el interés con la menor afectación a la privacidad. Como ya se apuntó, no todos los sistemas son iguales, unos solo captan las imágenes, mientras que otros proporcionan

1388 STSJ del País Vasco, de 29 de octubre de 2013 (Rec. núm. 1815/2013).

1389 En parecido sentido art. 6.1 c) de la derogada Directiva 46/95 y art. 4.1 LOPD.

1390 De nuevo, STC 98/2000, (Casino La Toja) que afirma no se había acreditado una quiebra en los sistemas de seguridad y la necesidad de un plus que pudiese justificar la grabación de las conversaciones de los trabajadores.

el acceso simultáneo a la imagen y al sonido; algunos solo posibilitan visualizar en tiempo real las imágenes, en tanto que los más utilizados acceden, graban e incluso favorecen enormes posibilidades para el tratamiento de la información.

De ahí que conforme a la regla de proporcionalidad, la empresa debería optar por aquel sistema que, resultando suficiente, minimice los datos a los necesarios¹³⁹¹. Esto llevaría a tratar solo de visualizar las imágenes cuando no sea preciso grabarlas y almacenarlas, usar de manera preferente cámaras fijas frente a las móviles –que siempre pueden suponer una mayor invasión y menos garantías para los afectados–¹³⁹². Tanto la modalidad técnica escogida como el fin concreto del uso de las cámaras son elementos clave para decidir en qué medida afectan o no a los derechos de los trabajadores y si esa limitación puede entenderse justificada por un fin legítimo¹³⁹³. En este sentido, el Dictamen 2/2017 del GT29 muestra su preocupación por la reducción del tamaño de las cámaras junto con el aumento de sus capacidades y los nuevos tratamientos que pueden realizarse a través de imágenes (análisis de expresiones faciales, patrones de movimiento, entre otros). Estos avances tecnológicos permiten la creación de perfiles y, posiblemente, una toma de decisiones automatizada. Por ello, como regla general, consideran ilícito el uso de las técnicas apuntadas.

El principio de intervención mínima también conduce a tener en cuenta tanto el ámbito espacial como el ámbito temporal del sistema de videovigilancia. Se habrá de juzgar en relación a la finalidad concreta tanto el lugar de emplazamiento de las cámaras como el ángulo visual que estas permiten, de modo que su uso no sea desproporcionado y se limite al espacio estrictamente imprescindible. De igual modo, en relación al factor tiempo, se ha de considerar que el control continuo debería ser totalmente excepcional y justificado¹³⁹⁴. El emplazamiento de las cámaras como norma general solo debe permitirse por el tiempo rigurosamente necesario para recabar la precisa información.

Como se comprueba, gracias al sometimiento de la videovigilancia empresarial al cumplimiento de todas estas garantías y principios que preservan la información personal de los trabajadores se han ido estableciendo limitaciones más precisas a la omnímoda facultad empresarial del control electrónico del personal. La prolija regulación comunitaria sobre este derecho, vinculante para nuestro ordenamiento, ha logrado al menos establecer ciertas pautas y restricciones que no se alcanzaron con el derecho a la intimidad como único muro de contención al poder fiscalizador empresarial. Además, ha sido esta normativa la que ha empujado por fin al legislador a dar una respuesta a la tan demanda adaptación de la relación laboral al entorno tecnológico desde la perspectiva de proteger la privacidad de los trabajadores¹³⁹⁵.

1391 No se entendería lícito el acceso a imágenes del trabajador accidentales o superfluas o visualizar o ampliar rasgos físicos del trabajador u otros detalles no relevantes o incluso «recrearse o hurgar en detalles morbosos de la persona sometida a observación» La curiosidad en general acerca de los detalles íntimos –o incluso escabrosos– puede conducir a extralimitaciones en el uso de estos sistemas. GOÑI SEIN, J.L., *La videovigilancia empresarial...*, cit., p. 168.

1392 En la SJS de Córdoba, de 20 de abril de 2018 (nº 167/2018) que reputa lesiva la prueba, la empresa utiliza una cámara fija ya instalada para realizar un seguimiento individual a una trabajadora.

1393 ARZOZ SANTIESTEBAN, X., «Videovigilancia y derechos fundamentales», cit., p. 158.

1394 La STSJ de Galicia de 24 de julio de 2018, (Rec. núm. 993/2018) declara nulo el despido de un conductor de autobús por utilizar como prueba las cámaras de seguridad instaladas en el autobús para controlar la conducta del trabajador incluso en los periodos de descanso.

1395 CASAS BAAMONDE, M.E., «Informar antes de vigilar. ¿Tiene el Estado la obligación positiva de garantizar un mínimo de vida privada...», cit., pp. 103-121.

Sin embargo, hasta esta reforma, la falta de una norma que precisara y regulara con mayor certeza esta materia en la relación laboral dejaba un amplio margen a la interpretación de los tribunales que ha originado cambios jurisprudenciales constantes y últimamente regresivos para la defensa de los derechos sociales. Ante esta ausencia provisional de normas específicas y la deriva de algunos pronunciamientos internos, ha cobrado un significativo protagonismo la doctrina del Tribunal de Estrasburgo¹³⁹⁶ en la búsqueda de un equilibrio justo entre los derechos de la empresa y de los trabajadores a fin de corregir esta amplificación de los poderes empresariales. No se trata de nuevas reglas, sino de la aplicación de manera real de la transparencia y de la proporcionalidad, principios que siempre han estado presentes en la normativa de protección de datos.

2.6. El derecho a la propia imagen como límite al empleo de la videovigilancia empresarial

El empleo de la videovigilancia puede afectar a muy diversos bienes y derechos, pero, antes que a cualquier otro, afecta al derecho a la propia imagen, en cuanto que el dominio de una persona sobre su imagen comienza desde su captación por terceros, y esto es precisamente lo que implica el empleo de estos mecanismos.

Una de las pocas normas que de manera específica regula la videovigilancia, la LO 4/1997¹³⁹⁷, se refiere en su Exposición de Motivos¹³⁹⁸ al derecho a la propia imagen como uno de los bienes principalmente afectados por el uso de estos medios. Sin embargo, sorprende que en el entorno laboral la problemática de la licitud del empleo de estos sistemas de captación de la imagen casi no se haya abordado desde la vulneración de este derecho. Probablemente ello obedece a que en la utilización de estos sistemas de control en la mayoría de las ocasiones no solo resulta comprometido el derecho a la imagen, sino que también pueden ser vulnerados el derecho a la intimidad y derecho a la protección de datos de carácter personal, que suelen ser alegados de manera conjunta. Todos ellos son derechos relativos a la vida privada y se tiende a confundir su ámbito de protección.

Como sabemos, cuando se instalan cámaras en los centros de trabajo es posible que puedan vulnerarse todos estos derechos a la vez, unos u otros, de manera conjunta, o por separado, o incluso que no exista quebranto de ninguno de ellos. Insistimos en que en los supuestos en los que se denuncia la afectación de dos o más derechos, al gozar de naturaleza autónoma, tal y como mantiene la actual doctrina constitucional, habría que examinar cada una de las posibles lesiones

1396 TERRADILLOS ORMAECHEA, M.E., «El principio de proporcionalidad como referencia garantista de...», cit., pp. 139-162 y GOÑI SEIN, J.L., «La protección de las comunicaciones electrónicas del trabajador: la doctrina del Tribunal de Estrasburgo y la jurisprudencia constitucional», cit., pp. 12 y ss.

1397 Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos,

1398 Corresponde al Estado, en el ejercicio de la competencia que le atribuye la Constitución (artículo 149.1.29.) en materia de seguridad pública, la aprobación de la presente Ley que, por otra parte, en la medida en que incide en la regulación de las condiciones básicas del ejercicio de determinados derechos fundamentales, como el derecho a la propia imagen y el derecho de reunión, debe tener en su totalidad el carácter de Ley Orgánica, sin perjuicio de las competencias que correspondan a las Comunidades Autónomas en esta materia de acuerdo con lo que dispongan sus Estatutos de Autonomía.

sin que una de ellas pueda absorber a las demás¹³⁹⁹. No obstante, los tribunales laborales, sobre todo respecto al derecho a la intimidad y propia imagen, se refieren a ambos de forma conjunta e indiferenciada y suelen analizar el conflicto desde la perspectiva del derecho a la intimidad sin acometer el enjuiciamiento de la posible vulneración del derecho a la propia imagen. Al igual que la jurisprudencia y doctrina judicial civil, se introduce una especie de *vis atractiva* del derecho a la intimidad sin valorar las peculiaridades propias de cada uno de ellos, como si consideraran que la captación de la imagen es secundaria, que solo es un medio para lesionar la intimidad¹⁴⁰⁰.

Ya valoramos que este proceder puede deberse a la manera en que en ocasiones se formulan las propias demandas y al cumplimiento del principio de congruencia procesal. Sin embargo, en otros muchos casos se observa una ausencia de pronunciamiento sobre la lesión a la propia imagen cuando los demandantes han alegado claramente la vulneración de ambos derechos. Sirva como ejemplo, la ya citada STC 186/2000 en la que a pesar de que el recurrente en amparo alegaba la vulneración de «los derechos a la intimidad y a la propia imagen» el Tribunal Constitucional se limita a examinar el caso desde la perspectiva del derecho a la intimidad, y una vez rechazada la lesión a este derecho, declaraba expresamente la no vulneración de ambos derechos sin utilizar argumentación alguna: «por tanto, los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, garantizados por el art. 18.1 CE, no han resultado vulnerados» (FJ 7º).

En este sentido, también tiene interés la STJ Asturias, de 30 de marzo de 2017¹⁴⁰¹ que, en relación a un supuesto de instalación de un GPS por un detective para el seguimiento de un trabajador, alude a esta confusión entre derechos. «Aunque la captación de información se haya realizado observando al demandante en la vía pública, en establecimientos de acceso público o mediante la vigilancia de los movimientos del vehículo puesto a su disposición por la empresa, su intensidad ha supuesto la penetración en la esfera personal y reservada del demandante, amplificada por una abusiva captación de la imagen del trabajador, sobre la cual nada dice la sentencia, a pesar de haberse denunciado en la demanda, tal vez por englobarla dentro de la vulneración del derecho a la intimidad». Para aclarar que «en el art. 18.1 CE el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen son considerados, sin embargo, derechos autónomos» pero, en este caso, «el silencio de la sentencia de instancia sobre este último y la falta de su tratamiento en el recurso del trabajador impiden la posibilidad de incluirlo en el pronunciamiento judicial» (FJ 17º). Se constata así, la existencia de resoluciones que incurren en un defecto de exhaustividad o «incongruencia omisiva», muchas veces no sometido a complemento de sentencia ni denunciado en el recurso devolutivo, así como tampoco apreciado de oficio, como cuestión de orden público procesal.

1399 Véase, Capítulo I. Entre otras, STC 156/2001 «El carácter autónomo de los derechos del art. 18.1 CE supone que ninguno de ellos tiene respecto de los demás la consideración de derecho genérico que pueda subsumirse en los otros derechos fundamentales que prevé este precepto constitucional. *La especificidad de cada uno de estos derechos impide considerar subsumido en alguno de ellos las vulneraciones de los otros derechos que puedan ocasionarse a través de una imagen* que muestre, además de los rasgos físicos que permiten la identificación de la persona, aspectos de su vida privada, partes íntimas de su cuerpo o la represente en una situación que pueda hacer desmerecer su buen nombre o su propia estima. En tales supuestos la apreciación de la vulneración del derecho a la imagen no impedirá, en su caso, la apreciación de las eventuales lesiones al derecho a la intimidad o al honor que a través de la imagen se hayan podido causar, *pues, desde la perspectiva constitucional, el desvalor de la acción no es el mismo cuando los hechos realizados solo pueden considerarse lesivos del derecho a la imagen que cuando, además, a través de la imagen pueda vulnerarse también el derecho al honor o a la intimidad, o ambos derechos conjuntamente*» (FJ 3º). La cursiva es nuestra.

1400 THILBAULT ARANDA J., «Videovigilancia en el puesto de trabajo», cit., p. 230.

1401 (Rec. núm. 2997/2016).

En general, se aprecia una falta de distinción entre ambos derechos cuando su ámbito de protección es bien diferente. Así, se puede afirmar que no es consustancial a los sistemas de grabación de imágenes y/o sonidos la intromisión en el ámbito de la intimidad de las personas, ya que esta solo se verá comprometida en atención a la naturaleza de las imágenes o al contenido de las conversaciones captadas o al posterior uso que se haga de los mismos. Recordemos que el art 7.1 de la LO 1/1982 considera como intromisiones ilegítimas en la intimidad de las personas «el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas». Es decir, que a pesar de la amplitud interpretativa que nuestros tribunales han dado a este derecho, no se entiende comprometido por la mera decisión de adoptar un sistema de videovigilancia en la empresa. La vulneración dependerá de las circunstancias concurrentes en su concreta aplicación (causa, lugar de emplazamiento de la cámara, la duración de las grabaciones, naturaleza de las imágenes o del contenido de las conversaciones, entre otras).

Sin embargo, la protección del derecho a la propia imagen va más allá. Conforme al art 7.5 LO 1/1982 se impide captar, reproducir o divulgar la imagen de una persona tanto en «lugares o momentos de su vida privada» como «fuera de ellos». Como ya vimos, se protege la «imagen inocua». En la tutela de este derecho no existe una limitación en relación al lugar de emplazamiento de las videocámaras o a las circunstancias que concurren en su aprehensión. El bien protegido es la figura humana en sí misma considerada, reconociendo a cada individuo la facultad de impedir su captación, reproducción o publicación sin el previo consentimiento, y, con independencia de que tales intromisiones, supongan o no, afectaciones a la vida privada. Se trata, por tanto, de un derecho que integra el poder de disposición de la persona sobre su imagen y sobre los fines a los que esta haya de aplicarse, y, salvo las excepciones previstas en la normativa, cualquier incautación sin autorización previa se valora como ilegítima. De ahí, que las videocámaras que no lesionan el derecho a la intimidad –al no comprometer este espacio–, sí podrían afectar al derecho a la propia imagen. La apropiación de la misma durante la prestación laboral afecta al poder de impedir la obtención y el uso por los demás¹⁴⁰² salvo que pudiese venir justificada por otra vía.

En principio, por tanto, la instalación en los centros de trabajo de un sistema de videovigilancia que pudiese captar o grabar la imagen de los trabajadores ya sea por motivos de control de la actividad de los trabajadores o por causas relacionadas con la seguridad o la producción podría suponer una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de los afectados siempre que no hubiese mediado su consentimiento o no se encontrase autorizada por la ley¹⁴⁰³, conforme al art. 2 LO 1/1982.

Aunque se admite que la videovigilancia en los lugares públicos de la empresa¹⁴⁰⁴ podría suponer una intromisión ilegítima al derecho a la propia imagen conforme al artículo 7.5 de la LO 1/1982, se ha valorado que esta afectación debe entenderse autorizada por la ley y por el contrato de trabajo desde el momento en que los trabajadores se someten en virtud de aquel al control

1402 POQUET CATALÁ R., *El actual poder de dirección y control del empresario...*, cit., p. 262

1403 MARTÍNEZ RANDULFE, F., «Derecho a la intimidad y relación de trabajo: aproximaciones», AA. VV., (dir. LOUSADA AROCHENA, J.F. y MOVILLA GARCÍA, M.), *Derechos fundamentales y contrato de trabajo*, Comares, Granada, 1998, pp. 57-58.

1404 Es decir, los que captan o graban la ejecución del trabajo en zonas que están a la vista de los presentes en el centro de trabajo.

empresarial conforme al art. 20.3 del ET¹⁴⁰⁵. Se afirma que así como el derecho a la intimidad forma parte de la dignidad humana y actúa como límite al poder de vigilancia empresarial, sin que pueda entenderse legítimo el empleo de sistemas de videocontrol que no estén justificados por la ponderación, en el derecho a la propia imagen, al tratarse «solo de la disposición de la imagen», bastaría la firma del contrato para entender que su restricción está autorizada por ley al amparo del art. 20.3 ET¹⁴⁰⁶, sin precisar un examen de la proporcionalidad.

Esta tesis parece situar al derecho a la propia imagen en un lugar secundario, como si no fuese un derecho derivado de la dignidad personal que pueda operar como límite a las facultades de control empresarial. No podemos estar más en desacuerdo. El derecho a la propia imagen, al igual que el derecho a la intimidad, tal y como afirma de manera reiterada el TC¹⁴⁰⁷, es un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas. Si bien es cierto que la doctrina constitucional pone de manifiesto que frente a la intimidad o al honor, en la vulneración de la imagen es «menor la consecuencia lesiva sobre la dignidad»¹⁴⁰⁸ ello no conduce a ni siquiera plantearse una posible colisión de derechos.

Cuando se emplazan cámaras de videovigilancia en el entorno laboral, si bien la afectación o el daño es mayor cuando se accede a imágenes que por diferentes circunstancias pueden afectar a la intimidad, la mera grabación continua y la conservación de tal información personal también supone una limitación al derecho a la propia imagen que debe ser considerada. Esta libertad se ha de ver comprendida entre los derechos aludidos de manera implícita en el art. 20.3 del ET cuando se obliga a la empresa a guardar «la consideración debida a su dignidad humana» en la adopción y aplicación de las medidas de vigilancia. Otra cuestión es que «el canon de relevancia que permite la afectación sobre el derecho a la propia imagen ha de ser necesariamente más tenue que el que faculta a una intromisión en otros derechos como el honor o la intimidad»¹⁴⁰⁹.

Conforme a la LO 1/1982 las causas de exclusión de la ilegitimidad de la intromisión en el derecho a la propia imagen desde la perspectiva de la implantación o uso de los sistemas de videovigilancia se reducen fundamentalmente¹⁴¹⁰ a dos: que una ley autorice la captación, grabación o publicación de la imagen de los afectados o, en el caso de que no la hubiera, que sean los propios interesados los que consientan tales actuaciones.

Cuando la finalidad de las cámaras está relacionada con la seguridad, el art. 42 L 5/2014 regula este recurso como una medida opcional de protección de los establecimientos¹⁴¹¹, que legitima las posibles intromisiones en el derecho a la propia imagen de los trabajadores siempre que existiese un motivo suficiente y cumpliendo «lo previsto en la normativa en materia de protección de datos de carácter personal, y especialmente a los principios de proporcionalidad, idoneidad

1405 DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B., *Control informático, videovigilancia...*, cit., p. 61. En igual sentido, POQUET CATALÁ R., *El actual poder de dirección y control del empresario...*, cit., p. 262.

1406 DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B., *Control informático, videovigilancia ...*, cit., p. 61

1407 SSTC 81/2001, 139/2001, 83/2002, entre otras.

1408 ATC 176/2007 (FJ 2º) y STC 23/2010 (FJ 4º).

1409 ATC 176/2007 (FJ 2º) y STC 23/2010 (FJ 4º).

1410 Aunque existen otras excepciones en la LO ya estudiadas en el primer capítulo, no son aplicables a esta problemática.

1411 Recuérdese que hay algunos casos excepcionales en que la medida es obligatoria.

e intervención mínima». Atiéndase a que el uso de las imágenes para otras finalidades quedaría fuera de la habilitación legal, tal y como prevé el precepto (art. 42.4).

Si el objetivo de las videocámaras es el control directo de los trabajadores para constatar el correcto cumplimiento de su prestación, no consideramos que el genérico reconocimiento que realiza el art. 20.3 ET suponga una autorización legal que permita en todo caso la captación, grabación y uso de las imágenes de los empleados. La inexistencia de una prohibición expresa o limitada del uso de la videovigilancia no puede suponer una admisión o tolerancia a su adopción como criterio general y mantenerse la idea de que este recurso es prácticamente libre¹⁴¹². La colisión entre las facultades organizativas y de control de la empresa con el derecho a la propia imagen de los trabajadores debe resolverse también conforme a la doctrina constitucional de la ponderación de bienes de acuerdo al principio de proporcionalidad. Resultaría paradójico que por razones de seguridad pública y privada se apliquen importantes limitaciones¹⁴¹³ al empleo de estas técnicas en aras a preservar el derecho a la propia imagen, entre otros derechos fundamentales,¹⁴¹⁴ y que en el ámbito de la empresa se acepte su utilización ante la alegación de cualquier interés empresarial.

Al igual que con el derecho a la intimidad, se ha planteado que el consentimiento contractual de los trabajadores significa aceptar su posición subordinada y su sometimiento a los poderes de dirección y de control la empresa. De ahí, la existencia de un consenso tácito a la limitación de los derechos que puedan verse afectados por la videovigilancia, entre ellos, el derecho a la propia imagen. En este punto, consideramos relevante recurrir a la doctrina del TC en relación al derecho a la propia imagen en la relación laboral.

La STC 99/1994 identifica dos fuentes posibles de limitación del derecho: las restricciones que emanan del objeto del contrato y las que, más allá de las funciones que asume el trabajador, se derivan de los poderes del empresario de dirección y control (arts. 20 y 5 c) ET). En el conflicto concreto enjuiciado al tratarse de una exigencia fuera del estricto objeto del contrato de trabajo, se entiende que toda medida restrictiva del derecho fundamental debe sujetarse al canon constitucional de la mínima intervención.

Así se establece que «no bastaría la sola afirmación del interés empresarial, dada la posición prevalente que alcanzan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento» y que «los requerimientos organizativos de la empresa que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de aquellos (al margen de los conectados de forma necesaria con el objeto mismo del contrato) deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, de tal suerte que se hace preciso acreditar –por parte de quien pretende aquel efecto– que no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra».

1412 FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A, *Las facultades empresariales de control...*, cit., p. 78.

1413 Arts. 6 LO 4/1997 y 42. 5 L 5/2004 relativos al cumplimiento de los principios de proporcionalidad, idoneidad e intervención mínima en la utilización de estos mecanismos.

1414 En el ámbito de la seguridad pública está más limitada la posible afectación al derecho a la intimidad puesto que las cámaras solo pueden utilizarse en los espacios públicos, estando prohibido su uso en el interior de las viviendas o sus vestíbulos, salvo consentimiento de los afectados o una previa autorización judicial. Aún así, el uso en los espacios públicos tampoco está permitido si se afecta de forma grave y directa a la intimidad de las personas o a las conversaciones de índole privada.

De acuerdo a esta doctrina, la adopción de sistemas de control de la actividad laboral por medio de la captación de imágenes y/o sonidos no deriva del objeto del contrato, de la naturaleza de las tareas contratadas, es decir, no estamos ante un elemento necesario para el estricto cumplimiento de la prestación laboral. De la naturaleza de las funciones que se pacten se podría deducir que los trabajadores ceden su imagen y aceptan la restricción de su derecho, operando entonces el consentimiento contractual como delimitador de aquel. Sin embargo, de la aceptación genérica del contrato no cabe concluir la admisión de cualquier sistema de control de la actividad que implique la captación, grabación y uso de las imágenes de los empleados. No se puede partir de una especie de presunción general de aprobación del poder de vigilancia personal, realizando una relectura constitucional del art. 20.3 ET *ex* artículos 33 y 38 de la CE que suponga establecer un tratamiento diferente en lo laboral «para optimizar la posición organizativa del empleador» creando un desajuste y un agravio para el estatuto del trabajador como ciudadano¹⁴¹⁵.

Si se trata de exigencias o decisiones empresariales que quedan fuera del estricto objeto del contrato, como es el caso de la adopción de un sistema de control determinado, esa limitación ha de adecuarse a los principios de necesidad y subsidiariedad para valorarse como legítima. Esto es, se deberá justificar la necesidad en un legítimo, pertinente y significativo interés empresarial, y al mismo tiempo, será necesario que el resultado que se persigue con tal medida no se pueda alcanzar con otras menos gravosas en relación a los sacrificios que supone. En definitiva, se trata de valorar la importancia del interés del empleador satisfecho con la información captada y/o grabada por la cámara, la relevancia de tales imágenes en relación a aquel y la posibilidad de que existan otros medios menos intrusivos para alcanzar el mismo resultado¹⁴¹⁶. De nuevo volvemos a la necesidad de la proporcionalidad y el equilibrio de derechos, aunque la afectación de la imagen pueda considerarse más vulnerable a ceder ante determinadas utilidades empresariales.

A pesar de la falta de protagonismo que ha tenido el derecho a la propia imagen de los trabajadores como límite a la videovigilancia laboral, su contenido es tutelado gracias a las garantías que ofrece el derecho a la protección de datos personales. De la consideración de que tales sistemas de grabación de imágenes suponen un tratamiento de datos personales, resulta que la captación de cualquier imagen de los trabajadores en el entorno laboral, afecte o no a su intimidad, queda amparada por el derecho de autodeterminación informativa. No obstante, insistimos, no parece que el sistema más adecuado para proteger los derechos que se ven implicados en este tipo de controles haya sido la aplicación de una normativa general que, en ocasiones por su imprecisión, ha posibilitado una interpretación no adaptada a las garantías que merece la relación laboral subordinada.

La solución reclamaba la reiterada y ya casi permanente petición de una respuesta de la legislación que aún con «sus virtudes y sus defectos»¹⁴¹⁷ estableciese unas reglas más seguras. Ya son muchos años de denuncia por la doctrina laboralista de esta incomprensible anomia legislativa que llevaba a la desesperanza. Así, se ha afirmado que, «el legislador ni está ni se le espera»¹⁴¹⁸,

1415 MOLINA NAVARRETE, C., «Expectativa razonable de privacidad y poder de vigilancia empresarial: *¿quo vadis* justicia laboral? Comentario a la Sentencia del TEDH de 12 de enero del 2016 asunto Barbulescu c. Rumania, demanda núm. 61496/2008, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 399, 2016, pp. 178-179.

1416 MARTÍNEZ FONS, D., *El poder de control del empresario en la relación laboral...*, cit., p. 84.

1417 MOLINA NAVARRETE, C., «El trabajador transparente, entre metáforas y realidad, y el efecto útil de los derechos de la personalidad en la empresa del SXXI» *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 419, 2018, p. 122.

1418 TASCÓN LÓPEZ, R., «Tecnovigilancia empresarial y...», cit., p. 61.

su intervención «aunque ideal, resulta utópica»¹⁴¹⁹. Pero parece que los más optimistas¹⁴²⁰ han acertado y la nueva regulación sobre esta materia en clave laboral al menos otorgue una respuesta parcial a algunas cuestiones.

2.7. La nueva regulación de la videovigilancia en la normativa de protección de datos

Aunque muchos de los cambios que introduce esta legislación se han ido incorporando a lo largo del estudio, parece conveniente dedicar un apartado específico al análisis ordenado de las novedades que incorpora el actual texto normativo.

La necesaria adaptación, concreción y depuración de la normativa interna derivada de la aplicación del RGPD se ha cumplido, aunque con retraso, con la reciente aprobación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Pero tal y como indica su denominación, su contenido va más allá, el texto normativo también ha querido adaptar los derechos de la ciudadanía a la transformación digital. En particular, han sido objeto de regulación diferentes derechos y libertades referentes al entorno de Internet como la neutralidad de la Red y el acceso universal o los derechos a la seguridad y la educación digital, así como los derechos al olvido, a la portabilidad y al testamento digital. También se ha de destacar el establecimiento de garantías para la libertad de expresión y el derecho a la aclaración de informaciones en los medios de comunicación digitales.

En este contexto, se ha atendido específicamente al ámbito laboral para reconocer a los empleados, tanto privados como públicos, nuevos derechos como la desconexión digital (art. 88) y garantías más precisas a fin de proteger su intimidad ante la vigilancia tecnológica del empleador. En concreto, la norma regula el control de los dispositivos digitales facilitados por el empleador a los trabajadores (art. 87), el empleo de mecanismos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el entorno laboral (art. 89) y la utilización de sistemas de geolocalización (art. 90).

Como ya adelantamos, la Disp. Final 13^a ha agregado un nuevo precepto en el ET (art. 20 *bis*)¹⁴²¹ y un apartado adicional en el art. 14 del Estatuto Básico del Empleado Público (*j bis*)¹⁴²², de similar redacción, donde se reconoce el derecho a desconexión digital y a la protección de la intimidad frente al uso de los sistemas de control ya señalados. En ambos casos, hay una remisión al cumplimiento de los límites y garantías que fija la propia norma. En sí ya es criticable la

1419 LOUSADA AROCHENA, F., «Derecho fundamental a la protección de datos personales *versus* facultad empresarial de videovigilancia...», cit., p. 415.

1420 MOLINA NAVARRETE, C., «El trabajador transparente, entre metáforas y realidad, y el efecto útil de los derechos de la personalidad...», cit., p. 123.

1421 «Artículo 20 *bis*. Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión.

Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales».

1422 «*j bis*) A la intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición y frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, así como a la desconexión digital en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales».

propia técnica legislativa que opta por la remisión a una norma común, cuando hubiese sido más coherente incorporar estos preceptos al texto del ET y del EBEP¹⁴²³.

Lo primero que nos sorprende es que en la regulación solo se alude de manera expresa a la intimidad como posible derecho necesitado de la tutela digital puesto que como hemos venido analizando el empleo de tales mecanismos de control generalmente suele afectar a una diversidad de libertades vinculadas a la privacidad (al derecho a la imagen, a la intimidad, a la protección de datos personales e, incluso, al secreto de las comunicaciones en el supuesto de interceptación de comunicaciones electrónicas). En cualquier caso, la vuelta a este derecho más clásico, a la intimidad, no creemos que pueda conducir a interpretaciones más restrictivas en perjuicio de los derechos de los trabajadores porque el contenido de las garantías previsto (información previa, protocolos de uso...) es el propio del derecho a la protección de datos de carácter personal¹⁴²⁴. En todo caso, la norma se aleja de las últimas resoluciones de los tribunales (TC y TEDH) y de la doctrina académica que vincula el examen de la legitimidad de los sistemas de control especialmente con el derecho de autodeterminación informativa.

Por otro lado, es igualmente discutible que no se hayan establecido garantías y límites comunes para los tres sistemas de control sobre los que se incide (monitorización de los dispositivos de comunicación digital, sistemas de videovigilancia y grabación de sonidos y mecanismos para la geolocalización), obviando en algunos casos aludir a una causalidad específica para su empleo y una referencia explícita al principio de proporcionalidad¹⁴²⁵.

Entrando en el análisis del régimen jurídico aplicable a los mecanismos de grabación de imagen y/o sonido, previsto en el art. 89, se ha de resaltar en primer término que algunas de las cuestiones que ahora se contemplan, aunque no constaran de manera explícita en la legislación, ya estaban resueltas y asentadas en la misma dirección por la que ha optado la legislación. Sin embargo, en otros casos, la regulación era especialmente necesaria al existir interpretaciones divergentes entre los tribunales internos y el TEDH.

Así, el precepto alude al poder de control laboral reconocido en el art. 20.3 ET como el título que autoriza al empleador para el tratamiento de los datos obtenidos a través de estos instrumentos sin ser preciso requerir el consentimiento de los trabajadores. Como se recordará, esta es la tesis que han venido sustentando de manera uniforme los tribunales, la Autoridad administrativa de control y la mayoría de la doctrina académica. La norma apunta que esta función fiscalizadora se debe ejercer «dentro de su marco legal y con los límites inherentes» a la misma. Esta remisión «vacía de contenido»¹⁴²⁶ podía haberse concretado por la legislación, pero en su ausencia se deberá integrar con aquellas limitaciones ya asentadas por el TEDH y por la doctrina científica. En concreto, la

1423 En este sentido también, MOLINANAVARRETE, C., «Poder de geolocalización, intimidad y autodeterminación digital en las relaciones de trabajo: ¿un nuevo orden eficaz de garantías y límites?», *Diario La Ley*, nº 9319, 2018, pp. 1 y 3.

1424 MIÑARRO YANINI, M., «La “Carta de derechos digitales” para los trabajadores del Grupo Socialista en el Congreso: un análisis crítico ante su renovado interés» *Revista de trabajo y Seguridad Social*, nº 424, 2018, p. 103.

1425 MOLINA NAVARRETE, C., «Poder de geolocalización, intimidad y autodeterminación digital en las relaciones...», cit., p. 1.

1426 MIÑARRO YANINI, M., «La «Carta de derechos digitales del trabajador» ya es ley: menos claros que oscuros en la regulación», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 430, 2018, p. 9.

existencia de una causa específica para el control y la proporcionalidad de la medida empleada cualquiera que sea el sistema de videovigilancia (grabe solo imágenes o también sonidos).

Tampoco resulta materialmente una novedad, aunque siempre su previsión legal ofrecerá una mayor seguridad jurídica, la prohibición de instalar instrumentos de captación de la imagen y del sonido en los espacios de la empresa que se pueden considerar especialmente íntimos o «sensibles» desde la posición de los trabajadores. Era un asunto ya solventado por la doctrina constitucional (STC 98/2000) que, en general, ha sido fielmente aplicada por los tribunales inferiores. El precepto utiliza una técnica de enumeración abierta donde se alude a «los lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos».

Sin embargo, sí supone una modificación de interés el diferente tratamiento causal que se ha otorgado a la grabación de los sonidos respecto a la captación de las imágenes. Mientras que en este último caso el empleo de las cámaras no se vincula a causas más específicas o concretas que a la genérica facultad de control de los trabajadores (art. 20.3), la grabación de los sonidos solo se permite cuando existan importantes riesgos para la seguridad de las instalaciones, los bienes o las personas que han de proceder de la propia actividad que se desempeña en el centro de trabajo.

Como se infiere, el precepto parece confinar el uso de tales dispositivos a poderosas razones de seguridad, que se alejan de la fiscalización del mero cumplimiento de las obligaciones contractuales. Además se exige expresamente que su instalación esté guiada por los principios de intervención mínima y de proporcionalidad. Aunque era común que los tribunales valoraran que el acceso a las conversaciones de los trabajadores era una medida particularmente intrusiva para sus derechos, la interpretación judicial hasta la fecha no ha sido tan restrictiva y rigurosa como la que ahora impone la norma.

Se ha de confiar en que la falta de mención a una causalidad más concreta y la omisión del principio de proporcionalidad para los dispositivos que solo graban la imagen no lleve a los tribunales al olvido de estas pautas ya fijadas por la Sentencia López Ribalda y recomendadas por los organismos internacionales expertos en la materia (Dictamen 2/2017 GTA 29 y Recomendación 5 del Consejo de Europa, 2015).

Por otro lado, entre las cuestiones que requerían de una pronta intervención aclaratoria del legislador, la norma despeja la polémica sobre el deber informativo. La disposición, siguiendo las pautas marcadas por el TEDH, de las que se alejaba la última doctrina constitucional, opta por la regla general de la transparencia del control. Así, se establece la necesidad de que la empresa proporcione previamente a los trabajadores una información «expresa, clara y concisa» de la medida. Como valoramos en otro momento, ya no cabe confundir el deber informativo genérico exigible a las cámaras emplazadas por razones de seguridad (cartel informativo general, art. 22.4), con la obligación de una comunicación específica y concreta al personal prevista para los dispositivos utilizados para el control laboral.

Acaso, la materia que puede dar lugar a mayores dudas interpretativas sea la previsión que entiende como cumplida la obligación informativa con el cartel o distintivo general (art. 22.4) cuando las cámaras hayan captado «la comisión flagrante de un acto ilícito por parte de los empleados». Por una parte, no se determina con claridad el tipo de infracción. No parece reservarse

exclusivamente a delitos penales ya que de la supresión expresa del término «delictivo» que figuraba en el Proyecto se ha de interpretar una voluntad legislativa amplificadora¹⁴²⁷, que, sin embargo, tampoco pensamos que pueda llevar a incluir cualquier tipo de incumplimiento.

Reiteramos que esta disposición, a nuestro juicio, parece orientarse a otorgar validez a las imágenes ante un «hallazgo casual» que acredite importantes infracciones por parte de los empleados. La exigencia de ese deber informativo general nos lleva a deducir que se está pensando en un sistema de videovigilancia ya emplazado en la empresa por razones de seguridad que de manera fortuita o incidental revela la comisión de una conducta de esta clase por parte de algún empleado¹⁴²⁸. Si este fuese el sentido de la norma, se podría concluir que no cabe en ningún caso la vigilancia totalmente oculta, ni siquiera los controles «ad hoc» o «ex post» defensivos ante una sospecha clara, fundada y razonable de la ejecución de un incumplimiento significativamente grave por parte de determinados trabajadores. No obstante, como apuntamos en otro momento, la Sentencia López Ribalda con la remisión y comparación que realiza con la Sentencia Köpke no descarta de manera absoluta la validez de los controles ocultos en situaciones extraordinarias¹⁴²⁹.

Por otro lado, tampoco se esclarece el debate sobre la necesidad de dar información previa a los representantes de los trabajadores sobre la instalación de tales mecanismos. De la introducción de los términos «en su caso» se deduce la posibilidad de que existan excepciones, de que no sea una obligación exigible para todas las situaciones¹⁴³⁰. Como se recordará, aunque el art. 64. 5 f) ET establece el deber de solicitar un informe previo a la representación del personal ante la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, no existe una posición doctrinal unánime sobre su obligatoriedad para las medidas esporádicas, puntuales y temporales que se instauran para un fin determinado. Como pudiese ser la comprobación de posibles infracciones laborales ante una previa sospecha razonable y fundada. Probablemente este asunto, junto a otras cuestiones de calado «olvidadas», pueda ser objeto de una regulación por la norma colectiva a la que se hace una llamada expresa en el art. 91 LOPDGDD para establecer «garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral».

En este sentido, no hay duda de que una política acordada con los representantes de los trabajadores sobre el empleo de los medios digitales y los sistemas de control es la manera más eficaz de lograr un punto de equilibrio en esta confrontación de intereses «para así asegurar al

1427 De igual parecer, MIÑARRO YANINI, M., «La «Carta de derechos digitales del trabajador» ya es ley: menos claros que oscuros en la regulación», cit., p. 10.

1428 Se interpreta que con esta previsión se incorpora la doctrina del Tribunal Constitucional (STC39/2016) y la mayoritaria del Tribunal Supremo de la que cabe deducir que «mayor será la posibilidad de supervisión cuanto más clara sea la fundada sospecha de comportamiento irregular por parte del empleado, pues no es igual comprobar el cumplimiento normal de las obligaciones laborales ordinarias, donde el deber de información debe de cumplimentarse en todos los extremos, que actuar ante el temor fundado de la perpetración de infracciones donde el principio de transparencia puede sufrir alguna modulación» RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Videovigilancia empresarial: límites a la luz de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales», *Diario La Ley*, nº 9328, 2019, p.10.

1429 También en este sentido, MIÑARRO YANINI, M., «La «Carta de derechos digitales del trabajador» ya es ley: menos claros...», cit., p. 10.

1430 En igual sentido crítico, valorando que esta garantía se ha devaluado regulándola como «potestativa y subsidiaria» MOLINA NAVARRETE, C., «Poder de geolocalización, intimidad y autodeterminación digital en las relaciones...», cit., p. 3.

mismo tiempo un adecuado ambiente de trabajo en el que no primen los criterios inflexibles y una mayor implicación de los empleados en los intereses productivos»¹⁴³¹.

2.8. La videovigilancia o la captación de imágenes de los trabajadores fuera de la empresa

Dedicamos un apartado propio al uso de los medios o instrumentos de captación y conservación de imágenes –principalmente, grabaciones de vídeo o toma de fotografías– en el exterior de la empresa para fiscalizar al personal porque tiene un tratamiento normativo específico. Como se recordará, las facultades de control del empleador se circunscriben a la prestación laboral y al entorno empresarial. Por ello, la posibilidad de extender la vigilancia fuera de este ámbito, constituye un supuesto excepcional –pero no inusual– y permitido, sujeto a limitaciones y reglas especiales. Por de pronto, ha de realizarse a través de profesionales, de las agencias de investigación o de los detectives privados¹⁴³².

La contratación de este personal específico de control por parte de la empresa se ha aceptado tradicionalmente tanto por la mayoría de la doctrina científica¹⁴³³ como por los tribunales¹⁴³⁴ y, actualmente, es un método que de manera específica se regula en el art. 48.1 a) de la Ley de Seguridad Privada (L 5/2014). Se permite acudir a sus servicios para realizar averiguaciones sobre conductas o hechos privados relacionados con el «ámbito económico, laboral, mercantil, financiero» y, en general, sobre «la vida personal, familiar o social, exceptuada la que se desarrolle en los domicilios o lugares reservados». El resultado final de su trabajo debe quedar plasmado en «el informe de investigación» sobre el asunto objeto de encargo después de las necesarias pesquisas y comprobaciones a través de variados métodos de investigación¹⁴³⁵. De

1431 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Internet en el trabajo», *Diario La Ley*, n° 8926, 2017, p. 9.

1432 VALLS GENOVAR, M. A., Véase el interesante artículo-denuncia, sobre la posible extralimitación de funciones que se está produciendo en la práctica por parte de los vigilantes de seguridad, «Reflexiones acerca de la competencia exclusiva del ejercicio de la investigación privada por detectives privados: la prueba de videocámaras en la empresa», *Diario La Ley*, n° 9288, 29 de octubre de 2018.

1433 Aunque la doctrina mantenía posiciones encontradas, desde el rechazo total a su utilización GOÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada...*, cit., pp.134-35, hasta una aceptación matizada para la vigilancia de trabajadores concretos sobre los que recae la sospecha de que están perjudicando derechos legítimos del empresario, DEL VALLE VILLAR, J.M., «El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo», *Actualidad Laboral*, n° 3, 1991, pp. 494-495.

Se puede ver una posición excesivamente amplia sobre la utilización de los servicios de estos profesionales en la que incluso se defiende la posibilidad de actúen como infiltrados para el control interno en la empresa en DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M., «Detectives en el ámbito laboral: poder empresarial y prueba judicial (1)», *Actualidad Laboral*, n° 7, 2011 y en *Detectives y vigilantes privados en el ámbito laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 85 y ss. criticada abiertamente por TOSCANI GIMÉNEZ, D., «Vulneración del derecho a la intimidad por delatores, detectives privados y medios tecnológicos», *Revista de Derecho Social*, n° 71, 2015, p. 67.

1434 Por todas, STS de 19-7-1989 (Roj: STS 4408/1989).

Para referencia completa a la mayoría de los conflictos judiciales, ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y SEMPERE NAVARRO, A., *Detectives en las relaciones laborales. Impacto de la Ley de Seguridad Privada (L 5/2014)*, Francis Lefebvre, Madrid, 2014.

1435 Las fuentes de prueba pueden ser numerosas: grabaciones de audio, grabaciones telefónicas, instalación de un GPS en el vehículo o en dispositivos móviles de trabajo (teléfonos, tabletas). Respecto a esta última cuestión, véase CABEZA PEREIRO, J., «Informe de detectives, intimidad y otras cuestiones en el entorno de la potestad disciplinaria empresarial. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de Asturias de 30 de marzo de 2017. Rec. núm. 2997/2016», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 415, 2017, pp. 173-181.

estos, nos interesan especialmente, por el objeto de este trabajo, los relacionados con la captación de imágenes (vídeos y fotografías), que suelen ser aportados junto al informe final y que podrían servir posteriormente como medios de prueba ante un futuro litigio.

El marco de actuación laboral de los detectives se encuentra sometido a las restricciones que establecen las normas laborales y la propia Ley de Seguridad Privada, que de manera más concreta traslada a su actuación los límites constitucionales. En primer lugar, debe existir una causa que justifique su intervención. En este sentido, conforme al art. 48.2 L 5/2014 la empresa deberá acreditar el «interés legítimo» del encargo. Puesto que supervisar a los trabajadores fuera del entorno laboral se valora como un control extraordinario que implica una mayor invasión del derecho a la privacidad, su justificación debe ser restringida. Por ello, se ha limitado a la existencia de una sospecha previa y fundada de un incumplimiento laboral¹⁴³⁶ que solo pueda constatarse a través de este medio¹⁴³⁷.

Los casos admitidos por los tribunales son variados, pero, en general, los más habituales se pueden clasificar en dos grupos: el control y vigilancia de trabajadores que desempeñan su actividad fuera de las dependencias de la empresa (representantes de comercio, transportistas, vendedores a domicilio, encargados de buzoneo, entre otros)¹⁴³⁸ y la comprobación de determinadas irregularidades que precisan de una investigación en el exterior (como la realización de actividades incompatibles o que pueden empeorar la situación de salud del trabajador durante la baja por incapacidad temporal¹⁴³⁹, la participación del empleado en actos que implican concurrencia desleal y el correcto uso del crédito horario por los representantes de los trabajadores¹⁴⁴⁰).

Pero no basta con la justificación. Téngase en cuenta que estamos ante un conflicto entre los poderes empresariales y los derechos fundamentales de los trabajadores que requiere la búsqueda del equilibrio a través de la ponderación. En este sentido, dos son los límites «operativos»¹⁴⁴¹ que concreta la LSP. En primer lugar, el respeto a todos los derechos relacionados con la privacidad, así, se dispone que en bajo ninguna circunstancia «podrán utilizarse en este tipo de servicios medios personales, materiales o técnicos de tal forma que atenten contra el derecho al honor,

1436 Sirva como ejemplo la STSJ de Madrid, de 28 de mayo de 2018 (Rec. núm. 1521/2017), que ratifica la nulidad de la prueba de detectives por la inexistencia de una sospecha previa de cumplimiento. La empresa había encomendado el seguimiento del trabajador como una medida de control rutinario.

1437 RODRÍGUEZ CARDO, I., «Pruebas obtenidas a través de detectives y derecho a la intimidad», *Actualidad Laboral*, nº 12, 2014.

1438 En esta dirección, la STSJ de Madrid, 21 de abril de 2008 (Rec. núm. 419/2008) considera que la prueba de las fotográficas obtenidas por un detective privado para controlar la actividad laboral de un visitador médico es idónea pues es la única manera de poder averiguar y demostrar las causas reales que estaban ocasionando su escaso rendimiento. Además, el informe y el soporte gráfico de apoyo se limitó a describir las actividades que diariamente realizaba el actor fuera de su domicilio (FJ 15º).

1439 Para un estudio sobre esta causa véase ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y SEMPERE NAVARRO, A., *Detectives en las relaciones laborales...*, cit., pp. 73-81.

1440 Respecto a la evolución jurisprudencial en relación a la posibilidad de control singular de los representantes, véase AGUILERA IZQUIERDO, R., «El ejercicio de las facultades de vigilancia y control por el empresario a través de las agencias de detectives», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 158, 2013, pp. 136-140.

1441 ARIAS DOMÍNGUEZ, A., «Detectives privados. Jurisdicción social y Proyecto de Ley de Seguridad Privada», Comunicación presentada en el XXIV Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, AA. VV., (AEDTSS), *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación...*, cit., p. 7.

a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen o al secreto en las comunicaciones o a la protección de datos» (art. 48.3). En segundo término, el precepto incorpora expresamente el principio de proporcionalidad en el uso de los medios de control, al establecer que «los servicios de investigación privada se ejecutarán con respeto a los principios de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad» (art. 48.6). Se ha de valorar, por tanto, la posible afectación de los derechos que regula el art. 18 CE atendiendo a la proporcionalidad de la medida según las circunstancias concurrentes. Además, se aporta un límite objetivo, «en ningún caso se podrá investigar la vida íntima de las personas que transcurra en sus domicilios u otros lugares reservados» (art. 48.3).

Aplicando estas restricciones a la toma y grabación de imágenes, la regla general¹⁴⁴² es que rara vez se considera vulnerado el derecho a la intimidad de los trabajadores cuando esta captación se ha realizado en espacios públicos. Además, se emplea un concepto extenso de lo público, del que únicamente se exceptúan el domicilio u otros lugares reservados de la misma naturaleza¹⁴⁴³. Se incluyen en él tanto las zonas públicas abiertas (calles, plazas, parques...) como las cerradas, esto es, los locales abiertos al público con derecho a admisión (cines, cafeterías, comercios, entre otros)¹⁴⁴⁴. La pauta general es admitir lo captado en entornos abiertos al exterior cuando son visibles para otras personas sin necesidad de medios sofisticados¹⁴⁴⁵.

No obstante, no solo importa el lugar, el principio de proporcionalidad¹⁴⁴⁶ también exige valorar otros aspectos como el tiempo que dura la vigilancia o la grabación de las imágenes¹⁴⁴⁷, considerándose ilegítimo un seguimiento excesivo en relación a la finalidad buscada¹⁴⁴⁸. En sentido contrario, se admite la prueba cuando la vigilancia se limita a un corto espacio de tiempo, el suficiente para comprobar el fraude o la infracción¹⁴⁴⁹.

Como se comprueba, si en relación al derecho a la intimidad, el margen de actuación del detective es muy amplio, más lo es desde la perspectiva del derecho a la propia imagen y del derecho a la

1442 Sin embargo, existe alguna sentencia que ha aplicado un criterio más restrictivo como la STSJ de Madrid 27 de junio de 2007 (Rec. núm. 2233/2007). En ella se considera que la empresa no puede fiscalizar las actividades que cualquier persona desarrolla fuera del centro de trabajo, aunque se realicen en espacios públicos porque pertenecen a la esfera privada del empleado.

1443 Como ejemplo, la STSJ de Galicia, de 26 de marzo de 2007 (Rec. núm. 615/2007). Se consideran justificadas las pruebas gráficas obtenidas por un detective que grabaron al trabajador en un taller anexo a su domicilio. En este lugar y fuera de su jornada laboral, realizaba labores de reparación de vehículos que implicaban una competencia desleal con su empleadora.

1444 ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y SEMPERE NAVARRO, A., *Detectives en las relaciones laborales...*, cit., p. 93.

1445 STSJ de Madrid de 5 de julio de 2013 (Rec. núm. 823/2013), no se admiten las fotografías realizadas por el detective en el jardín de la casa del trabajador, pero sí su testimonio de lo que percibía desde el exterior al domicilio.

1446 Véase también ÁLVAREZ ALONSO, D., «Despido disciplinario, seguimiento por detective privado y derecho a la intimidad. STSJ del País Vasco 9 abril 2013 (AS 2014, 1587)», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 171, 2014, pp. 332 y ss.

1447 En este sentido, SALCEDO BELTRÁN, M. C., «Intervención de detectives en las relaciones laborales», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. nº 368, 2013, p. 112.

1448 SSTSJ de Madrid, de 26 de junio de 2007 (Rec. núm. 2233/2007) y de Asturias, de 30 de marzo de 2017 (Rec. núm. 2297/2016).

1449 SSTSJ de Madrid, de 28 de octubre de 2011 (Rec. núm. 4811/2011) y de Andalucía, de 24 de mayo de 2012 (Rec. núm. 738/2012).

protección de datos. Respecto al primero, casi queda vacío de contenido, puesto que siempre que haya una causa suficiente y las medidas superen la proporcionalidad será admisible la captación de imágenes no consentidas, sin más restricciones que el respeto a los espacios privados o íntimos.

En relación al derecho de protección de datos, ante la necesidad de garantizar y preservar la eficacia de los servicios de estos profesionales, pese a estar ante un tratamiento de datos personales (las imágenes), no existe obligación alguna de informar previamente al vigilado¹⁴⁵⁰. En este sentido, la AEPD indica que las grabaciones que realicen los detectives privados en el marco de un encargo debidamente motivado no se someten a la autorización ni a la información de la existencia de un tratamiento de datos por estar legalmente autorizadas¹⁴⁵¹. Pero ello no excluye la aplicación de otras garantías como el principio de limitación de fines y de la minimización de los datos tratados, que, en definitiva, han de restringir este tipo de vigilancia.

Por ello, consideramos que es la finalidad concreta del control la que ha de limitar estas amplias facultades de los detectives. Téngase en cuenta que el contrato de trabajo debe implicar una restricción de la posible extensión del control por los detectives, dado que la empresa no está autorizada a conocer cualquier aspecto de la vida privada de sus trabajadores. Por ello, el objeto legítimo del encargo empresarial (constatar las irregularidades sospechadas) es el que debe marcar hasta dónde pueden llegar las pesquisas del profesional, si bien es cierto, que dependiendo del tipo de infracción a investigar (por ejemplo, la simulación de bajas laborales, el no cumplimiento de las tareas) parece irremediable acceder a situaciones relativas a la vida cotidiana del vigilado.

No obstante, cuando el detective de forma accidental acceda a otras informaciones privadas o íntimas, no necesarias en relación a la labor encomendada, debería ser exigible la no incorporación a su informe final, especialmente si se trata de datos de carácter sensible (orientación sexual, afiliación política). Si la pretensión empresarial es constatar una sospecha de infracción, cualquier otro dato que el empleador pueda obtener de este control resultaría inadecuado y desproporcionado y no podría ser utilizado contra el trabajador¹⁴⁵².

3. Las redes sociales y la protección al derecho a la propia imagen

Otra de las posibles afectaciones al derecho a la propia imagen puede venir de la utilización por parte de la empresa de las imágenes de los trabajadores (fotografías, vídeos) obtenidas a través de Internet y, especialmente, de las redes sociales. En realidad, el uso del ciberespacio y el empleo de las plataformas y aplicaciones que este proporciona suponen un importante riesgo para todos los derechos relacionados con la privacidad. La proliferación de los datos personales de cada individuo en circulación, proporcionados de manera inconsciente o de forma deliberada, posibilita que, siendo adecuadamente tratados, puedan ser usados por terceros para finalidades que escapan totalmente del control personal.

1450 DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN, R., «La vigilancia de la actividad del trabajador mediante videocámaras y circuitos cerrados de televisión», *IUSLabor*, n° 3, 2014, p. 10.

1451 R/01287/2008 y R/01396/2013.

1452 RODRÍGUEZ CARDO, I., «Pruebas obtenidas a través de detectives...», cit., pp. 5-6.

Esta información personal encontrada en Internet, desde la más inocua, a la más sensible (datos académicos, laborales, hábitos de vida y consumo, creencias, ideología u otros), permite un conocimiento muy amplio de la esfera privada de la persona y proporciona las bases necesarias para dibujar un determinado perfil de cada individuo que «puede resultar luego valorado, favorable o desfavorablemente, para las más diversas actividades públicas o privadas, como pueden ser la obtención de un empleo, la concesión de un préstamo o la admisión en determinados colectivos», como ya se advertía hace más de dos décadas¹⁴⁵³.

Si entonces ya se intuía este riesgo, ahora la amenaza ha crecido exponencialmente, teniendo en cuenta el volumen de utilización de las redes sociales, la naturaleza de los datos que muchos usuarios incorporan sin ningún pudor de manera visible en sus perfiles y el perfeccionamiento de la capacidad de los buscadores automatizados hasta límites impredecibles¹⁴⁵⁴.

Aunque gran parte de las informaciones particulares a las que se puede acceder fácilmente en Internet son suministradas por los propios individuos o por su círculo más cercano, otros muchos datos personales no siempre se aportan de forma totalmente voluntaria. Son el precio que hay que pagar para acceder a la red, navegar por Internet, consultar determinados portales, realizar determinadas actividades o darse de alta como usuario en la mayoría de las plataformas sociales. La capacidad de la red por una vía u otra para obtener datos y reproducir información derivada es irrefrenable.

Ante estos cambios, se estima que ha habido una pérdida de la importancia del valor de la intimidad frente al empuje de la privacidad en su sentido amplio, en referencia al conocimiento de cada sujeto sobre quién, cómo y con qué fines posee sus datos personales, a fin de poder reaccionar contra su uso indebido y su tráfico ilícito¹⁴⁵⁵. Existe una especie de renuncia «más o menos tácita a la intimidad»¹⁴⁵⁶, de la que resulta una manera distinta de proteger lo privado. Se ha de tutelar el control de la identidad, el derecho a conocer la información personal que se obtiene con nuestra actividad digital, saber cuál, cómo y para qué fines es tratada¹⁴⁵⁷.

La creación de las llamadas redes sociales virtuales¹⁴⁵⁸ es uno de los fenómenos que en poco espacio de tiempo está teniendo un mayor impacto en las relaciones sociales. El uso de estas

1453 Así, se auguraba en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

1454 TASCÓN LÓPEZ, R., «El trabajo humano (y su derecho) ante el imparable fenómeno de las redes sociales de Internet (Facebook, Myspace, Youtube, Tuenti, Twiter...y prestación por cuenta ajena: implicaciones jurídico-laborales)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 340, 2011, pp. 133-134.

1455 GOÑI SEIN, J.L., «Los límites de las potestades empresariales vs derecho a la intimidad de las personas trabajadoras en el entorno de las Tics. El control empresarial del espacio virtual. Problemática laboral de las redes sociales», *Actum Social*, nº 95, 2015, pp. 3-4.

1456 TASCÓN LÓPEZ, R., «El trabajo humano (y su derecho) ante...», cit., p. 132.

1457 GOÑI SEIN, J.L., «Los límites de las potestades empresariales vs derecho...», cit., p. 4.

1458 Cuando se habla de las redes sociales *on line* o digitales nos referimos, adoptando el concepto de la AEPD, a los servicios prestado a través de Internet que permiten a los usuarios generar un perfil público, en el que plasmar datos personales e información de uno mismo, disponiendo de herramientas que posibilitan interactuar con el resto de usuarios afines o no al perfil público. AEPD, *Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad en las redes sociales on line* (2009).

Disponible en: <www.uv.es/limprot/boletin9/inteco.pdf> (consultado en diciembre de 2018).

plataformas se ha convertido en un fenómeno global¹⁴⁵⁹, incrementado por las posibilidades de acceso a ellas a través de los teléfonos inteligentes o *smarthphones* y las *tablets*. En cualquier momento y lugar, es posible comunicarse con un solo clic con otros usuarios, publicar contenidos en la red, expresar opiniones y difundir vídeos o fotografías, entre otras actividades. Esta facilidad de interconexión con los demás ha transformado las relaciones interpersonales, no solo por haberse convertido en un medio usual de comunicación, sino también por el cambio de rol que ha supuesto para los usuarios. Estos, de ser sujetos receptores de la información han pasado a ser participantes activos que difunden información y expresan sus opiniones¹⁴⁶⁰. Personas de cualquier edad configuran sus perfiles en *Facebook*, *Instagram*, *Twitter*, utilizan programas como *Whatsapp* o *Messenger* o configuran sus propios blogs o páginas personales para compartir todo tipo de acontecimientos y expresar sus opiniones o reflexiones en un entorno de personas más o menos amplio¹⁴⁶¹.

Este fin originario de servir como medio de comunicación personal entre amigos o incluso desconocidos ha ido ampliándose hasta convertirse en una herramienta utilizada en las relaciones profesionales, en los negocios, en la publicidad, en la política, en el periodismo, prácticamente en cualquier ámbito. El mundo empresarial no ha escapado a este proceso. Las compañías se han sumado también a estas plataformas obteniendo indudables beneficios a nivel estratégico, de gestión de conocimiento, de innovación, de comunicación interna y de fomento de la cultura empresarial de cada organización. Estos instrumentos permiten a los trabajadores una relación colaborativa donde se comparten ideas e informaciones de manera ágil y transparente¹⁴⁶². Además, para muchas entidades ha supuesto un nuevo instrumento de marketing que acelera la puesta en contacto con los potenciales trabajadores y clientes. En definitiva, la incorporación de las empresas a las redes sociales abre nuevas formas de comunicación, facilita nuevas oportunidades de negocio y agiliza el intercambio de saberes y prácticas¹⁴⁶³. Hoy en día no se

Si en un principio nacieron como redes de comunicación generalistas en las que los usuarios comparten todo tipo de información (fotografías, vídeos, reflexiones u aficiones), como es el caso de Google+, *Facebook*, *Tuenti*, *Instagram*, *Twitter*, *Instagram*, *YouTube*..., se han ido especializando y han surgido redes profesionales como la tan conocida *LinkedIn* orientada a las relaciones comerciales y profesionales donde empresas y trabajadores buscan promocionarse y realizar negocios.

Sobre el concepto, tipología y funcionamiento de las redes véase NORES TORRES, L.E., «Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales en el ámbito de las relaciones laborales: aspectos individuales, colectivos y procesales», *Revista de Información Laboral*, nº 7, 2016, pp. 22 y ss.

1459 Según el Informe *Digital in 2018* elaborado por *We are Social junto a Hootsuite*, actualmente, 3.196 mil millones de personas están conectadas a través de las redes sociales a nivel mundial, un dato que se ha incrementado un 13% en 2017.

En España hay 27 millones de usuarios activos de redes sociales, lo que supone un 58% de la población. De ellos, 23 millones (50%) acceden a estas plataformas a través del móvil. <<https://wearesocial.com/blog/2018/01/global-digital-report-2018>> (consultado en diciembre de 2018).

1460 BEL ANTAKI, J., «Redes sociales y su incidencia jurídico-laboral en los derechos fundamentales del trabajador», Comunicación presentada en el XXIV Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, AA. VV., (AEDTSS), *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 1.

1461 SELMA PENALVA, A., «La información reflejada en las redes sociales y su valor como prueba en el proceso laboral. Análisis de los últimos criterios jurisprudenciales», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 39, 2014, p. 356.

1462 CARDONA RUBERT, M.B., «La utilización de las redes sociales en el ámbito de la empresa», *Revista de Derecho Social*, nº 52, 2010, p. 68.

1463 TASCÓN LÓPEZ, R., «El trabajo humano (y su derecho) ante...», cit., p. 141.

puede negar la importancia del papel que juegan las redes sociales en cualquier terreno como una significativa fuente de comunicación personal y de difusión de información¹⁴⁶⁴.

La otra cara de la moneda es que su reciente irrupción en las relaciones laborales, ya ha sumado nuevos conflictos jurídicos a los que planteaba el uso de las TICs en su conjunto. Por un lado, un riesgo ya conocido, el que los empleados se vean tentados de utilizar estos mecanismos para fines personales en tiempo de trabajo¹⁴⁶⁵ –como ya ocurrió con la navegación en Internet y el uso del correo electrónico– y la empresa quiera extender su control a este espacio. Mayor amenaza se cierne para el personal o los candidatos a un empleo ante la posibilidad de acceso por la empresa a la actividad social del trabajador en las redes y el uso de esta información para fundamentar diferentes decisiones trascendentales que podrían ir desde la selección y contratación hasta el despido.

Es sencillo intuir el importante papel que pueden tener estas plataformas sociales en los procesos de selección de personal. Se han convertido en un trascendental foco de información personal sobre los posibles candidatos, que la empresa podría consultar con facilidad para recabar datos complementarios que le ayuden en su elección. Los riesgos son evidentes, este acceso puede que no se limite a recabar datos relacionados con la aptitud o la capacidad profesional, sino que se obtengan informaciones personales (ideología, creencias, religiosas, hábitos de vida, salud, tendencias sexuales) que, de ser valoradas, deriven en decisiones discriminatorias silenciosas de difícil reclamación¹⁴⁶⁶.

Además, las redes virtuales son una fuente de información que incrementa las posibilidades de control empresarial y que, en ocasiones, proporciona la prueba de ilícitos laborales que desencadenan el ejercicio del poder disciplinario. Facultad que podría extralimitarse al pretender sancionar «comportamientos sociales»¹⁴⁶⁷ del empleado. Se habla así de la «red social delatora»¹⁴⁶⁸. Como veremos, los conflictos judiciales más numerosos por incumplimientos laborales o bien están relacionados con el control de las bajas por incapacidad temporal o se refieren a opiniones personales del trabajador que dañan la imagen de la empresa¹⁴⁶⁹ o se trata de comentarios directamente ofensivos o despectivos sobre la compañía, los clientes u otros empleados.

1464 SELMA PENALVA, A., «La información reflejada en...», cit., p. 356.

1465 Sobre esta cuestión, CALVO GALLEGO, F.J., «TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales», *Aranzadi Social*, nº 9, 2012, pp. 125-151 y TASCÓN LÓPEZ, R., «El trabajo humano (y su derecho) ante...», cit., pp. 150-154.

1466 TASCÓN LÓPEZ, R., «El trabajo humano (y su derecho)...», cit., p. 143.

1467 PÉREZ REY, J., «Trabajadores transparentes: acerca del impacto de las redes sociales en las relaciones laborales», *Trabajo y Derecho*, nº 7, 2018, p. 5.

1468 FERRANDO GARCÍA, F.M., «Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad en el contexto de las nuevas tecnologías» *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 399, 2016, p. 60.

1469 Se ha valorado que hay sentencias que revelan «una dirección de política judicial restrictiva del derecho a la crítica digital sociolaboral», limitando el uso de las redes sociales privadas en tiempo no laboral y exigiendo un «plus de responsabilidad ciudadana» de actuar de una forma cuidadosa en orden a evitar perjuicios a la buena imagen de la empresa. MOLINA NAVARRETE, C., «Redes sociales, códigos de conducta y ciudadanía digital responsable del trabajador: cara B del consentimiento y libertad de expresión crítica. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla 1736/2017, de 8 de junio», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 419, 2018, p. 166.

Desde la perspectiva del derecho a la propia imagen nos interesa analizar con un mayor detalle estos dos ámbitos, la selección de los trabajadores y el ejercicio del poder disciplinario, a fin de determinar los límites para la empresa en el acceso y el uso de la información gráfica (fotografías y vídeos) que una vez extraída de estas plataformas determina la adopción de estas decisiones empresariales.

3.1. El impacto de las redes sociales en los procesos de selección y reclutamiento de los trabajadores

Entre los mecanismos para la selección de los trabajadores, el uso de Internet y las redes sociales, se ha incrementado de tal manera que está transformado el sistema de intermediación hacia el reclutamiento *on line* o *e-recruitment*. Actualmente es el instrumento más utilizado por las empresas y las agencias de intermediación o colocación¹⁴⁷⁰. El V Informe Infoempleo-Adecco sobre Redes Sociales y Mercado de Trabajo en España¹⁴⁷¹ nos ofrece datos interesantes respecto a esta tendencia. Se estima que un 84% de entidades utiliza las redes sociales como medio para captar el talento y que un 78% de los usuarios que buscan empleo lo usan como un sistema complementario a otros canales de intermediación laboral.

Cada vez es más común que las agencias de colocación creen aplicaciones disponibles en estas redes (*Facebook*, principalmente) para intermediar ente las empresas y los usuarios o que sean las propias entidades por medio de su perfil comercial las que entren en contacto con los demandantes de empleo¹⁴⁷². Junto a estas plataformas generalistas, se han ido creando canales específicos (*LinkedIn*, *Viadeo* o *Xing*) para la difusión *on line* de los perfiles profesionales, que facilitan la puesta en contacto de los profesionales y las compañías. No son estas plataformas especiales las que pueden generar una preocupación para los candidatos a un empleo, pues en ellas el profesional de manera voluntaria proporciona aquellos datos que estima relevantes en relación a la finalidad que preside su inserción en este círculo. Son las redes generalistas y los perfiles sociales los espacios en los que se puede encontrar información comprometida sobre los posibles candidatos a un empleo. Dependiendo del tipo de plataforma y de la configuración realizada por el usuario, la empresa o la entidad intermediadora puede acceder con facilidad a numerosos datos de toda índole, algunos especialmente íntimos (edad, gustos y aficiones, círculo de amigos, orientación sexual, creencias religiosas o políticas), a informaciones gráficas y a comentarios u opiniones que descubren la personalidad o el modo de ser de cada usuario.

En esta tarea de reclutamiento de personal, valerse de estas informaciones no es una práctica inusual. Los resultados del V Informe de Infoempleo-Adecco sobre esta cuestión son preocupantes. El 86% de las empresas de la muestra admite que consulta las redes sociales de los candidatos preseleccionados antes de tomar una decisión de contratación. Además, este instrumento no suele favorecer a los aspirantes. El 55% de los profesionales de RRHH

1470 LLORENS ESPADA, J., «El uso de facebook en los procesos de selección de personal y la protección de los derechos de los candidatos», *Revista de Derecho Social*, nº 68, 2014, pp. 54-55.

1471 Disponible en <www.adeccorientaempleo.com/web/wp/wp-content/uploads/2017/02/Informe-2017-Empleo-y-Redes-Infoempleo-Adecco-2.pdf> (consultado en diciembre de 2018).

1472 LLORENS ESPADA, J., «El uso de facebook en los procesos de selección de personal...», cit., p. 55

encuestados confiesa que ha reconsiderado su decisión de contratación después de consultar los perfiles en las redes de algún candidato preseleccionado. En el 36% de los casos ha empeorado su decisión y en el 31% ha llevado a desestimar la contratación de algún aspirante por la imagen que proyecta en alguno de sus perfiles. Datos, que no difieren o incluso se incrementan fuera de nuestras fronteras, tal y como demuestran algunos estudios¹⁴⁷³. En ellos se constata que muchas veces las informaciones que perjudican a los candidatos proceden de fotografías y vídeos personales visionados en la red.

Esta clase de procedimientos, totalmente rechazables, han despertado en otros países cierta alarma y la necesidad de una intervención legislativa limitadora¹⁴⁷⁴. Se puede citar como ejemplo a Alemania y su conocida «Ley Facebook» que prohíbe a los técnicos de gestión de personal usar las redes sociales en la valoración de los aspirantes¹⁴⁷⁵. En nuestro país, aunque ha existido una inquietud política al respecto, no ha habido una respuesta normativa, al valorarse que existen instrumentos suficientes para impedir este tipo de extralimitaciones¹⁴⁷⁶. Los organismos internacionales también muestran su preocupación respecto a este tipo de conductas. Así, la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 2015¹⁴⁷⁷, relativa al tratamiento de datos en el entorno laboral, señala que el empleador debería evitar solicitar acceso a aquella información que los candidatos compartan *online*, especialmente en redes sociales, y que los datos de los candidatos deberían eliminarse en el momento en que se tome la decisión de no contratarlos.

En nuestro caso, a falta de prohibiciones específicas¹⁴⁷⁸, se ha de recurrir como tantas veces a la protección de los trabajadores a través de regulaciones generales que posibilitan una protección

1473 Como señaló una investigación realizada por el famoso portal de empleo online Careerbuilder, el 45% de los 2.600 profesionales de recursos humanos encuestados declararon haber utilizado las redes sociales en los procesos de selección, y ante posibles factores que desembocasen en la no contratación del candidato, los más repetidos fueron: fotos provocativas o inapropiadas (49%), evidencias del candidato consumiendo alcohol u otras drogas (45%), la demostración de escasas habilidades comunicativas (35%), hablar mal sobre anteriores jefes (33%), comentarios discriminatorios, racistas o sexistas (28%), y mentir sobre sus cualidades profesionales (22%). Estudio llevado a cabo por Harris Interactives para Careerbuilder.com, sobre 2.667 profesionales de recursos humanos, entre el 22 de mayo y el 10 de junio de 2009. Disponible en: <www.careerbuilder.com/share/aboutus/pressreleasesdetail.aspx?id=pr519&sd=8%2f19%2f200&ed=12%2f31%2f2009&siteid=cbpr&sc_cmp1=cb_pr519_> (consultado en diciembre de 2018). Citado también por LLORENS ESPADA, J., «El uso de facebook en los procesos de selección de personal...», cit., p. 56.

1474 MORATO GARCÍA, R., «El impacto de las redes sociales virtuales en los procesos de selección de los trabajadores», Comunicación presentada en el XXIV Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en AA. VV., (AEDTSS) *Los derechos...*, cit., p. 11.

1475 La limitación prevista por la ley de privacidad alemana únicamente veta la consulta las redes sociales generales de carácter no profesional.

1476 En ese sentido, el diputado Carles Campuzano i Canadés, Carles (de GC-CiU) a finales del año 2010, preguntó al Gobierno español sobre la pertinencia de una normativa que garantizase que las informaciones contenidas en las redes sociales tipo Facebook no iban a ser utilizadas por los empleadores a la hora de contratar o despedir. El Ejecutivo, haciendo un repaso de la normativa general vigente, consideró que existían suficientes mecanismos de protección ante tal posibilidad.

Contestación 184/090219, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, núm. 508, de 14 de enero de 2011, pp. 107 y 108. (La pregunta publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie D, núm.456, de 8 de octubre de 2010).

1477 Recomendación CM/Rec(2015)5.

<https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c3f7a>.

1478 Para cubrir esta ausencia algunas empresas han recurrido a instrumentos autorreguladores que pongan freno a este tipo de actuaciones estableciendo pautas para el uso de las redes sociales en las que se impide a los directivos

más difusa sujeta a interpretaciones dispares. Con este tipo de conductas en las que se busca y se accede a información privada o íntima que puede ser la causa del rechazo al candidato a un empleo, son muchos los derechos que podrían ser afectados: el derecho a la no discriminación en el acceso al empleo, el derecho a la intimidad y privacidad, el derecho a la propia imagen y el derecho a la protección de datos de carácter personal.

En lo que respecta al derecho a la intimidad y al derecho a la propia imagen, el primer obstáculo para estimar si ha existido o no una intromisión empresarial es la propia conducta del afectado. Así, los tribunales valoran la licitud o no de la actuación del empleador cuando se apropia de esta información en atención simplemente al carácter abierto¹⁴⁷⁹ o cerrado de la red¹⁴⁸⁰.

Aunque investigar en los perfiles sociales de los candidatos a un empleo, accediendo a fotografías, vídeos o a datos especialmente íntimos, se estime como una intrusión desproporcionada en la vida privada, el hecho de que la información se haya suministrado voluntariamente de manera pública parece impedir el reconocimiento de una lesión efectiva de su derecho a la intimidad y a la propia imagen. Siendo éticamente reprochable que las empresas o los intermediarios en la colocación utilicen estos datos para elaborar un perfil personal del candidato, desde la óptica jurídica, no se entiende como ilegal. En cierto modo, se considera que hay una renuncia tácita a la privacidad, por lo que no se protege la información que el trabajador o candidato a un empleo ha decidido voluntariamente hacer pública¹⁴⁸¹.

En teoría, es así. Cada usuario es el que decide dentro de estas plataformas la difusión que da a su información. En este sentido, ya se ha destacado la escasa prudencia de los internautas y la irresponsabilidad que hay en la autogestión de la propia intimidad, en la custodia y en el control de la privacidad¹⁴⁸², especialmente por parte de la juventud¹⁴⁸³. De ahí, que la nueva normativa de protección de datos haya establecido mecanismos a través del llamado «derecho al olvido» para la supresión o eliminación de la información que se facilitó en estas plataformas (art. 94) o

espíar a los empleados, CELAYA, J., *La empresa en la Web 2.0 el impacto de las redes sociales y las nuevas formas de comunicación online en la estrategia empresarial*, Gestión 2000, Barcelona, 2012, pp. 115-116.

1479 Recuérdese que es similar a la doctrina aportada por la STC 241/2012 relativa a la diferencia entre los sistemas de comunicación privados y en abierto. En este caso, el encuentro casual y el acceso de la empresa a un programa de mensajería instantánea, incorporado por las trabajadoras en un ordenador compartido sin clave de acceso y contra la expresa prohibición empresarial, no se consideró contrario al derecho a la intimidad ni una violación del secreto de las comunicaciones.

1480 BEL ANTAKI, J., «Redes sociales y su incidencia jurídico-laboral...», cit., p. 11

1481 Este es el parecer de la doctrina judicial, como muestra las SSTSJ de Galicia, de 25 de abril de 2013 (Rec. núm. 5998/12) y de Asturias, de 14 de junio de 2013 (Rec. núm. 241/2013) que admiten la información y las fotografías publicadas en la página personal de Facebook en abierto para acreditar determinadas infracciones (competencia desleal y realización de actividades incompatibles con la baja, respectivamente).

1482 DE LA TORRE OLID, F. y CONDE COLMENERO, P., «Consideraciones críticas en torno a la autogestión y preservación de la intimidad en un escenario de riesgo», AA. VV., (coord. FAYOS GARDÓ, A.), *Los derechos a la intimidad y la privacidad en el siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 41.

1483 Existe una afición, quizás desmedida, a sacarse autofotos o *selfies*, a realizar vídeos propios, que según se toman y graban, se comparten en las redes sociales con los amigos, sin tener en cuenta que comienzan a difundirse de manera incontrolable y quedan en la red casi de manera perpetua.

Por ello, han sido numerosas las campañas para concienciar a la juventud de estos riesgos, como la promovida recientemente por Unicef «No seas una estrella»

Disponible en <www.youtube.com/watch?v=QkJ5LD-4jEA> (consultado en diciembre de 2018).

de la que figura en los motores de búsqueda de Internet (art. 93) y haya dispuesto una regulación específica para la protección de los menores (arts. 7 y 92).

No obstante, esta presunta voluntariedad en el suministro de datos ha de ser matizada. Hay que tener en cuenta las escasas restricciones que, no siempre de manera clara y expresa, imponen algunas de estas plataformas¹⁴⁸⁴. En ocasiones, para un internauta no experimentado no es tan sencillo configurar la privacidad, puede que no sea totalmente consciente de la difusión de los contenidos que vuelca. Dependiendo de las redes es complicado distinguir entre lo público y lo privado. Además, a veces, admiten soluciones intermedias, que deben interpretarse con cautela¹⁴⁸⁵. Por ejemplo, en el caso de *Facebook*, que es la red más empleada en nuestro país, hay una serie de datos¹⁴⁸⁶ totalmente públicos en la red, sobre los cuáles no se permite configurar la privacidad, siendo accesibles para todas las personas, aunque no sean miembros de la misma. Sobre el resto de los datos, se puede elegir entre diferentes niveles pero aunque se opte por una información privada existe el riesgo potencial de que se convierta en totalmente pública cuando una persona con acceso a la misma decide compartirla y la configuración de su privacidad no está limitada¹⁴⁸⁷.

Al final, un usuario medio generalmente termina publicando en las redes más datos que lo que pretendía¹⁴⁸⁸, sin ni siquiera tener conocimiento de ello. La generalización de su uso ha llevado a que estas plataformas sean utilizadas por personas sin la debida formación¹⁴⁸⁹ y estas empresas, que son al fin y al cabo negocios basados en la «riqueza de la información»¹⁴⁹⁰ de los consumidores, tratan de potenciar en sus políticas de configuración el intercambio de contenidos y su máxima publicidad.

Por ello la separación entre lo público y lo privado en las redes sociales no es tan nítida como puede parecer. Sin embargo, la doctrina judicial, como veremos con más detalle en el apartado siguiente, no suele ser excesivamente cuidadosa al examinar el origen de los datos y admite que la empresa pueda utilizar aquellos que en un principio estaban reservados por su titular a un círculo restringido de personas, sin plantearse cómo han llegado hasta ellos.

Sobre el contenido que es totalmente privado en las redes sociales, no hay duda de que solo se podría acceder a él con el consentimiento o la autorización expresa del interesado. Cualquier otro medio subrepticio para llegar a tales datos, ha de reputarse como ilícito¹⁴⁹¹. Pero incluso se ha de dudar de la libertad de los trabajadores, aún más, de los candidatos a un empleo, cuando a

1484 MORATO GARCÍA, R., «El impacto de las redes sociales virtuales en los procesos...», cit., p. 8.

1485 GOÑI SEIN, J.L., «Los límites de las potestades empresariales vs derecho...», cit., p. 24.

1486 Estos datos son el nombre, sexo, la foto de portada, los amigos del usuario y las páginas que se siguen. Si bien es verdad que, para evitar esta publicidad, es posible darse de alta en dicha red y no hacerse visible, suministrando un nombre falso y no incorporando fotografía alguna.

1487 LLORENS ESPADA, J., «El uso de facebook en los procesos de selección de personal...», cit. p. 57.

1488 CARDONA RUBERT, M.B., «La utilización de las redes sociales...», cit., p. 71.

1489 CALVO GALLEGO, F.J., «TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización...», cit., p. 18

1490 CARDONA RUBERT, M.B., *supra*, p. 71.

1491 Maquinaciones informáticas para alterar la privacidad de la cuenta personal, el acceso al icono de la cuenta personal del trabajador en el ordenador de la empresa, entre otros. FERRANDO GARCÍA, F.M., «Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad...», cit., pp. 63-64.

requerimiento de la empresa aquellos permiten la entrada en sus perfiles personales. En EEUU, ya desde hace unos años¹⁴⁹², ante la mala praxis del sector empresarial en el uso de tácticas para acceder a la información personal de los trabajadores, se han aprobado leyes en diferentes Estados con el objetivo de prohibir a los empresarios la posibilidad de pedir a los candidatos al empleo y a los trabajadores la contraseña de acceso a sus cuentas privadas en las redes sociales. Así, con independencia de la naturaleza del perfil, esta normativa impide al empresario solicitar a los candidatos y a los empleados de la empresa su nombre de usuario, su contraseña o cualquier otro tipo de dato de acceso a las cuentas en las redes sociales. Como la codicia empresarial de información en algunos casos es ilimitada, algunas de estas normas también han vetado otro tipo de conductas¹⁴⁹³ como la de espiar y observar la información en cuentas personales una vez que el empleado ha accedido a ellas «*shoulder surfing*»¹⁴⁹⁴, requerir a este para la modificación de la configuración de privacidad de su cuenta cuando esta es de acceso restringido o demandarle que agregue al empresario como «amigo» o «contacto» en sus redes sociales¹⁴⁹⁵. Aunque no contemos con estas concretas prohibiciones, esta clase de actuaciones en las que de manera ilegítima se accede a información privada han de considerarse en todo caso como intrusivas en la esfera de la inviolabilidad personal y especialmente lesivas del derecho a la intimidad y a la propia imagen.

Pero a nuestro entender, los límites más precisos a la curiosidad empresarial para conocer la vida personal de los futuros trabajadores están en la normativa de protección de datos y en el principio de no discriminación, porque en estos casos no tiene tanta significación el que la información utilizada tuviese un alcance público o privado. Conforme a la normativa de protección de datos hay dos principios que limitarían estas intrusiones: la transparencia informativa y el principio de finalidad en el tratamiento. Si bien el consentimiento no es preciso para la aplicación de medidas precontractuales adoptadas a petición del interesado (art. 6.1b) RGPD), la información previa del tratamiento a la que se refiere esta norma (arts. 13 y 14) es ineludible¹⁴⁹⁶.

De acuerdo a la segunda regla, la empresa solo debería recabar o acceder a los datos pertinentes, necesarios y adecuados a la finalidad de la selección y contratación. Se trataría únicamente de tener en cuenta los aspectos relacionados con la capacidad laboral y la aptitud profesional para el puesto de trabajo¹⁴⁹⁷ pues esta es la finalidad legítima que justifica el tratamiento. Por tanto, se debe prescindir de recoger y valorar otros datos personales cuando sean irrelevantes para la adecuada realización de la actividad laboral. Insistimos, los principios de calidad y minimización de los datos restringen el acceso a los necesarios para evaluar la idoneidad de los candidatos para

1492 Entre marzo de 2012 y agosto de 2013, doce estados de EE.UU aprobaron leyes para la protección del acceso a la contraseña de redes sociales (denominadas *social media password protection legislation*)

BEL ANTAKI, J., «Redes sociales y su incidencia jurídico-laboral...», cit., pp. 14-15.

1493 MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., «¿Controlar a los trabajadores?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 864, 2013 (Aranzadi BIB 2013/1209), p. 11, también se refiere a estas prohibiciones contempladas en el art. 980 del *Labor Code* del Estado de California.

1494 LLORENS ESPADA, J., «El uso de facebook en los procesos de selección de personal y la protección...», cit., p. 64 también alude a esta técnica empresarial «no especialmente sutil» de solicitar al candidato que abra el perfil de sus redes sociales para que el empleador pueda supervisarlos en su presencia durante la entrevista de selección.

1495 BEL ANTAKI, J., «Redes sociales y su incidencia jurídico-laboral...», cit., p. 15.

1496 PRECIADO DOMÈNECH, C.H., *El derecho de protección de datos en el contrato de trabajo...*, cit., p. 159.

1497 CARDONA RUBERT, M.B., *supra*, p. 72 y GOÑI SEIN, J.L., «Los límites de las potestades empresariales vs derecho...», cit., p. 19. Véase también, GARCÍA COCA, O., *La protección de datos de carácter personal en los procesos de búsqueda de empleo*, Laborum, Murcia, 2016.

el puesto¹⁴⁹⁸, lo que permitiría a la empresa tener en cuenta los perfiles de las redes de naturaleza profesional (*Linkedin...*), pero no la consulta de datos más personales que suelen extraerse de las plataformas generalistas (*Facebook, Instagram...*).

Como bien se indica¹⁴⁹⁹, ha de ser la conexión con la actividad laboral la que limite el poder de control empresarial y no la privacidad. Es decir, se pueden utilizar datos personales encontrados en las redes si son adecuados, pertinentes y proporcionales a la finalidad. En parecido sentido, se afirma¹⁵⁰⁰ que es el principio de proporcionalidad, el que vetaría a las empresas el conocimiento de la información de las redes sociales de uso particular, tal y como se prohíbe en otros países. Por tanto, los datos indiferentes para valorar la capacidad profesional del candidato se deben considerar excesivos¹⁵⁰¹.

En la misma línea, el Dictamen 2/2017 del GTA 29 también se pronuncia sobre el uso que las empresas pueden dar a la información de las redes sociales en los procesos de contratación. El carácter público de los perfiles de los candidatos en estas plataformas no puede llevar al empleador a pensar que cabe el tratamiento de los datos para sus propios fines. Para que este sea lícito se deberían cumplir los requisitos siguientes:

- Considerar si el perfil del candidato en la red social es profesional o privado
- Únicamente recabar y tratar datos personales de los candidatos en la medida en que sea necesario y relevante para el desarrollo del puesto de trabajo al que se presentan
- Suprimir los datos personales tan pronto como el candidato sea descartado o rechace la oferta
- Que el interesado sea informado de dicho tratamiento de datos antes de que participe en el proceso de contratación.

Además, el GTA 29 indica expresamente que no hay ninguna base legal para que el empleador requiera a los candidatos aceptar una solicitud de conexión («amistad») en una red social¹⁵⁰².

Por otra parte, se ha de tener presente que cuando se realiza una selección de manera directa por parte de la empresa o a través de entidades intermediadoras rige la regla de que solo cabe indagar sobre aspectos laborales, no sobre otras cuestiones de índole personal o privada¹⁵⁰³.

1498 MÉNDEZ, V., «Redes sociales y procesos de selección», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 937, 2018, p. 12.

1499 GOÑI SEIN, J.L., «Los límites de las potestades empresariales vs derecho...», cit., p. 19.

1500 PRECIADO DOMÈNECH, C.H., ««El nuevo Reglamento 679/2016, de 27 de abril sobre Tratamiento de Datos Personales y su incidencia en las relaciones laborales», *Actum Social* nº 121, 2017, p. 16.

1501 TASCÓN LÓPEZ, R., «El trabajo humano (y su derecho) ante el imparable fenómeno de las redes sociales de Internet...», cit., p. 143-144.

1502 RECIO GAYO, M., «Nuevo dictamen del GT 29 sobre tratamiento de datos en el trabajo: el interés legítimo», *Diario La Ley*, nº 8, 2017 (LA LEY 9961/2017).

1503 En relación a ello, el art. 16.1 c) de la LISOS, respecto a las entidades de intermediación laboral ha tipificado como infracción muy grave «solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado».

Se trata de una medida preventiva que trata de paliar las posibles discriminaciones por tales motivos¹⁵⁰⁴. Recuérdese en este sentido que ya desde nuestra norma suprema se dispone que nadie pueda ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias (art. 16.2) y que el RGPD establece una tutela específica para estos datos de carácter especial (arts. 9 RGPD y 9 LOPDGDD)¹⁵⁰⁵. Parece razonable por tanto que las empresas no puedan realizar averiguaciones sobre tales extremos en las redes sociales, aunque, en la práctica, la voluntariedad del sujeto al publicar datos de esta naturaleza «deje en papel mojado» tales cautelas¹⁵⁰⁶.

En esta dirección, para evitar posibles sesgos discriminatorios, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, a través del Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, ha puesto en marcha un proyecto a fin de promover la implantación de procesos despersonalizados de selección, lo que se conoce como el currículum anónimo o ciego. Se pretende sensibilizar a las empresas y establecer procesos de selección que se centren exclusivamente en las capacidades de la persona candidata al puesto de trabajo a cubrir. Para ello en los CV se suprimen referencias personales irrelevantes como el nombre, sexo, edad, *fotografía* u otras circunstancias personales¹⁵⁰⁷.

Además, el conocimiento de la información «sensible» extraída de las redes sociales por la empresa podría extenderse a otros empleadores limitando aún más el derecho al acceso al empleo e incrementando las posibilidades de discriminación. Es el caso de la elaboración de «listas negras» cuya amenaza, anunciada por los organismos especializados en protección de datos¹⁵⁰⁸, no es hipotética, como ha puesto de manifiesto la ya citada STS (Sala de lo Civil), 12 de noviembre de 2015¹⁵⁰⁹.

1504 Con ello se pretende evitar las discriminaciones directas como indirectas en el acceso al empleo, derecho expresamente reconocido 4.2 c) del ET y reforzado por el art. 17.1 que considera nulas las decisiones unilaterales del empresario que provoquen discriminación en el empleo por, entre otros motivos, la condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual. Derecho también regulado y desarrollado en los arts. 34.1 y 35 de la LE (Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo).

1505 Así, el art. 9 de la nueva norma establece de manera más restrictiva que la legislación anterior que «a los efectos del artículo 9.2 a) del Reglamento (UE) 2016/679, a fin de evitar situaciones discriminatorias, el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá el tratamiento de dichos datos al amparo de los restantes supuestos contemplados en el artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2016/679, cuando así proceda».

1506 TASCÓN LÓPEZ, R., *Ibidem* p. 143.

1507 En la actualidad, 92 entidades ya están trabajando en el proyecto.
<www.mscbs.gob.es/ssi/igualdadOportunidades/iEmpleo/cvanonimo/cvanonimol.htm> (consultado en diciembre de 2018).

1508 Tanto el Informe Jurídico núm. 2010/0201 de la Agencia Española de Protección de Datos como el documento de trabajo sobre las listas negras elaborado por el GTA 29, de 3 de octubre de 2002, se refieren a esta materia. Este último aporta un concepto general de lista negra relativo a «la recogida y difusión de determinada información relativa a un determinado grupo de personas, elaborada de conformidad con determinados criterios dependiendo del tipo de lista negra en cuestión, que generalmente implica efectos adversos y perjudiciales para las personas incluidas en la misma, que pueden consistir en discriminar a un grupo de personas al excluirlas de la posibilidad del acceso a un determinado servicio o dañar su reputación», véase p. 14.

1509 STS (Sala de lo Civil), de 12 de noviembre de 2015 relativa a la inclusión del trabajador en una lista negra en el sector de los instaladores de telecomunicaciones que le impedía volver a ser contratado. Comentada por MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., «Listas negras» de trabajadores conflictivos (a propósito de la STS de 12 de noviembre de 2015)», *Trabajo y Derecho*, nº 16, pp. 83-95.

Pero la tutela del candidato que ha sido discriminado en base al conocimiento de este tipo de datos, no es tarea sencilla. En muchas ocasiones, ni siquiera conocerá los motivos de la no selección porque la amplitud de la libertad empresarial en el reclutamiento y la contratación, como norma general¹⁵¹⁰, no impone al empleador la obligación de revelar los motivos finales de su decisión¹⁵¹¹. En otro caso, cuando el trabajador sea consciente de una discriminación, la vía de protección más adecuada será el procedimiento de tutela de derechos fundamentales¹⁵¹², con la dificultad para demostrar la existencia de un móvil discriminatorio, a pesar de la inversión de la carga de la prueba prevista en el art. 181.2 LRJS. Aunque bastaría como panorama indiciario demostrar que la empresa accedió directamente o a través de terceros a los datos del perfil personal del candidato¹⁵¹³, esta prueba tampoco es sencilla. Además, si finalmente se superaran todas estas trabas y se consiguiese que los tribunales apreciaran la discriminación en el acceso al empleo, la tutela reconocida es la resarcitoria, ante la máxima de la incoercibilidad de las obligaciones de hacer¹⁵¹⁴.

3.2. El poder disciplinario empresarial basado en el acceso a las imágenes y vídeos publicados en las redes sociales

El segundo de los conflictos alude a la utilización de información de la red para acreditar un incumplimiento grave y culpable del trabajador que justificaría la decisión empresarial de una sanción disciplinaria, generalmente el despido. Como hemos ido perfilando en apartados anteriores, las redes sociales resultan una fuente de información de primera magnitud que permiten a la empresa comprobar aspectos relacionados con la actividad profesional de los trabajadores y descubrir conductas que pueden constituir un incumplimiento contractual.

Desde que se generalizó la utilización de Internet y de las redes sociales, se han incrementado los supuestos en los que las imágenes, informaciones u opiniones que los trabajadores reflejan en estas plataformas o en páginas web o blogs pueden revelar supuestos incumplimientos de naturaleza laboral. Como línea de principio la actividad de cada individuo en las redes sociales es personal, está al margen de su actividad laboral, salvo que sea parte del contenido de sus funciones profesionales¹⁵¹⁵.

No obstante, esta línea que divide o separa la vida privada de la laboral se diluye cuando se trata de comportamientos de los trabajadores fuera del lugar y tiempo de trabajo pero directamente relacionados con su cometido profesional, con el personal o los clientes de la empresa o con la

1510 A salvo, lógicamente, de los procesos de selección absolutamente objetivos y reglados que impiden cualquier margen de elección a la empresa.

1511 Aunque una denegación total por parte del empleador de la información sobre los resultados del proceso de selección pudiera considerarse uno de los factores a valorar en la acreditación de los hechos que permitan presumir que ha existido una discriminación (STJUE de 19 de abril de 2012, C-571/10, Apdos. 46 y 47).

1512 Este procedimiento de tutela de derechos fundamentales (al honor y a la propia imagen) fue el utilizado en el caso que dio lugar a la STS (Sala de lo Civil), de 12 de noviembre de 2015.

1513 NORES TORRES, L.E., «Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales en el ámbito...», cit., p. 27.

1514 TASCÓN LÓPEZ, R., «El trabajo humano (y su derecho) ante...», cit., pp. 146-147.

1515 PÉREZ REY, J., «Facebook como causa de despido o las difusas fronteras entre lo virtual y lo laboral, Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de enero de 2017, Rec. núm. 6712/2016, », *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 415, 2017, p. 185.

propia entidad como tal¹⁵¹⁶. No es algo nuevo. Ya hemos examinado la legitimidad de la labor de los detectives privados para averiguar y constatar ilícitos laborales que, aún realizándose fuera del entorno y del horario de trabajo, afectan a su contenido.

La mayoría de los casos relacionados con este tema abarcan dos tipos de conflictos¹⁵¹⁷: aquellos en los que la información de la red puede servir para el control de la veracidad de las bajas por incapacidad laboral y los relativos a las opiniones, informaciones o comentarios de los trabajadores que se consideran como una ofensa para el personal de la empresa, los clientes o una lesión a la buena imagen de la entidad.

Nos resulta de interés especial al objeto de este trabajo, el primer tipo de infracciones, puesto que en la mayor parte de los casos las actividades incompatibles con el estado de salud del trabajador se acreditan mediante las fotografías que el empleado inserta en estas plataformas. Como reflejan la mayoría de las sentencias¹⁵¹⁸, se trata de imágenes que representan escenas de la vida personal o privada de los trabajadores, por lo que habría que dilucidar si el uso de esta información por parte de la empresa puede constituir, no solo una vulneración del derecho a la propia imagen, sino también un atentado a la intimidad de los empleados. La respuesta judicial a esta cuestión no ofrece dudas, se ha de fundamentar en el origen de la información, y, en este sentido, de primeras, solo caben dos alternativas: la información es privada o es pública.

Cuando la información figura en estas redes sociales de manera abierta se ha ido asentando la tesis de los tribunales, apoyada también por parte de la doctrina académica¹⁵¹⁹, de la legitimidad

1516 SELMA PENALVA, A., «La información reflejada en las redes sociales...», cit., p. 378.

1517 Además de estos dos tipos de infracciones, las más comunes, también se utiliza la información de las redes, para acreditar supuestos en los que el trabajador incurre en competencia desleal. Sin ánimo de exhaustividad, se pueden citar, STSJ de Murcia, de 16 de julio de 2012 (Rec. núm.481/2012) relativa a un jefe de sector que durante la baja por incapacidad temporal realizaba sin autorización actividades comerciales *online*, en dominios registrados a su nombre, que usaban la denominación social de la empresa, la STSJ de Madrid, de 25 de junio de 2012 (Rec. núm. 1500/2012) en la que se comprueba gracias al visionado de las intervenciones en *Facebook* y *Twitter* del trabajador que desde la empresa realizaba las mismas funciones como autónomo a través de una página web o la STSJ de Galicia, de 25 de abril de 2013 (Rec. núm. 5998/2012) relativa a un asunto en el que por medio de una página de *Facebook* de acceso abierto se acredita la realización de actos de competencia desleal como arquitecto.

1518 Los supuestos son numerosos, así la STSJ de Galicia, de 16 de noviembre de 2012 (Rec. núm. 4213/2012) en la que las fotografías de una red social muestran al trabajador realizando viajes, participando en fiestas e, incluso, sirviendo copas en el bar de un familiar, la STSJ de Madrid, 23 de enero de 2012 (Rec. núm. 3803/2011) en la que a través del mismo sistema se acreditan actividades (numerosas salidas nocturnas y consumo de bebidas alcohólicas) incompatibles con el diagnóstico y la medicación prescrita, la STSJ de Madrid, de 28 de mayo de 2012 (Rec. núm. 966/2012) que ratifica la procedencia del despido de una empleada que durante el período de incapacidad temporal había trabajado en su negocio de diseño y creación de tocados, publicitado en *Facebook* o la STSJ de Asturias, 14 de junio de 2013 (Rec. núm. 241/2013) en la que las fotografías muestran a la empleada desarrollando una actividad absolutamente normal: conduciendo su vehículo, viajando en avión, saliendo con sus amigos hasta altas horas de la noche, accediendo a cenas y salas de baile o acudiendo a un parque de atracciones. Más recientes, la STSJ de Andalucía, de 29 de octubre de 2015 (Rec. núm. 2723/2014) donde se presentan numerosas fotos de la trabajadora y su familia en distintos viajes de ocio o STSJ de Galicia, de 12 de junio de 2017 (Rec. núm. 1554 /2017), sobre empleada en situación de incapacidad laboral por un problema ocular para el desempeño de su profesión de administrativa que realiza acciones como la conducción de vehículo y el desempeño de la actividad profesional de fotógrafa.

1519 Entre otros, BELANTAKI, J., «Redes sociales y su incidencia jurídico-laboral en los derechos fundamentales...», cit., p. 11 y NORES TORRES, L.E., «Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales...», cit., p. 33.

del acceso y uso de tales datos por parte de la empresa. Si lo publicado en estas plataformas está al alcance de todos, el visionado y la utilización de las fotografías o los vídeos que proporcionan los trabajadores voluntariamente no pueden luego comprometer su derecho a la intimidad y a la propia imagen.

Esta conclusión parece natural. Si se decide compartir determinada información de manera pública, sin ninguna restricción y es lícito para cualquier usuario acceder a ella, también lo será para la empresa. De manera consecuente, cuando por la propia voluntad se da publicidad sin límites a la imagen y a las informaciones de naturaleza íntima, estas pierden su carácter reservado.

Pero repárese en que una cosa es el acceso y otra el uso que se dé a esa información¹⁵²⁰. En estos asuntos, cuando la finalidad es la prueba de los incumplimientos de los trabajadores, probablemente la utilización sería legítima y se entendería justificada. Así, en los conflictos judiciales, en los que el empleado alega la posible vulneración de sus derechos fundamentales por el uso de imágenes extraídas de las redes sociales, los tribunales niegan tal intromisión al haber sido obtenidas sin necesidad de utilizar clave ni contraseña alguna, dado que no estaba limitado su acceso al público. Se insiste en que se consiguieron libremente, ya que al estar «colgadas» en la red pudieron ser vistas sin ningún tipo de limitación¹⁵²¹. Incluso, cuando la foto se comparte voluntariamente de manera pública es intrascendente a efectos de una posible invasión en la intimidad que las imágenes se hayan tomado en espacios públicos o privados¹⁵²² o que en ellas aparezcan, junto a la trabajadora, sus hijos menores¹⁵²³.

1520 En este sentido se debe traer a colación la última doctrina del TS en el ámbito civil reflejada en la STS 91/2017, de 15 de febrero que considera lesionado el derecho a la propia imagen ante la publicación por un medio informativo de la fotografía obtenida del perfil público de Facebook del protagonista de un suceso. El demandante fue disparado con un arma de fuego por su hermano, que luego se suicidó. Véase el comentario a esta resolución en VALDECANTOS, M., «Derecho a la propia imagen y derecho a la información: las redes sociales como fuente para los medios tradicionales de comunicación...», cit. pp. 98-104 y AZURMENDI ALDARRÁGA, A., «¿Es intromisión ilegítima publicar una foto de Facebook sin consentimiento? La cara y la cruz», *Legal Today*, 27 de marzo de 2017, <www.legaltoday.com/opinion/la-cara-y-la-cruz/es-intromision-ilegitima-publicar-una-foto-de-facebook-sin-consentimiento>.

Sin embargo, la STS (Sala de lo Civil), de 20 de julio de 2018, considera no vulnerado el derecho a la propia imagen por utilizar unas fotografías que ya estaban en la red para realizar determinados comentarios críticos sobre un ex compañero de trabajo.

1521 STSJ de Asturias, 14 de junio de 2013 (Rec. núm. 241/2013) o STSJ de Cantabria, de 10 de noviembre de 2015 (Rec. núm. 765/2015) que ante posible vulneración del art.18.3 CE se dice «carece de sentido, sin embargo, tal alegación cuando a ellas se podía acceder, ya que no estaban reservadas al grupo de amigos sino en el registro público de este programa, además de haber sido tomadas en lugares también públicos como bares o discotecas, en presencia del resto de asistentes».

1522 STSJ de Madrid, de 28 de mayo de 2012 (Rec. núm. 966/2012), sobre trabajadora que estando de baja por enfermedad, realizaba trabajos en su propio domicilio.

1523 Así, en la STSJ de Andalucía, de 29 de octubre de 2015 (Rec. núm. 2723/2014), la recurrente denunciaba la infracción del art. 18 CE, art. 3 LO 1/1982, art. 3.a) LOPD con el argumento de que la prueba documental sobre la cuenta pública en *Facebook* del matrimonio era nula por vulnerar los derechos fundamentales de los menores que aparecen en esas fotografías publicadas sin el consentimiento de los padres. El Tribunal además de aducir que las fotos de los menores se habían publicado con el consentimiento de sus progenitores, no podrá evitar la crítica hacia esta conducta: «hemos de partir del hecho que la recurrente y su marido publicaron unas fotos de sus hijos en las redes sociales, en este caso en facebook y además por lo que se infiere de las imágenes colgadas en facebook en la cuenta de ambos progenitores –desde comiendo, visitando León e incluso a la madre tocando los genitales de una figura de un indio– a tal madre y tal padre nada les importa respecto a la intimidad e imagen de sus hijos; es más, ambos han subido a sus perfiles varias fotos de los niños. Obviamente se trata de una decisión de patria potestad, y además es evidente que, de una manera u otra, esta actuación

Como ya expresamos, la alternativa entre lo público y lo privado, en ocasiones es confusa¹⁵²⁴. En el caso de *Facebook*, hay un espacio semiprivado en el que la información puede ser compartida «con amigos» o «con conocidos». Estos ámbitos han de considerarse reservados y, por ello, la información no debería ser utilizada más que por el círculo de contactos seleccionado, aunque luego se haya podido ir extendiendo a más sujetos. Se ha señalado¹⁵²⁵ que, al igual que los tribunales franceses, se debería ser más exigente a la hora de valorar cómo la empresa ha accedido a la información en las redes, solo admitiendo aquella que en su configuración inicial fuese accesible al público en general.

Es fácil que la información compartida con un determinado círculo de contactos pueda extenderse a otras personas, por los comentarios que estos hagan¹⁵²⁶, por la configuración del perfil que tengan o porque decidan ponerlo en conocimiento o divulgarlo a otros¹⁵²⁷. Nuestros tribunales no están siguiendo la estela de sus homólogos franceses y admiten el uso de la información de las redes que figura como reservada a determinados contactos cuando llega a la empresa por otros cauces. Es el caso de la STSJ de Madrid, 23 de enero de 2012, en el que la hija de la representante de la empresa accede a las fotografías del trabajador a través de uno de los contactos de este, o de la STSJ de Andalucía, de 22 de noviembre de 2017¹⁵²⁸ en la que una de las trabajadoras del grupo privado de *Whatsapp* y de *Facebook* las hace llegar a la empresa.

puede tener consecuencias, positivas o negativas, en un futuro más o menos próximo para los menores (...). Luego, en cuanto a la posible ilegalidad, de existir, sería causante la recurrente de la alegada vulneración de modo que no hay infracción del art. 18 CE, amén de que fue la propia autorización de la parte en el colgar las fotos de sus hijos menores en el muro de la cuenta de facebook del padre y la madre la causante de la vulneración de derechos que ahora se nos alega» (FJ 3º).

1524 No es el caso de las plataformas en las que todo el contenido es abierto o totalmente público, como por ejemplo *Twitter*, TALENS VISCONTI, E.E., «Aspectos jurídicos sobre los comentarios de los trabajadores proferidos a través de las redes sociales», *Trabajo y Derecho*, nº 23, 2016, p. 9.

Tampoco los tribunales se plantean cómo llega a la empresa la información cuando se trata de webs o blogs en las que se divulga la información de manera indiscriminada y sin limitar los potenciales usuarios. Ni siquiera se cuestionan la manera en que la empresa accede a estos datos. NÚÑEZ ABOITIZ, V., «Uso extralaboral de nuevas tecnologías de Internet: efectos sobre la relación laboral», *Relaciones Laborales*, nº 13, 2012, p. 3.

1525 GOÑI SEIN, J.L., «Los límites de las potestades empresariales vs derecho...», cit., p. 24.

1526 En esta dirección se alerta del riesgo de esa costumbre de retwittear que puede convertir una información en viral. CALVO GALLEGU, F.J., «TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook...», cit., p. 20

1527 La difusión no consentida de imágenes de terceros en las redes sociales se ha convertido en una práctica aceptada entre los usuarios, que ha despertado la preocupación de la doctrina civilista. En principio, como regla general, son conductas que han de considerarse ilícitas conforme a la LO 1/1982, salvo que se pueda considerar que este uso social ilegal pueda modular el derecho a la propia imagen. Sin embargo, no creemos que esta práctica pueda sustituir o abandonar el requisito legal del consentimiento previo, otra cosa es que pueda operar como eximente o atenuante de la responsabilidad del infractor. Véase en este sentido, MARTÍNEZ OTERO, J.M., «Derechos fundamentales y publicación de imágenes ajenas en las redes sociales sin consentimiento», cit., pp. 119 y ss. y GIL VALLILENGUA, L., «Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen en las redes sociales: la difusión no consentida de imágenes», cit., pp. 161 y ss.

1528 (Rec. núm. 3626/2016) «En el caso, la empresa tuvo acceso al contenido de los mensajes de texto e imágenes intercambiados en el grupo privado de whatsapp y en facebook (hechos probados 4, 5 y 8) no por un acto de interceptación ilícito, sino por habérselo así facilitado una de las partícipes en el grupo, al que por tanto no es ajena y respecto del que no existe un constitucional deber de reserva frente a terceros sino, a lo más, un deber ético; al igual que sucede con las expresiones vertidas de palabra y personalmente por la recurrente en presencia de otra trabajadora (hechos probados 6 y 7) que a su vez las refiere de palabra a la empresa» (FJ 1º).

Aunque parte de la doctrina laboral¹⁵²⁹ mantiene que en tales situaciones es irrelevante que la información en su origen fuese reservada y cuál haya sido la vía de conocimiento de la empresa (accidental o a través de un tercero), pensamos que hay que ser más cautelosos¹⁵³⁰ a efectos de impedir que la empresa haya utilizado medios ilícitos para la obtención de tales datos.

El segundo grupo de conflictos en los que la utilización de las redes sociales suele originar la sanción de los trabajadores es el relativo a la manifestación de opiniones, expresiones o comentarios que generan un daño a la empresa. Desde el punto de vista de nuestro estudio, se nos escapa de su objeto, puesto que normalmente lo que se dilucida es el ejercicio del derecho a la libertad de expresión o información de los trabajadores¹⁵³¹ frente a los perjuicios que se causan a la empresa, a los demás trabajadores o a los clientes. Sin embargo, aunque la mayoría de las conductas se refieren a declaraciones por medio de la palabra escrita, también encontramos casos en lo que el trabajador utiliza información gráfica. Así, la elaboración y divulgación de vídeos donde aparece el empleado que dañan la imagen de la empresa¹⁵³² o la publicación de fotografías que ponen en riesgo la seguridad de la entidad¹⁵³³. En otras ocasiones,

1529 Argumenta que quién publica algo en las redes ya sabe los riesgos que corre. Por ello no es significativo que haya mantenido cierta privacidad en la configuración de su cuenta o que disponga de un número mayor o menor de contactos en su red TALENS VISCONTI, E.E., «Aspectos jurídicos sobre los comentarios de los trabajadores proferidos a través...», cit., p. 8.

1530 En sentido opuesto, la STSJ de Asturias de 14 de junio de 2013 (Rec. núm. 241/2013) que admite el empleo de fotografías que se obtuvieron de la página web privada de la trabajadora, no de manera casual, sino tras el encargo del gerente al jefe de informática para que accediera a esta información «a través de una labor de espiar páginas de personas con alguna relación con la trabajadora hasta encontrar la página en la que estaban colgadas las fotos». La Sala no aprecia vulneración al derecho a la intimidad de la trabajadora porque no ha sido necesario para acceder a las imágenes la utilización de clave o contraseña que limitase el acceso público.

1531 Para un estudio de esta problemática véase, DEL REY GUANTER, S., «Nuevas perspectivas de la libertad de expresión e información en las relaciones laborales: contrato de trabajo y redes sociales» en AA. VV., (dir. BORRAJO DACRUZ, E.), *Controversias vivas del nuevo Derecho del Trabajo*, cit., pp. 303-331.

1532 STSJ de Cataluña, de 10 de diciembre de 2008 (Rec. núm. 34/2007). El trabajador que prestaba servicios para la empresa recogiendo muebles viejos en la vía pública de Barcelona participa, junto a otros empleados, en un vídeo titulado «Basurero mierda mix» que cuelgan en YouTube. Se aprecia la procedencia del despido por tratarse de conductas incívicas e imprudentes que ponen en peligro la integridad física del trabajador. Además, lesionan la imagen de la empresa al realizarse en la vía pública, a la vista de la ciudadanía, con el vestuario de trabajo de la entidad. También la STSJ de Cataluña, de 9 julio de 2009 (Rec. núm. 2376/2009) relativa a un trabajador que de forma voluntaria y premeditada rompe un palet con miles de botellas con la finalidad de producir un vídeo que publica en YouTube.

Recientemente ha tenido cierto eco la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2, Palma de Mallorca, de 28 de febrero de 2018 (Rec. núm. 531/2017). El pleito se refiere al despido de un empleado de Primark por la publicación de determinadas imágenes en Facebook. La empresa tuvo conocimiento que en determinados foros se alentaba a no comprar en estos establecimientos ante la conducta de este empleado que se identificaba como trabajador de la firma en su perfil. La sentencia no entra a valorar el posible daño para la imagen de la compañía, puesto que la procedencia del despido se justifica en la desobediencia de las normas internas (conocidas y aceptadas por el empleado). En ellas se prohíbe realizar ofensas o ataques a la dignidad de otras personas cuando el trabajador se identifique como empleado de la firma.

1533 STSJ de Andalucía, de 10 de noviembre de 2011 (Rec. núm. 2333/2011) declara la procedencia del despido de una trabajadora de un supermercado con un puesto de cierta responsabilidad por considerar que su conducta daña la imagen de la compañía y vulnera toda medida preventiva contra posibles atracos. La trabajadora había colgado diversas fotos en Facebook en las que aparecía con otra compañera en el centro de trabajo, con el uniforme y la tarjeta identificativa de la empresa, simulando que bebían alcohol, tiradas por encima de las mesas y abanicándose con fajos de billetes.

se sube a la red sin la preceptiva autorización previa imágenes de compañeros de trabajo¹⁵³⁴ o, incluso, de clientes o usuarios del servicio¹⁵³⁵. En estas situaciones, al margen de constituir un posible incumplimiento laboral, el empleado incurre probablemente en una lesión de al menos el derecho a la imagen de los afectados, a la que habrá que sumar dependiendo del contenido de la imagen y/o de los comentarios añadidos, una posible vulneración del derecho a la intimidad y/o del derecho al honor.

Los supuestos coinciden en que es la red (principalmente, los perfiles públicos de *Facebook*) el medio empleado para realizar la conducta y que la respuesta de la empresa, por norma general, es la sanción más grave, el despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual (art. 54.2 d) ET) o con fundamento en «las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos» (art. 54.2 c) ET).

Los casos son variados, comentarios u opiniones desconsideradas sobre la empresa¹⁵³⁶, los jefes o superiores jerárquicos¹⁵³⁷, los compañeros¹⁵³⁸ y los clientes o usuarios¹⁵³⁹. Esta clase de infracciones nos plantean varias reflexiones. Pensamos que los comentarios, opiniones o imágenes de los trabajadores solo son reprochables en el seno de la empresa cuando tienen una relación directa con el trabajo, con la propia entidad o con sus integrantes. Otro tipo de intervenciones, por muy desafortunadas, desconsideradas o hasta repugnantes¹⁵⁴⁰ que puedan

Además, se mostraba el modelo y la ubicación de la caja fuerte en la que se guardaba la recaudación, los equipos informáticos con los que cuenta la empresa y la mercancía sensible almacenada en la oficina para evitar su robo o sustracción.

- 1534 STSJ de Castilla y León, de 30 de abril de 2014 (Rec. núm. 491/2014) en las que se publican unos vídeos de compañeras que tropiezan y caen al suelo con comentarios jocosos sobre ello.
- 1535 STSJ de Madrid, 27 de noviembre de 2017 (Rec. núm. 558/2017) en la que una trabajadora cuelga en Facebook fotografías de las personas ingresadas en una residencia y STSJ de Galicia, de 20 de febrero de 2012 (Rec. núm. 4905/2011) relativa a un camillero que sube a la misma red social la foto de una niña recién nacida. Sobre la improcedencia de un despido basado en la toma de fotografías de unos bebés por una trabajadora de una guardería con el único fin de enviarlas por el móvil a sus padres STSJ de Madrid, de 7 de marzo de 2014, comentada por ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Despedida por hacer fotos a bebés. STSJ de Madrid 7 de marzo 2014 (AS 2014/507)», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 169, 2014, pp. 305-316.
- 1536 Entre otras, STSJ de Navarra, 21 de febrero de 2014 (Rec. núm. 44/2014), STSJ de Madrid, 19 de mayo de 2014 (Rec. núm. 2072/2013), STSJ de Galicia, 8 de octubre de 2014 (Rec. núm. 2941/2014), STSJ de las Islas Canarias, 27 de julio de 2016 (Rec. núm. 386/2016), STSJ de Murcia 26 de abril de 2017 (Rec. núm. 1240/2016) y STSJ de Andalucía de 8 de junio de 2017 (Rec. núm. 2275/2016) esta última comentada por MOLINA NAVARRETE, C., «Redes sociales, códigos de conducta y ciudadanía digital responsable del trabajador...», cit., pp. 158-168.
- 1537 STSJ de Murcia, de 26 de abril (Rec. núm. 1240/2016).
- 1538 STSJ de Extremadura, de 23 de marzo de 2017 (Rec. núm. 66/2017), STSJ de Andalucía, de 23 de marzo de 2017 (Rec. núm. 1309/2016), STSJ de Aragón, de 18 de mayo de 2016 (Rec. núm. 300/2016), STSJ de Andalucía, de 22 de noviembre de 2017 (Rec. núm. 3626/2016) y STSJ de Cataluña, de 30 de enero de 2017 (Rec. núm. 6712/2016), comentada por PÉREZ REY, J., «Facebook como causa de despido o las difusas fronteras entre lo virtual y lo laboral...», cit., pp. 182-187.
- 1539 STSJ de Madrid, de 30 de marzo de 2012 (Rec. núm. 798/2012) y STSJ de Valencia, de 21 de febrero de 2017 (Rec. núm. 3593/2017).
- 1540 MOLINA NAVARRETE, C., «Redes sociales, códigos de conducta y ciudadanía digital responsable del trabajador...», cit., p. 160 incorpora la noticia del despido fulminante de la trabajadora que en las redes sociales pidió que violaran a Inés Arrimadas.
<https://elpais.com/ccaa/2017/09/05/catalunya/1504620710_378592.html> (consultado en diciembre de 2018).

llegar a ser, si no superan el test de la laboralidad¹⁵⁴¹, han de quedar fuera del alcance del poder disciplinario empresarial.

Existe el riesgo de que al amparo de la defensa de la buena imagen de la empresa o de la reputación social corporativa, se quiebre la línea que separa la actividad privada y la actividad laboral, imponiendo a los empleados conductas que provocan una restricción inadmisibles de sus derechos constitucionales¹⁵⁴². La empresa no ha de estar legitimada para sancionar las conductas sociales de los trabajadores.

Además, en los conflictos de esta naturaleza, en los que se examina el legítimo ejercicio de la libertad de expresión del trabajador, los tribunales suelen utilizar el deber de buena fe contractual como una restricción adicional que viene a delimitar el derecho, minorando su manifestación laboral. Se peca quizás de una «inercia interpretativa» donde la buena fe contractual se utiliza como un cajón de sastre que finalmente amplía los motivos que pueden justificar un despido disciplinario¹⁵⁴³. El examen del comportamiento de los trabajadores ha de ser más escrupuloso en relación a la existencia de una verdadera lesión a la buena imagen de la empresa o al honor de los presuntamente agraviados (superiores jerárquicos, otros compañeros...). Para ello, en general, se precisa un ánimo ofensivo y que las expresiones proferidas tengan una capacidad objetiva de lesionar estos derechos. Ha de tratarse de una conducta lo suficientemente grave y culpable. De acuerdo a la teoría gradualista ha de atenderse a la valoración de las circunstancias concretas de cada caso. En este sentido, aunque hay supuestos de una claridad absoluta¹⁵⁴⁴, en otros, se trata de comentarios inadecuados o que obedecen a un desahogo¹⁵⁴⁵, expresiones que entran dentro del ámbito del malestar y la crítica sobre cuestiones laborales y de funcionamiento de la empresa¹⁵⁴⁶, sin la entidad suficiente para merecer la máxima sanción¹⁵⁴⁷.

1541 PÉREZ REY, J., «Facebook como causa de despido o las difusas fronteras...», cit., p. 185.

1542 En este sentido, MOLINA NAVARRETE, C., «Redes sociales, códigos de conducta...», cit., pp. 160 y 164 se refiere al riesgo de que los códigos de conducta gracias a la adhesión individual del trabajador amplíen su propia responsabilidad hacia lo social y privado, incrementando el poder disciplinario de la empresa aunque se vaya más allá del ámbito estrictamente laboral.

1543 PÉREZ REY, J., *Ibidem*, p. 186.

1544 Como ejemplo, STSJ de Cataluña, de 30 de enero (Rec. núm. 6712/2016) en la que la trabajadora a través de *Facebook* acusa a la empresa de consentir situaciones de maltrato a los mayores residentes, encubriendo y amparando a los trabajadores, sujetos activos de tales conductas, por estar vinculados familiarmente con los responsables del centro o la STSJ de Andalucía, de 22 de noviembre de 2017 (Rec. núm. 3626/2016) sobre una empleada que insulta gravemente a su superiora, se mofa de ella y se ríe de sus compañeras a las que despectivamente llama «machupichus».

También, la STSJ de Andalucía, de 23 de marzo de 2017 (Rec. núm. 1309/2016) relativa a un trabajador que publica en *Facebook* la foto de una compañera con un comentario de carácter sexual gravemente ofensivo y vejatorio.

No ha de extrañar que las redes sociales hayan facilitado conductas especialmente graves de ciberacoso o acoso cibernético en el entorno laboral. Véase, DE VICENTE PACHÉS, F., «El ciberacoso: un fenómeno de violencia emergente en el ámbito de las relaciones de trabajo», *Revista de Información Laboral*, n.º. 2, 2017, pp. 99-120.

1545 ANGULO GARZARO, A. y ANGULO GARZARO, N., «Límites a la utilización de las redes sociales como medio de expresión: la lesión al honor o la imagen y el despido como consecuencias indeseables», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n.º 43, 2017, pp. 5-6.

1546 ¿Puedo criticar a mi empresa a través de las redes sociales? <www.elderecho.com/actualidad/critica-rede_sociales-trabajador-despido_0_1168500042.html> (consultado en diciembre de 2018).

1547 STSJ de Andalucía, de 15 de noviembre de 2012 (Rec. núm. 1331/2012) relativa a la publicación por una trabajadora de una fotografía en su muro de *Facebook*, donde consta un escrito de una compañera con una falta de ortografía acompañada de comentarios tales como «olee los sueldos regalados a las maestras de los planes

Utilizar las plataformas digitales como medio de difusión de estos comentarios o imágenes suele ser un elemento a considerar en la valoración de la gravedad y la culpabilidad de los hechos. Así, es común distinguir entre los comentarios verbales o escritos, al estimar que los primeros suelen ser inmediatos mientras que los redactados han precisado de una mínima reflexión previa¹⁵⁴⁸. Los comentarios vertidos en las redes sociales entrarían en esta segunda categoría. Al ser escritos, se presume que han requerido de una cavilación previa que acentúa la gravedad de la conducta¹⁵⁴⁹. Sin embargo, coincidimos¹⁵⁵⁰ en que no necesariamente debe ser así, porque las opiniones en las redes sociales suelen caracterizarse por ser intervenciones espontáneas y rápidas, más similares a las conversaciones orales que a la formulación o redacción de otro tipo de textos. En realidad, la mayoría de las comunicaciones o de las fotos o de los vídeos que se suben a estas plataformas generalmente se realizan a través de un medio personal, fácil, rápido y ágil como el *Smartphone*, que dificulta todo elemento reflexivo¹⁵⁵¹. Habrá por tanto que medir en cada caso la espontaneidad o no de las intervenciones a fin de estimar esta responsabilidad.

También se suele introducir como elemento que generalmente acentúa la gravedad de los hechos la gran difusión y publicidad que alcanzan este tipo de comentarios o informaciones gráficas cuando se insertan en las redes sociales. La digitalización de la crítica es un factor que puede incrementar el desvalor de la acción, en atención a la inusitada difusión pública que puede alcanzar¹⁵⁵². Pero de la misma manera que puede acrecentarlo, debería minorarlo cuando las críticas u opiniones del trabajador se realizan en perfiles de acceso limitado¹⁵⁵³ y luego son

de empleo, q vergüenza y pues créetelo hija, me dolieron los ojos cuando lo vi». El Tribunal estima que esta conducta «no puede considerarse en modo alguno adecuada y correcta, estimando la Sala que incluso podría ser objeto de la correspondiente sanción disciplinaria, pero asimismo se considera que dichos hechos no tienen la suficiente gravedad para justificar el despido» (FJ 3º)

En la misma línea, STSJ de Andalucía, de 17 de enero de 2018 (Rec. núm. 1939/2017). Tras admitir los indicios suficientes de la vulneración del derecho fundamental a la libre expresión y del derecho a la libertad sindical de la trabajadora (por una intensa actividad reivindicativa), se considera que la empresa no ha conseguido acreditar causas suficientes que los desvirtúen. La trabajadora había publicado en una red social diferentes comentarios, entre otros, «más que nunca convencida de que esto no es hostelería, esto es el cortijo de Pascual nada más por cómo actúa junto a su séquito de palmeros».

Un breve comentario a otras sentencias puede encontrarse en GRANDE, C. y GORDILLO, C., «El uso de las redes sociales en la jurisprudencia social», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 855, 2013, pp. 11-13.

1548 TALENS VISCONTI, E.E., «Aspectos jurídicos sobre los comentarios de los trabajadores proferidos a través de las redes sociales...», cit., p. 7.

Insiste en que todas las acciones hasta que se publica un comentario en una red social (apertura de la aplicación, teclear, decidir si se corrige y enviar) implican un proceso que requiere una reflexión previa, ausente en los comentarios de viva voz, que a veces, son fruto de un acaloramiento.

1549 Así, también lo estima la doctrina judicial, por todas, STSJ de Cataluña, de 30 de septiembre de 2015 (Rec. núm. 3001/2015) «(...) que la actora dirigió ofensas verbales y escritas a compañeros de trabajo, careciendo las escritas de toda justificación por ir acompañadas de una mayor reflexión y comprensión de su alcance y significado, por más que lo fueran a través de medio de comunicación personal, y que rompieron el clima laboral normal de convivencia y respeto (...)» (FJ 5º).

1550 NORES TORRES, L.E., «Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales en el ámbito de las relaciones laborales: aspectos individuales, colectivos y procesales...», cit., p. 29.

1551 DEL REY GUANTER, S., «Nuevas perspectivas de la libertad de expresión e información en las relaciones...», cit., p. 319.

1552 MOLINA NAVARRETE, C., «Redes sociales, códigos de conducta...», cit., p. 163.

1553 En este sentido, la STSJ de Cataluña, 3 de marzo de 2016 (Rec. núm.191/2016), valora, entre otros extremos, para justificar la no extralimitación del trabajador en el ejercicio de su derecho a la libre expresión «que las críticas se publicaron en su perfil personal de Facebook de acceso limitado» (FJ 3º).

difundidas por «amigos» a un ámbito más extenso de personas. Incluso, sería interesante y justo, apreciar, como ingrediente para la mayor o menor culpabilidad del empleado, el conocimiento o la consciencia sobre el grado de publicidad de los comentarios que introduce en la red¹⁵⁵⁴. Como precisamos, la escasa claridad de las políticas para configurar la privacidad en este tipo de plataformas y el nivel medio de conocimiento de muchos internautas conduce a la difusión no querida de comentarios o documentos gráficos de carácter privado.

En definitiva, se ha de resaltar la importante amenaza que la utilización de las redes sociales ha traído para todos los derechos relacionados con la privacidad de los trabajadores y en concreto para el derecho a la propia imagen. Las fotografías y vídeos que reflejan la vida social de los empleados son un nuevo instrumento de posible control empresarial. Control, que podría ejercerse, incluso antes de la vinculación laboral, porque de las imágenes cabe extraer datos, no siempre actuales ni fidedignos, sobre el perfil personal del trabajador que son capaces de influir o incluso de determinar su no contratación.

Esta fiscalización puede continuar a lo largo de la relación laboral porque estos documentos gráficos sirven como medio de prueba de posibles irregularidades, con el riesgo apuntado de una tendencia a la extralimitación, que penaliza y limita la esfera social y personal de los trabajadores. Se dirá que parte de este problema podría subsanarse con una llamada a la responsabilidad, a la prudencia y a la moderación de cada usuario en la utilización de las redes, pero, como hemos tratado de reflejar, es fácil perder el control y el originario destino de nuestras informaciones.

De nuevo, parece necesaria una llamada al poder legislativo para que desde la perspectiva de la protección de datos personales y de sus garantías adapte a la relación de trabajo las normas de juego, limitando el acceso y el uso empresarial, en muchos casos ilegítimo, de las informaciones privadas de los trabajadores. Materia, que no ha sido atendida de manera específica en la reciente reforma del ET y de la normativa de protección de datos.

4. Aspectos procesales sobre la protección del derecho a la propia imagen de los trabajadores frente a la utilización de la videovigilancia o el uso de las fotografías o vídeos en las redes sociales como medios de prueba

A salvo de una minoría de contiendas en las que se utiliza el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales o la acción de conflicto colectivo, gran parte de los conflictos en relación al uso de la videovigilancia o de las redes sociales como fuente de información desembocan en el proceso especial de despido, puesto que son estos datos los utilizados por la parte empresarial para constatar las infracciones y ejercer posteriormente su poder disciplinario.

En este apartado vamos a tratar de dar respuesta a varias cuestiones que plantea la utilización de la información gráfica obtenida por las videocámaras o extraída de las plataformas *online* o Internet como medio de prueba en el proceso laboral. Quizás el asunto más controvertido sea la

1554 Aporta esta idea, PÉREZ REY, J., «Facebook como causa de despido o las difusas fronteras entre lo virtual y lo laboral...», cit., p. 187.

ilicitud de la prueba por la vulneración de los derechos fundamentales y las consecuencias que de ello se derivan. Aún así, hay otros aspectos que van a merecer nuestra atención, relacionados con la eficacia y el valor probatorio de estos instrumentos, materia conectada directamente con la naturaleza que se les reconoce entre la tipología de las pruebas y con la acreditación procesal de su autenticidad e integridad.

4.1. La admisibilidad de estas de pruebas. La prueba ilícita y la calificación del despido

Los avances tecnológicos han ido incorporando importantes innovaciones en la práctica de la actividad probatoria procesal a las que progresivamente la legislación y los tribunales han dado respuesta. Primero, como es usual, su régimen jurídico se fue configurando mediante su reconocimiento y aceptación por la doctrina judicial¹⁵⁵⁵ y, posteriormente, con su incorporación a las normas reguladoras del proceso¹⁵⁵⁶.

Así, la aceptación de fotografías y vídeos como medio de prueba por los tribunales laborales ha sido muy anterior a su reconocimiento expreso en las normas rituarías. Aunque la ley laboral se remite en materia probatoria a la normativa común, será aquella la pionera en aludir de manera específica a los entonces denominados «medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen o del sonido» (apdo. 2 de la base nº 19 de la Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases de Procedimiento Laboral).

Posteriormente¹⁵⁵⁷, con la aprobación de la LEC (Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil) se admitirán estos «medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen» y a ellos se les sumarán «los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase»¹⁵⁵⁸. Esta relación se complementa con la cláusula abierta del apartado 3º del art. 299, que acoge «cualquier otro medio no expresamente previsto» pero que pudiera aportar certeza sobre hechos relevantes. De esta manera, el legislador abrió la norma al futuro, a nuevos y desconocidos instrumentos, sin configurar un régimen concreto y facultando al tribunal para adoptar las medidas que en cada caso resultasen necesarias¹⁵⁵⁹.

1555 STS 25 de noviembre de 1989 (RJ 1989- 8251), 4 de junio de 1990 (RJ 1990- 5012) y de 8 de febrero de 1991 (RJ 1991- 817).

1556 Sobre los antecedentes normativos, véase GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *La prueba en el proceso laboral*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 124 y ss.

1557 Aunque previamente la Ley 16/1994 modifica el art. 230 de la LOPJ/85 para admitir «cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, puestos a su disposición para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones y otorgarles la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales».

1558 Este segundo tipo de medios se incorporará de manera más escueta en el art. 90.1 como «procedimientos de archivo y reproducción de datos» con la LRJS (Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social).

1559 SEGALÉS FIDALGO, J., «El juicio oral», AA. VV., (dir. BLASCO PELLICER, A.), *El proceso laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 575.

A este conjunto de medios se le ha venido a denominar «prueba tecnológica», «prueba electrónica» o «prueba digital»¹⁵⁶⁰. En nuestro caso, la videovigilancia estaría claramente comprendida entre los medios de reproducción de imágenes y/o sonidos mientras que el acceso al contenido de las redes sociales, blogs, páginas webs..., suele quedar incluido entre los instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir la información¹⁵⁶¹. En realidad, como veremos con más detalle en otro apartado, las fuentes de prueba de naturaleza digital o electrónica son innumerables, abarcarían todos los medios informáticos multimedia y/o de comunicaciones, así como los soportes y formatos, los servidores de información y la navegación, entre otros. Toda esta información, ya esté contenida en dispositivos electrónicos o ya sea transmitida por redes de comunicación abiertas o restringidas (Internet, telefonía...) deberá aportarse al proceso a través de uno o varios de los medios de prueba previstos legalmente, que bien podrá ser un medio tecnológico o un medio tradicional.

La preocupación habitual del legislador respecto a este tipo de pruebas ha sido evitar que a través de su obtención fuesen vulnerados los derechos fundamentales o libertades públicas. De hecho, la LPL/95 introduce esta previsión al referirse a los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido por vez primera. Actualmente, la LRJS distingue claramente con el uso de dos apartados diferentes, que la no admisión de pruebas ilícitas afecta no solo a los instrumentos digitales sino a cualquier todas las pruebas que tuvieran «su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas». No obstante, hay que reconocer que en la vía laboral la mayoría de los casos de prueba ilícita se refieren al uso empresarial de fuentes de prueba tecnológicas que podrían afectar a la esfera privada de los trabajadores. De hecho, el primer pronunciamiento del TC sobre esta cuestión fue con ocasión de un pleito laboral sobre despido en el cual se discutía la validez como prueba de la conversación telefónica grabada por un interlocutor al otro sin su autorización (STC 114/1984). Se recuerda que la doctrina de esta Sentencia contribuyó a la inclusión de la regulación general de la prueba lícita en el art. 11.1 de

1560 Aunque la ley no hace una referencia explícita a este tipo de prueba, la doctrina maneja estos términos u otros (prueba telemática, medios de reproducción e instrumentos de archivo...), aportando definiciones más amplias o más estrictas. Una descripción de esta variedad terminológica en ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J., *La prueba electrónica*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 23.

El concepto más amplio comprende a la prueba en la que intervienen nuevas tecnologías en su obtención y/o en su aportación al proceso. Es decir, la tecnología afecta a la realidad que constituye la fuente de prueba y/o al medio o instrumento a través del cual esta realidad llega a ser conocida por el tribunal. COLOMER HERNÁNDEZ, I., «La prueba tecnológica» (Cap. X), AA. VV., (coord. ROMERO PRADAS, M.I. y GONZÁLEZ CANO, M.I.), *La prueba*, Vol. 1, (La prueba en el proceso civil), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 581.

Una definición más estrecha de la prueba electrónica o digital que no se extiende a los medios de reproducción de la voz, la imagen o el sonido en DELGADO MARTÍN, J., «La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración» *Diario La Ley*, nº 6, 2017, pp. 1-2. Véase también, DELGADO MARTÍN, J., *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 40-45.

Entre la doctrina laboralista, se apunta a que la prueba electrónica es una expresión que abarca los medios de prueba previstos en el art. 299.2 LEC en relación a los arts. 382 y 384 LEC y los llamados como innominados, regulados en el art. 299.3 LEC. Véase PRECIADO DOMÈNECH, C.H. y PURCALLA BONILLA, M.A., *La prueba en el proceso social*, Lex Nova, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 496-497.

1561 Así, se considera como prueba de instrumentos conforme a los arts. 90 LRJS y 284 LEC en el ámbito judicial laboralista, PRECIADO DOMÈNECH, C.H. y PURCALLA BONILLA, M.A., *La prueba en el proceso...*, cit., p. 535.

la LOPJ (LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial)¹⁵⁶² al disponer que «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales», incorporando, así, esta regla de exclusión como una garantía constitucional que protege los derechos fundamentales frente a los actos de los agentes públicos y de los particulares¹⁵⁶³.

En la interdicción de este tipo de pruebas, resulta conveniente atender a una precisión conceptual, la diferencia entre el principio de licitud y el principio de legalidad de la prueba. La ilícita es aquella en cuyo origen u obtención se han vulnerado derechos fundamentales o libertades públicas, no cualquier otra norma del ordenamiento jurídico. Además, la ilicitud se refiere a la fuente de prueba, como realidad previa y extraprocesal, que es el origen de los datos de interés que después se introducirán en el proceso a través de los medios de prueba¹⁵⁶⁴. Se trata de proscribir la admisibilidad en el proceso de pruebas «obtenidas» directa o indirectamente lesionando derechos de esta naturaleza¹⁵⁶⁵. Por su parte, el principio de legalidad de la prueba supone que los elementos de prueba deben obtenerse e incorporarse al proceso conforme a los principios y normas previstos en la ley; «una cosa es la licitud de la fuente de prueba y otra cosa la legalidad del medio de prueba»¹⁵⁶⁶. Esta última afecta tanto a actuaciones que se desarrollan en el seno del proceso (la legalidad procesal)¹⁵⁶⁷ como a las actuaciones extraprocesales contrarias a la ley, no lesivas de los derechos fundamentales¹⁵⁶⁸.

Prescindimos ahora de la cuestión de fondo relativa a cuándo han de considerarse ilícitas las pruebas en las que se obtienen imágenes de los trabajadores a través de diferentes instrumentos (instalación de cámaras de vídeo, toma de fotografías, acceso a las redes sociales) puesto que ya ha sido tratada en los apartados anteriores de este Capítulo, para referirnos ahora a sus consecuencias. Sin embargo, sí es oportuno antes recordar, que se ha observado en el análisis jurisprudencial realizado, que mientras en muchos de los supuestos sobre utilización de cámaras

1562 Para un estudio de la génesis y los interrogantes que plantea este precepto véase DE LA OLIVA SANTOS, A., «Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas», en AA. VV., *Homenaje a Eduardo Font Serra*, Vol. I, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 2004, pp. 91 y ss.

1563 Aunque la mayoría de los ordenamientos jurídicos han incorporado esta regla de exclusión probatoria, su alcance y efectos difiere de unos países a otros en atención a su origen y fundamento. Se distingue entre dos modelos: el modelo norteamericano o anglosajón y el modelo europeo-continental. En el primero, esta regla no se concibe como una garantía constitucional de los derechos fundamentales, sino que su finalidad es disuasoria, trata de evitar conductas ilícitas de los agentes públicos en la obtención de las pruebas (*deterrent effect*). Si bien nuestra doctrina constitucional se enmarca originariamente en el modelo continental, progresivamente se han ido admitiendo excepciones a la regla de exclusión probatoria, propias de la construcción doctrinal americana. Véase, MIRANDA ESTAMPRES, M., «La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones», *Revista Catalana de Seguretat Pública*, mayo 2010, pp. 131-151.

Sobre esta cuestión, en el ámbito laboral, PRECIADO DOMÈNECH, C.H. y PURCALLA BONILLA, M.A., *La prueba en el proceso...cit.*, pp. 92-93.

1564 Sobre la distinción entre fuente y medio de prueba, STC 64/1986, de 21 de mayo.

1565 No obstante, no existe una postura doctrinal unívoca sobre el concepto de prueba ilícita. Así, un sector doctrinal apoya un concepto amplio, que prácticamente coincide con el aportado en el texto para la prueba ilegal. Sobre esta cuestión véase MIRANDA ESTAMPRES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2004.

1566 LOUSADA AROCHENA, J.F., «La prueba ilícita en el proceso laboral», *Aranzadi Social*, nº 11, 2006, p. 1, (BIB 2006/ 1250).

1567 A esta le es aplicable el art. 283.3 LEC al afirmar que «Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por ley».

1568 PRECIADO DOMÈNECH, C.H. y PURCALLA BONILLA, M.A., *La prueba en el proceso...cit.*, pp. 108 y ss.

de vídeo se suele plantear generalmente la ilicitud de la prueba por la vulneración de derechos fundamentales, pocas son las sentencias que ante el uso empresarial de vídeos o fotografías extraídos de las redes sociales plantean esta cuestión. Esta escasa conflictividad se relaciona probablemente con la extendida opinión que niega la posibilidad de poner en riesgo la privacidad de la persona (su intimidad, su imagen, sus datos personales) cuando las plataformas son de acceso público¹⁵⁶⁹. No obstante, como ya reflexionamos en su momento, se ha de tener en cuenta en cada caso la configuración de privacidad particular y el modo concreto a través del cual la empresa accede a esa información.

El efecto directo de la prueba ilícita es su exclusión. Si bien la terminología empleada por el art. 11.1 LOPJ y el art. 90.2 LRJS conduce a cierta confusión al referirse el primero a que tales pruebas «no surtirán efecto» mientras que el precepto laboral afirma que «no se admitirán». Además, si bien el art. 287. 1 LEC no se pronuncia directamente sobre las consecuencias de la prueba ilícita, parece presuponer al regular el procedimiento que esta ya ha sido admitida, por cuanto establece «cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales (...)». Este extremo ha provocado en el ámbito civil diferentes interpretaciones, pero en el proceso laboral tras la LRJS se ha resuelto con claridad que la regla de exclusión entraña que la prueba ilícita no debe ser admitida, incorporando a este efecto un trámite incidental¹⁵⁷⁰ en el momento de la proposición de la prueba¹⁵⁷¹ que puede ser activado de oficio o a instancia de parte. Se prevé como salvedad que, si la ilicitud se pudiese de manifiesto durante la práctica de la prueba, se abra en ese momento igual incidente.

Sin embargo, en pruebas de esta naturaleza, no siempre es posible, «salvo supuestos arquetípicos»¹⁵⁷², resolver en tan corto espacio de tiempo sobre su pertinencia. Téngase en cuenta que quien alega la ilicitud deberá acreditar indicios suficientes de la vulneración y que además la valoración que realice el juez de las evidencias debería adecuarse a la importancia de los bienes jurídicos afectados. La única posibilidad que ofrece la norma de manera excepcional es recurrir a las diligencias finales «cuando sea estrictamente imprescindible y la cuestión aparezca suficientemente fundada» (art. 90.2 LRJS)¹⁵⁷³.

1569 NORES TORRES, L.E., «Algunas cuestiones sobre la utilización de las redes sociales como medio de prueba en el proceso social», *Actualidad Laboral*, nº 3, 2014, p. 3.

1570 En el expediente, similar al previsto en el art. 287 LEC, se oír a las partes y se practicarán en su caso las diligencias útiles y pertinentes que se propongan sobre el concreto extremo de la ilicitud alegada. Frente a la resolución de pertinencia de la prueba cabe recurso de reposición que debe resolverse de manera inmediata y verbal en el acto del juicio o comparecencia, quedando a disposición de la parte la posibilidad de reproducir la impugnación en el recurso principal que proceda contra la sentencia.

1571 Aunque no es lo más común, nada impide que el momento sea anterior, si se ha solicitado la práctica anticipada de la prueba o si se hubiera anunciado su utilización y solicitado su admisión antes del juicio oral en el escrito de demanda o en otro posterior del actor JUANES FRAGA, E., GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y ALÓS RAMOS, A., «Admisibilidad de los medios de prueba», AA. VV., (dir. MONEREO PÉREZ, J.L.) *Ley de Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la L36/2011, de 10 de octubre*, Comares, Granada, 2013, p. 499.

1572 SEGALÉS FIDALGO, J., «El juicio oral...», cit., p. 543.

1573 Otra posibilidad es acudir de manera anticipada al artículo 90.4 LJS «cuando sea necesario a los fines del proceso el acceso a documentos o archivos en cualquier tipo de soportes, que pueda afectar a la intimidad personal o a otro derecho fundamental, el juez o tribunal, siempre que no existan medios alternativos, podrá autorizar dicha actuación». No se trata de una medida forzosa para todos los casos en los que la prueba pueda incidir en la privacidad (aunque así lo valora TOSCANI GIMÉNEZ, D., «Vulneración del derecho a la intimidad por delatores...», cit., p. 74) sino que se pretende una autorización judicial para su práctica –siempre

Sin atender a la letra de la ley se ha aportado como solución para los supuestos de notoria complejidad, oír a las partes sobre la ilicitud, practicar la prueba que se admita sobre tal extremo y diferir la resolución a la sentencia¹⁵⁷⁴. Si bien esta práctica, anterior a la LEC¹⁵⁷⁵, podría reducir las inadmisiones indebidas¹⁵⁷⁶, también privaría a las partes del recurso de reposición previsto contra la resolución. Se estima, no obstante, que ante las dudas razonables sobre su licitud es más recomendable admitir y practicar la prueba y resolver en la sentencia, quedando a disposición de la parte perjudicada la posibilidad de impugnación en el recurso principal que proceda contra la misma¹⁵⁷⁷. Parece razonable exigir que cuando a criterio del juez la licitud o ilicitud se aprecie en el momento de valorar la prueba a fin de dictar sentencia, se otorgue audiencia a las partes, vía diligencias finales¹⁵⁷⁸ (art. 88 LRJS).

La ley intenta anticipar la expulsión de la prueba lesiva a través de su no admisión, pero puesto que en la práctica no siempre es así, la regla de la exclusión exige que si se valora como ilícita después de haber sido admitida y practicada, no debe surtir efectos, ha de ser ignorada por el juzgador. Se trata de descartar sus resultados de la convicción fáctica a la hora de la valoración, de manera que aunque la prueba ilícita haya acreditado un hecho, este se ha de tener por no probado¹⁵⁷⁹. Esta exclusión tiene una gran amplitud pues también se proyecta sobre la valoración de pruebas lícitas que estén conectadas de manera causal con la ilícita. Asistimos a una contaminación en cadena¹⁵⁸⁰ resultado de la aplicación de «la doctrina de los frutos del

que no existan otros medios– en pruebas en las que la incidencia en los derechos del trabajador pueden ser significativas (monitorización del ordenador, la aportación de correos de índole personal, documentos o archivos con ámbito de privacidad presunta, grabaciones de cámaras sin notificación previa...). Se trata de anticipar en interés de la empresa la decisión judicial sobre su admisión. Pero a su vez este trámite previo es más garantista para el trabajador porque le dará a conocer con antelación que la empresa tiene en su poder una prueba central, frente a la cual puede preparar la defensa de sus intereses. FALGUERA BARÓ, M.A., «Nuevas tecnologías y trabajo (y III): perspectiva procesal», *Trabajo y Derecho*, nº 22, 2016, pp. 4-5. También véase, COLÁS NEILA, E., *Derechos fundamentales del trabajador en la era digital: una propuesta metodológica para su eficacia. Las comunicaciones electrónicas en la empresa como estudio de caso*, Bomarzo, Albacete, 2012, p. 217. De igual opinión, GIL PLANA, J., *La prueba en el proceso laboral. Naturaleza y evolución*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 145-147. Valora que es un medio complementario a utilizar en la prueba tecnológica para supuestos en los que no cabría el control unilateral empresarial al no existir pautas o información previa sobre el mismo.

1574 Como ejemplo, la SJS Madrid, de 17 de octubre de 2017 (nº 341/2017) se acude al art. 87.6 LRJS concediendo a las partes un trámite escrito de conclusiones para que valoren la eventual ilicitud de la prueba, antes de declarar el juicio visto para sentencia.

1575 LOUSADA AROCHENA, J.F., «La prueba ilícita en el proceso laboral...», cit., p. 6.

1576 PRECIADO DOMÈNECH, C.H. y PURCALLA BONILLA, M.A., *La prueba en el proceso...*, cit., pp. 97-98, propone esta posibilidad teniendo en cuenta que en algunos casos para poder resolver sobre cuestiones complejas va a ser necesario el examen del cuadro probatorio completo como pudiese ser a modo de ejemplo la valoración de la conexión de antijuridicidad de la prueba ilícita con otras lícitas.

Se recuerda la STC 212/2013, que consideró lesionado el derecho a la prueba al no haberse admitido el visionado completo de un DVD. Este instrumento había servido para acreditar las sustracciones de dinero realizadas por la trabajadora. La defensa había solicitado la reproducción completa para acreditar que las grabaciones se habían realizado en un vestuario vulnerando la intimidad de la empleada.

1577 *Ibidem*, p. 97.

1578 ARAMENDI SÁNCHEZ, P., «Comentario al art. 90 LRJS», AA. VV., (dir. MERCADER UGUINA, J.R.), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social comentada y con jurisprudencia*, La Ley, 2015, p. 645.

1579 DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B., *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo...*cit., p. 144.

1580 *Ibidem*, p. 144.

árbol prohibido», cuyo reconocimiento legal se encuentra en los arts. 11.1 LOPJ y 90.2 LRJS cuando se refieren a las pruebas obtenidas «indirectamente» violentando los derechos o libertades fundamentales. Esta teoría ha dado lugar a una amplia doctrina constitucional, que principalmente se aplica en el ámbito penal¹⁵⁸¹, pero también es aceptada en la jurisdicción social. Su aplicación no impide que los mismos hechos sean acreditados utilizando otros medios de prueba que no tengan esa conexión funcional y de antijuridicidad con la prueba lesiva del derecho fundamental.

Precisamente, la extensión de los efectos de la prueba ilícita es el origen de una confrontación en la doctrina y en las decisiones judiciales sobre la calificación de nulidad o improcedencia que merece la sanción fundamentada en elementos probatorios lesivos para los derechos fundamentales de los trabajadores. En definitiva, se trataría de dilucidar si la lesión del derecho fundamental únicamente provoca la ineficacia de la prueba o si tal contravención se proyecta también sobre la sanción originando su nulidad. El planteamiento de este interrogante se suscita especialmente cuando la única prueba de los hechos imputados se ha obtenido con vulneración de algún derecho fundamental del trabajador y el despido o la sanción obedece a una conducta que nada tiene que ver con el ejercicio de este tipo de derechos.

La cuestión por su complejidad presenta diferentes interpretaciones doctrinales. Desde una de las posiciones se defiende que el despido efectuado con sustento en una prueba ilícita debería declararse improcedente. Quienes¹⁵⁸² abogan por esta calificación invocan como primer fundamento de peso la interpretación de los arts. 11.1 LOPJ y 90.2 LRJS que exclusivamente se refieren a la no admisión o a la falta de eficacia de la evidencia. La deducción es irreprochable, se basa en un «silogismo que parece impecable»¹⁵⁸³: si resulta anulada la única prueba, desaparece la causalidad del despido, y ya sin causa, este no puede ser declarado más que improcedente.

También cuentan a su favor con la regulación estatutaria de la calificación del despido que reserva la nulidad en el art. 55.5 ET al despido «que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador». En los demás casos, la sanción prevista para los despidos ilegales es la improcedencia, a salvo de los supuestos vinculados a la conciliación de la vida personal y familiar y a las víctimas de violencia de género, a los que se otorga una protección especial. Se considera que la ley en el apartado quinto ha querido reservar la máxima «penalización» a la empresa para los despidos cuya finalidad es vulnerar los derechos fundamentales, es decir, para

1581 Véase PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida: evolución jurisprudencial (comentario a las sentencias que marcan el camino)*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

1582 SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, M., *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, BAVIERA PUIG, I., «Sobre la calificación del despido basado en pruebas ilícitas», *Aranzadi Social*, nº 12, 2008, pp. 75 y ss., GIL PLANA, J., *La prueba en el proceso laboral*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 217 y ss.

Con matices o excepciones, véase TALENS VISCONTI, E.E., «Videovigilancia en el trabajo. Una vuelta a la jurisprudencia clásica...», cit., aunque finalmente se decanta por la improcedencia en «Video-vigilancia y protección de datos en el ámbito laboral: una sucesión de desencuentros», cit., p. 6, NORES TORRES, L.E., «Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales...», cit., pp. 30 y ss.

1583 No obstante, se posiciona a favor de la nulidad, véase, SÁNCHEZ ANDRADA, J., «La prueba ilícita y sus efectos sobre la calificación del despido», *Revista de Jurisprudencia*, nº 1, El Derecho, 2015.

El texto recoge un foro coordinado por LLUCH CORELL, F. en el que diferentes magistrados del orden social manifiestan su opinión sobre esta cuestión apoyando la nulidad o la improcedencia del despido. Accesible en <<https://elderecho.com/la-prueba-ilicita-y-sus-efectos-sobre-la-calificacion-del-despido>> (consultado en diciembre de 2018).

aquellos en que la lesión se produce por el móvil o por el contenido real de la decisión empresarial. En la regulación del despido la nulidad se deriva de la conducta empresarial discriminatoria o reactiva al ejercicio de derechos fundamentales, no del acto de despido en sí, o de actos más o menos próximos¹⁵⁸⁴. De esta manera, se respalda una independencia de la ilicitud de la prueba respecto a la calificación del despido, porque no ha sido el acto extintivo el que se produce «con violación de derechos fundamentales», sino la obtención del soporte probatorio de las infracciones imputadas. Es la prueba la que debe apartarse del proceso y su ineficacia comportará la realización de un despido acausal que habrá de ser calificado como improcedente¹⁵⁸⁵.

En materia de videovigilancia existe un grupo numeroso de sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que avalan esta posición¹⁵⁸⁶. En una de las más recientes¹⁵⁸⁷, se resume esta de forma muy comprensible. La Sala, aún reconociendo la existencia de otra doctrina judicial discrepante¹⁵⁸⁸, aprecia que no existen razones de peso suficientes para alterar el ámbito de aplicación del art. 55.5 ET porque «la sanción de nulidad del despido tiene su fundamento en el móvil del empresario cuando el despido en sí mismo responde a una causa vulneradora de un derecho fundamental (...) pero 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, en cuyo caso, procede la nulidad de dicha prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas, sin que tal nulidad pueda extenderse a la calificación del despido que podrá ser improcedente o incluso procedente, si una vez desechados los hechos acreditados mediante la prueba ilegal o ilegítima, aún resultan probados, mediante prueba hábil e idónea hechos que constituyen un incumplimiento grave y culpable del trabajador»¹⁵⁸⁹.

Frente a la tesis anterior, otro sector doctrinal¹⁵⁹⁰ apela a *la doctrina de los frutos del árbol envenenado*¹⁵⁹¹ para justificar que la nulidad de la prueba ilícita que sustenta el despido extiende sus

1584 FALGUERA BARÓ, M.A., «Nuevas tecnologías y trabajo (y III): perspectiva procesal», cit., p. 5.

1585 SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, M., *Nuevas tecnologías y relaciones laborales...*, cit., p. 57.

1586 Entre ellas, STSJ de Madrid, de 12 de marzo de 2012 (Rec. núm. 5929/2011), STSJ de Castilla-La Mancha, de 10 de junio de 2014 (Rec. núm. 1162/2013), STSJ de Galicia, de 10 de febrero de 2015, (Rec. núm. 4362/2014) y STSJ de Galicia, de 23 de diciembre de 2015 (Rec. núm. 3612/2014).

1587 STSJ de Castilla-La Mancha, de 12 de enero de 2018 (Rec. núm. 1416/2017).

1588 «(...) otras sentencias dictadas en suplicación han mantenido otros argumentos jurídicos, también admisibles, como por ejemplo Sentencia TSJ del País Vasco de 10 de mayo de 2011 en la que, con apoyo en la STC 196/2004, considera que la ilicitud en la obtención de prueba utilizada por la demandada para acreditar los incumplimientos imputados al actor acarrea la nulidad del despido (...)» (FJ 6°).

1589 (FJ 6°).

1590 Entre otros, GOÑI SEIN, J.L., *La videovigilancia empresarial y la protección de datos...*, cit., pp. 237-238, SEGALÉS FIDALGO, J., «La nulidad de la prueba que sostiene las imputaciones en un despido provoca también la de este último. Control de la intimidad informática mediante autorización judicial: comentario a la STSJ del País Vasco, de 12 de septiembre de 2006 (AS 2006, 2602)» *Aranzadi Social*, nº 3, 2006, pp. 3042-3045. AGUILERA IZQUIERDO, R., «El ejercicio de las facultades de vigilancia y control por el empresario a través de las agencias de detectives», cit., pp. 133-136. Con matices, LOUSADA AROCHENA, J.F., «La prueba ilícita en el proceso laboral...», cit., pp. 8 y ss., FALGUERA BARÓ, M.A., «Nuevas tecnologías y trabajo (y III): perspectiva procesal...», cit., p. 6-7.

1591 Coincidimos con FALGUERA BARÓ en que el recurso a esta doctrina es en cierta manera equívoco, pues va referida a la extensión de la nulidad de la prueba ilícita a otros medios probatorios aportados al proceso que puedan valorarse conectados causalmente a aquella. FALGUERA BARÓ, M.A., «Nuevas tecnologías y trabajo (y III): perspectiva procesal...», cit., p. 6.

efectos a la calificación de este¹⁵⁹². Sus defensores afirman que se ha pecado de una interpretación excesivamente «literalista»¹⁵⁹³ de los preceptos legales. Si bien el art. 11.1 LOPJ y el art. 90.2 LRJS prescriben la nulidad de la prueba, en ningún momento impiden que sus efectos se reflejen sobre el despido efectuado. Igualmente, de los términos empleados en los arts. 108.2 LRJS y 55.5 ET «se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador» no cabe limitar la nulidad a la decisión extintiva, que en sí mismo considerada, pretendiera la vulneración de un derecho fundamental. La norma no exige la existencia de un «móvil», al contrario que en los despidos discriminatorios.

Por otra parte, esta teoría se basa en la prevalencia y especial protección de los derechos fundamentales. Se requiere que ante una vulneración del derecho el perjudicado sea restablecido en la integridad de su pleno disfrute, arbitrando diversas medidas entre las que destaca la reposición de la situación al momento anterior a la lesión (art. 182.1 d) LRJS y art. 9.2 de la L.O 1/1982). De este modo, la calificación de nulidad del despido es la que elimina todos sus efectos perniciosos y garantiza una protección eficaz, restaurando la situación subjetiva anterior con la obligada readmisión del empleado.

Esta segunda posición cuenta con el apoyo de parte de la doctrina judicial¹⁵⁹⁴, siendo uno de los pronunciamientos más significativos y evidentes el de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 10 de mayo de 2011¹⁵⁹⁵. Sin embargo, a pesar de esta patente contradicción entre las Salas, no existe jurisprudencia unificadora. La STS de 13 de mayo de 2014¹⁵⁹⁶, si bien confirmó la nulidad del despido derivado de una prueba ilícita, no se pronuncia sobre esta cuestión. Aunque la empresa solicitó la calificación de improcedencia, la petición fue rechazada por tratarse de una cuestión nueva no planteada en el recurso de suplicación¹⁵⁹⁷. Pero en apoyo de esta tesis se puede acudir a la doctrina del Tribunal Constitucional que reconoce la nulidad del despido en la STC 196/2004, de 15 de noviembre, así como en la más reciente STC

Encontramos un ejemplo de aplicación adecuada de este principio en la STSJ del País Vasco, de 10 de mayo de 2011 (Rec. núm. 644/2011) que traslada la nulidad de la prueba ilícita (la instalación de un GPS) al informe aportado por el detective con la siguiente argumentación: «De otro, porque la cláusula de exclusión de las pruebas obtenidas violentando, directa o indirectamente, derechos fundamentales se extiende a todos los frutos del árbol envenenado, y, en este caso, la información obtenida, de forma visual o directa, por el detective, o detectives que investigaron al actor, derivó de la información obtenida a través del GPS, que les permitió disponer en tiempo real de conocimiento preciso de los movimientos del trabajador (hora de salida de su domicilio, ruta seguida, reinicio de la marcha, etc.) que pudieron utilizar en el transcurso de su actividad de vigilancia y seguimiento. Por consiguiente, siendo nulos, por vulnerar el derecho a la intimidad del demandante, los datos capturados por medio de esa herramienta técnica, también lo son los que de ella traen causa» (FJ 5°).

1592 Recientemente de nuevo sobre esta cuestión, SÁNCHEZ DEL OLMO, V., «El impacto (divergente) de la doctrina Barbulescu en las resoluciones de instancia. Comentarios a las sentencias 341/2017 y 737/2017 de los Juzgados de lo Social de Madrid nº 19 y nº 33», *Trabajo y Derecho*, nº 45, 2018, pp. 123-134.

1593 SÁNCHEZ ANDRADA, J., «La prueba ilícita y sus efectos sobre la calificación del despido», cit., p. 2.

1594 Entre las últimas, STSJ del País Vasco, de 9 de abril de 2013 (Rec. núm. 445/2013), STSJ de Extremadura, 22 de diciembre de 2014 (Rec. núm. 669/2014), STSJ de Andalucía, de 5 julio de 2017 (Rec. núm. 822/2017) y STSJ de Cataluña, de 9 de marzo de 2017 (Rec. núm. 39/2017) o la STSJ de Castilla y León, de 11 de abril de 2018 (Rec. núm. 407/2018).

1595 (Rec. núm. 644/2011). Además de su contundencia emplea una amplia fundamentación legal y jurisprudencial.

1596 (RECUD. 1685/2013).

1597 (FJ 2°) Tampoco se había aportado sentencia contradictoria sobre tal extremo.

29/2013, de 11 de febrero. En la primera¹⁵⁹⁸, se consideró lesivo a la intimidad un reconocimiento médico no suficientemente informado y puesto que el ulterior cese de la trabajadora se justificaba en los resultados de tales pruebas, el TC entendió que la decisión extintiva debía recibir la misma calificación que aquellas. Se declara que «(...) la reparación de la lesión de un derecho fundamental, que hubiese sido causado por el despido laboral, debe determinar la eliminación absoluta de sus efectos, es decir, la nulidad del mismo, lo que implica la anulación de la sentencia impugnada (...)»¹⁵⁹⁹. En la tan comentada STC 29/2013, la anulación de la prueba videográfica también provocará la nulidad de la sanción de suspensión de empleo y sueldo afirmando que «las sanciones impuestas con base en una única prueba, lesiva de aquel derecho fundamental, deben declararse nulas (...), por lo que procederá anular las resoluciones judiciales impugnadas y la resolución rectoral que impuso las sanciones de suspensión de empleo y sueldo al recurrente de amparo»¹⁶⁰⁰.

A nuestro modo de ver, la cuestión ha de ser matizada por su complejidad. Ambas interpretaciones admitidas de manera rotunda presentan sus grietas y contradicciones. Por un lado, estimamos que la calificación de la nulidad del despido es el mejor remedio y satisfacción frente al derecho fundamental conculcado, pues garantiza la restauración plena de la situación subjetiva anterior. La naturaleza de los derechos lesionados no solo exige procedimientos que garanticen una defensa real ante los tribunales sino también reparaciones íntegras que supongan una efectiva protección. Anudar la prueba lesiva de los derechos fundamentales a la improcedencia del despido, con el efecto de permitir al empresario que opte por la readmisión o indemnización, dejaría la tutela del derecho vulnerado en un acto puramente simbólico. Además, una respuesta o reacción inadecuada podría favorecer o fomentar conductas abusivas del empresario en el empleo de los sistemas de control o vigilancia laboral sin ningún tipo de limitación.

Sin embargo, la tesis anterior no parece la apropiada para aquellos procesos en que la prueba ilícita no es la única que sustenta el despido. Cuando junto a la prueba ilícita existen otros medios probatorios válidos e independientes para acreditar las imputaciones realizadas en la carta de despido, el juez deberá entrar a valorar tales evidencias salvaguardando el derecho a la tutela judicial efectiva. Este parecer no contraviene la doctrina constitucional, puesto que las dos sentencias del TC, antes apuntadas, en las que se confirmó la nulidad de las sanciones empresariales, eran casos en los que la prueba ilícita era la única aportada en el proceso. Otra cosa es que se trate de pruebas derivadas o conectadas directamente con la ilícita, en cuyo caso, deberán correr la misma suerte que aquella, conforme a la regla de exclusión. Ejemplo de ello es la STSJ del País Vasco, de 10 de mayo de 2011, que traslada la nulidad de la prueba ilícita, la instalación de un GPS, al informe aportado por el detective. Se considera que la indagación visual o directa realizada por este había sido favorecida por tal mecanismo.

La doctrina judicial¹⁶⁰¹ también admite esta tesis confirmando la procedencia de los despidos sustentados en evidencias que se presentan como independientes a la prueba ilícita anulada. Es

1598 Véase, SEGALÉS FIDALGO, J., «¿Tutela o autotutela de la intimidad dentro de la relación obligatoria laboral? El alcance del consentimiento dado a los exámenes médicos (Comentario a la STC 196/2004 de 15 de noviembre)», *Relaciones Laborales*, n° 2, 2005, pp. 879-894.

1599 (FJ 10° *in fine*).

1600 (FJ 8° *in fine*).

1601 STSJ de Canarias, de 11 de mayo de 2017 (Rec. núm. 1249/2016).

el caso de la STSJ del País Vasco, de 14 de abril del 2015¹⁶⁰², que al prescindir del resultado por ilícito de la videovigilancia realizada al trabajador, estima que ha habido en la instancia otros medios de prueba suficientes para acreditar la infracción imputada. Respecto a esta cuestión, se ha valorado como no razonable¹⁶⁰³ que ante una misma actuación empresarial ilícita en la obtención de una prueba con vulneración de derechos fundamentales, se califique en un caso el despido como procedente porque hay otras pruebas lícitas que lo avalan, y en cambio se declare su nulidad cuando no hay otros medios para demostrar la conducta del empleado. Se argumenta que en ambos casos la actuación de la empresa, la infracción de derechos fundamentales en la que incurre, es exactamente la misma, solo que en una es irrelevante para la calificación del despido y en la otra resulta por el contrario determinante.

Sin embargo, valoramos que esta problemática tampoco se resuelve optando por la calificación de improcedencia del acto extintivo, sin tener presente que cuando existe una sola o única prueba ilícita generalmente hay una conexión natural o causal entre esta y su resultado, el despido, que merece una réplica más contundente del ordenamiento.

Posiblemente todos esos inconvenientes se deben a la insuficiencia del sistema de calificación del despido –ya se opte por la improcedencia o por la nulidad– para atender a la lesión constitucional que representa la prueba ilícita y que posee una relevancia propia¹⁶⁰⁴. Recursos legales no faltan para paliar al menos parcialmente esta carencia, si bien otra cosa es la realidad práctica y judicial. Nos referimos a la solicitud, condena y abono de una indemnización particular y distinta que compense la vulneración del derecho fundamental ante los desmanes empresariales en la búsqueda de la prueba. Resulta incuestionable que, con independencia de la calificación del despido, una vez constatada la ilicitud de la prueba en el proceso, hay un reconocimiento judicial de la efectiva lesión de un derecho fundamental y, por tanto, cuando menos, de un daño moral resarcible.

Aunque la LRJS arbitró los medios suficientes para evitar que el seguir de manera preceptiva una modalidad procesal alternativa produjese una pérdida de garantías en la protección de los derechos fundamentales¹⁶⁰⁵ (arts. 178.2, 183.3 y 184 LRJS) y la jurisprudencia ha ido evolucionando fijando una serie de principios generales que mejoran en el plano teórico la tutela resarcitoria¹⁶⁰⁶, la realidad aplicativa es bien distinta¹⁶⁰⁷. De ahí, que se haya valorado que

1602 (Rec. núm. 420/2015).

1603 MORALO GALLEGO, S., «La prueba ilícita y sus efectos sobre la calificación del despido», *Revista de Jurisprudencia*, nº 1, El Derecho, 2015. Accesible en: <<https://elderecho.com/la-prueba-ilicita-y-sus-efectos-sobre-la-calificacion-del-despido>> (consultado en diciembre de 2018).

1604 BENITO-BUTRÓN OCHOA, J.C., «¿Cabe reconocer la indemnización de daños cuando se declara nula una prueba con lesión de derechos fundamentales aunque el despido no sea declarado nulo (solo improcedente)? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha 25/2018, de 12 de enero», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 421, 2018, p. 132.

1605 MARÍN ALONSO, I. y GUTIÉRREZ PÉREZ, M., «La práctica de la prueba en materia de derechos fundamentales tras la Ley de la Jurisdicción Social», *Relaciones Laborales*, nº 21/22, 2012, pp. 31 y ss.

1606 MOLINA NAVARRETE, C., «En busca de un Derecho Social de Daños justo y eficiente: persistentes injusticias resarcitorias de los daños a la persona», cit., pp. 132-134.

1607 Ahora bien, como manifiesta MOLINA NAVARRETE, C., «en este inmenso océano de deficiente práctica forense, encontramos recientes islotes que parecen evidenciar movimiento (¡«eppur si muove»!). Se refiere a la STSJ del País Vasco, de 17 de julio de 2018 (Rec. núm. 1268/2018), que fija un plus indemnizatorio puramente disuasorio, a sumar a la indemnización por daños morales.

«la justicia restaurativa social es aparentemente cicatera, cuando no desigual e insegura, poco restauradora y nada preventiva»¹⁶⁰⁸.

En el tema que nos ocupa pocas son las sentencias¹⁶⁰⁹ que reconocen una indemnización compensatoria por la vulneración de un derecho fundamental acometida en la obtención de la prueba. Posiblemente, en la mayoría de los casos en que la inconstitucionalidad se deriva de la prueba, no de la decisión extintiva, ni siquiera forme parte de la pretensión la reparación del agravio¹⁶¹⁰. No podemos dejar de apuntar la conveniencia de una apertura real de esta vía, no solo para que el daño causado sea resarcido de manera suficiente, sino también en cumplimiento de la finalidad preventiva y disuasoria a que deben y pueden atender este tipo de condenas¹⁶¹¹. La desigualdad de las partes contractuales y los poderes de ordenación y control empresarial determinan una mayor posibilidad de abusos en el ámbito probatorio que pueden ser corregidos con las consecuencias que se deriven de la práctica de pruebas lesivas.

4.2. Naturaleza jurídica y valoración de estos medios de pruebas

En relación a las pruebas videográficas, con la aprobación de la LEC «parecieron» solventarse las dudas sobre la naturaleza de este medio probatorio. Esta controversia no es meramente teórica, sino que tiene importantes repercusiones. Afecta a la forma de aportación y al orden de la práctica en el proceso, así como al valor probatorio de cara a posibilitar una revisión fáctica de la sentencia de instancia con el recurso de suplicación, o, en su caso, de casación.

La regulación de manera diferenciada de estos instrumentos en el art. 299.2 LEC respecto de los restantes medios de prueba tradicionales y la previsión de un régimen específico (arts. 382-384 LEC), han llevado a considerar a la doctrina de manera mayoritaria que constituyen medios de prueba de carácter autónomo¹⁶¹². Con anterioridad, se discutía su naturaleza testifical o documental, siendo esta segunda opción la más acogida entre la doctrina académica y judicial¹⁶¹³, lo que daba

En «¿La «indemnización disuasoria» deja de ser «retórica judicial» para cuantificarse de forma diferenciada (aún escasa)?». <www.laboral-social.com/pionera-sentencia-tsj-pais-vasco-17-julio-2018-da%C3%B1os-morales-fija-plus-indemnizatorio-disuasorio.html>.

1608 BENITO-BUTRÓN OCHOA, J.C., «¿Cabe reconocer la indemnización de daños cuando se declara nula una...», cit., p. 132.

1609 Como ejemplo la STSJ de Andalucía, de 5 de julio de 2017 (Rec. núm. 882/2017) que en un caso de nulidad del despido por prueba ilícita de videovigilancia, condena al abono de una indemnización de 5000 euros para resarcir los daños morales.

1610 La incultura indemnizatoria en el orden social, quizás por una inercia de tiempos pasados, no solo es atribuible a los órganos judiciales sino también a las defensas cuando olvidan la petición de una indemnización compensatoria o infravaloran la cuantificación de los daños extrapatrimoniales causados. MOLINA NAVARRETE, C., «En busca de un Derecho Social de Daños justo y eficiente...», cit., pp. 137-138.

1611 Se debe resaltar la STS de 19 de diciembre de 2017 (Rec. núm. 624/2016) que insiste en que la cuantía indemnizatoria debe tener presente no solo el resarcimiento sino también la prevención de las conductas vulneradoras, admitiendo como criterio orientador adecuado la cuantía de las sanciones fijadas en la LISOS para los incumplimientos producidos.

1612 PRECIADO DOMÈNECH, C.H. y PURCALLA BONILLA, M.A., *La prueba en el proceso social...*, cit., p. 497, AA. VV., (coord. SEMPERE NAVARRO, A.), *Comentarios a la Ley de jurisdicción social*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 561.

1613 Para un examen de las distintas posiciones, véase FERNÁNDEZ DOCAMPO, M.B., «La eficacia revisoria de los medios de reproducción de la palabra, la imagen y el sonido en el recurso de suplicación», *Aranzadi Social*, nº 13, 2003 (BIB2003\1247).

acceso conforme a algunas sentencias a la modificación de los hechos probados a través del recurso devolutivo. El largo debate procesal dará lugar a la unificación de doctrina a través de la STS de 16 de junio de 2011¹⁶¹⁴ que, reafirmará el carácter no documental de este medio probatorio con fundamento en la propia regulación de la norma de enjuiciamiento común y en el carácter extraordinario del recurso de suplicación. Téngase en cuenta que la aceptación de los medios de reproducción del sonido y de la imagen como medios documentales aptos a efectos de revisión de los hechos supondría más una revisión de la valoración de la prueba realizada según la sana crítica que la constatación de un error de hecho del juzgador¹⁶¹⁵. Doctrina que posteriormente confirma la STS de 26 de noviembre de 2012¹⁶¹⁶ y que no es cuestionada, en general, por la doctrina judicial¹⁶¹⁷.

La controversia, que sigue abierta en la doctrina científica, se muestra directamente relacionada con la valoración que ha de darse a estos medios de prueba. Como se sabe, la LRJS guarda silencio sobre este extremo, debiendo acudir al régimen del enjuiciamiento civil. La opción legislativa no ofrece dudas, establece una regulación claramente separada y diferente de la prueba documental y de los medios audiovisuales e instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso. Mientras se beneficia a la primera con un sistema de valoración tasada (arts. 319 y 326 LEC), se remite al régimen de la libre apreciación de la prueba para los otros medios. En efecto, los arts. 382.3 y 384.3 LEC determinan que la valoración de los medios de prueba que incorporen estas fuentes se realice de acuerdo a las reglas de la sana crítica. No obstante, hemos de distinguir entre los diferentes instrumentos ya que estos, dependiendo de su origen y de la manera de aportarse al proceso, reciben en ocasiones un desigual tratamiento judicial.

En relación a los sistemas de control de grabación de imagen instalados por la empresa, no hay duda entre los tribunales de que su encaje en los arts. 299.2 y 382.3 LEC determina su carácter autónomo y la aplicación del criterio de la libre apreciación de la prueba¹⁶¹⁸. Ahora bien, desde la experiencia y la práctica, la doctrina científica apunta que estos instrumentos, comparten muchas de las cualidades de las pruebas documentales y que por ello merecen una mayor fiabilidad que otros medios de prueba libre, como pudiese ser la prueba testifical¹⁶¹⁹. Así, los tribunales también refieren que, si bien ha de valorarse conforme a los criterios de la sana crítica, se trata de una prueba de extremado poder de convicción, cuando lo filmado o grabado permite visualizar directamente los hechos que se pretenden probar¹⁶²⁰.

1614 (RCUD 3983/2010). Comentada por CECA MAGÁN, E., «Proceso laboral. Ineficacia revisora de la prueba de grabación de imagen y sonido, por no tener naturaleza documental. (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 16 de junio de 2011. Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina número 3983/2010)» en AA. VV., *2012 Práctica laboral para abogados. Los casos más relevantes en 2011 en los grandes despachos*, La Ley, Madrid, 2012.

1615 PRECIADO DOMÈNECH, C.H., «Sobre el valor de las grabaciones de imagen a efectos de suplicación. Doctrina contradictoria de la Sala Social del TSJ de Catalunya» *Jurisdicción Social*, nº 108, mayo 2011.

1616 (RCUD 786/2012). Se reitera este criterio en el Auto de 27 de julio de 2016 para inadmitir la aportación de una grabación en sede de recurso (RCUD 3627/2014) y en el de 6 de julio de 2018 (RCUD 4590/2017)

1617 Entre las últimas que se pronuncian al respecto, STSJ de Cataluña, de 18 de diciembre de 2017 (Rec. núm. 6147/2017), STSJ de Madrid, de 22 de mayo de 2017 (Rec. núm. 467/2017), STSJ de Asturias, de 27 de febrero de 2018 (Rec. núm. 2803/2017).

1618 Entre otras, STSJ del País Vasco, 3 de mayo de 2016 (Rec. núm. 797/2016), STSJ de Madrid, de 22 de Mayo de 2017 (Rec. núm. 314/2017) y STSJ de las Islas Baleares, de 19 de Mayo 2017 (Rec. núm 24/2017).

1619 SEGALÉS FIDALGO, J., «El juicio oral...», cit., p. 557.

1620 STSJ de La Rioja, de 5 de diciembre del 2013 (Rec. núm. 224/2013).

Por ello se sostiene¹⁶²¹ que con la LRJS podría haberse acudido a otra solución para impedir que se llegue al absurdo de que se mantengan como probados hechos claramente erróneos, cuando es posible sin quebrar el principio de inmediación que la grabación de imagen o sonido fuese reproducible ante el órgano superior. En apoyo de esta tesis no solo está el argumento del concepto amplio de documento que acoge la doctrina y jurisprudencia civil y penal¹⁶²² sino también la propia legislación vigente, al menos respecto a las fotografías que se aportan al proceso. Tal y como algún autor ha propuesto¹⁶²³, las fotografías publicadas en las redes sociales claramente deberían ser consideradas como documentos, no solo por la noción amplia que de los mismos proporciona el artículo 324 LEC sino porque así se deduce del artículo 333 LEC cuando al regular la «extracción de copias de documentos que no sean escritos», menciona «dibujos, fotografías... y documentos semejantes».

Es innegable que una reproducción de vídeo o unas fotografías sobre una situación, si no hay dudas sobre su autenticidad, ofrece una mayor capacidad de persuadir sobre lo acontecido que lo relatado por un testigo. Se acepta que aquello que se percibe visualmente suele coincidir con lo ocurrido. Pero esto también tiene sus riesgos. Una grabación de imágenes o una fotografía no es un reflejo objetivo de la realidad sino una representación o interpretación de la misma. La aprehensión de idénticas imágenes en iguales circunstancias por las mismas personas ofrece valoraciones dispares. Como cualquier proceso intelectual y sensorial, hay una interpretación subjetiva de lo percibido. A nuestro entender, si la percepción visual y directa de un hecho adolece de esa subjetividad, más carga de esta naturaleza soporta la apreciación de una representación del mismo.

Desde la norma, no hay duda de que admitir la posibilidad de que en base a estos medios puedan modificarse los hechos probados, rompe con la naturaleza extraordinaria del recurso. Supondría más una revisión de la valoración de la prueba conforme a la sana crítica que una constatación de errores de hecho en la valoración. Se estaría propiciando una nueva valoración de los mismos hechos reflejados en el soporte, exista o no error, como si de una segunda instancia se tratara, sustituyendo la apreciación del juez de instancia por la del Tribunal *ad quem*¹⁶²⁴. No obstante, desde el punto de vista de la práctica, nos genera cierta inquietud que la valoración de las imágenes realizada por un solo juez, sea prácticamente inatacable¹⁶²⁵, pero, como bien se ha señalado¹⁶²⁶, esta es una cuestión de *lege ferenda* que implicaría un cambio de la específica naturaleza del recurso.

1621 TALENS VISCONTI, E.E., «Videovigilancia en el trabajo. Una vuelta a la jurisprudencia clásica...», cit., p. 5.

1622 Art. 324 LEC y art. 26 del Código Penal, LO 10/1995, de 23 de noviembre. Sobre el concepto de documento, en relación a la prueba tecnológica véase, COLOMER HERNÁNDEZ, I., «La prueba tecnológica», cit., pp. 585 y ss.

1623 NORES TORRES, L.E., «Algunas cuestiones sobre la utilización de las redes sociales...», cit., p. 26 y BEL ANTAKI, J., «Redes sociales y su incidencia jurídico-laboral en...», cit., p. 14.

1624 «La grabación de la imagen y el sonido en el ámbito laboral como medio de prueba», CEF Laboral Social 17/11/2011, Editorial, véase, <www.laboral-social.com/grabacion-imagen-sonido-ambito-laboral-medio-prueba.html> (consultado en diciembre de 2018).

1625 Aunque se ha sugerido que la valoración absurda, ilógica, irrazonable de un medio de reproducción de la imagen o sonido podrá tener su cauce en el art. 191 a), por la vía de la infracción de las normas básicas del procedimiento, en concreto de las reguladoras de la sentencia (art. 97.2 LRJS y art. 209 LEC) PRECIADO DOMÈNECH, C.H., «Sobre el valor de las grabaciones de imagen a efectos de suplicación...», cit., p. 1

1626 LÓPEZ TAMES IGLESIAS, R., «La prueba electrónica en el proceso laboral», *El Laboralista*, <www.elaboralista.com/articulo/la-prueba-electronica-en-el-proceso-laboral>.

Menores incertidumbres se suscitan respecto a la naturaleza y a la valoración de la denominada «prueba de detective»¹⁶²⁷, aunque al informe de este se acompañen fotografías y vídeos de apoyo. Incluso antes de contar con una referencia específica en la LEC, no había dudas para la doctrina científica y la jurisprudencia¹⁶²⁸ de la naturaleza testifical de los informes de los detectives y las agencias de investigación. Los arts. 265.1 y 380 LEC vendrán a ratificar esta posición al disponer que sobre dichos informes se realizará prueba testifical, salvo que los hechos sean reconocidos como ciertos. Consecuencia de lo anterior es que la valoración de esta prueba por el órgano judicial de instancia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica (art. 376 LEC), no pueda ser impugnada en trámite de recurso de suplicación por la vía del art. 193.b) de la LRJS¹⁶²⁹.

Como decíamos, el hecho de que habitualmente la parte que propone «la prueba de detectives» aporte también en el acto del juicio fotografías o grabaciones junto al informe escrito, no altera su carácter de prueba testifical, ni la convierte en prueba de otra naturaleza¹⁶³⁰. Se trata de un testimonio documentado, sin valor diferente al testifical¹⁶³¹. De manera minoritaria, se ha apuntado la posibilidad de separar el informe del investigador de las imágenes o vídeos dando un valor probatorio independiente a estos medios¹⁶³², pero los tribunales la conciben siempre como una prueba conjunta. Las fotografías o vídeos se han de incorporar al relato coherente de los hechos que en el informe narra el detective y posteriormente debe sustentarse en la prueba testifical lo que en ellas se aprecia¹⁶³³. El juez atendiendo al testimonio realizará una valoración general de la prueba conforme a la sana crítica¹⁶³⁴.

Por otra parte, las fotografías a las que accede la empresa a través de las redes sociales presentan una problemática especial. Ello obedece a la manera en que suelen aportarse al proceso. Tanto en el caso de la videovigilancia como en la prueba de detectives, las imágenes (fotos, vídeos) obran en poder de la empresa, por lo que es habitual presentar directamente la grabación en un soporte adecuado o las propias fotografías para su reproducción o visionado posterior. Sin embargo, cuando la empresa las obtiene a través de Internet accediendo a determinadas páginas o plataformas y, aún más, cuando precisa acompañarlas de textos que acreditan los hechos que se afirman, suele recurrirse al denominado «pantallazo» o captura

1627 DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M., «Detectives en el ámbito laboral: poder empresarial y prueba judicial (1)», cit., p. 11 y *Detectives y vigilantes privados en el ámbito laboral*, cit., p. 113.

1628 Entre otras, STS de 19 julio de 1989 (RJ 1989\5878) y STS 13 de marzo de 1991 (RJ 1991\1851).

1629 STS de 15 de octubre de 2014 (RCUD 1654/2013).

1630 SAIZ MARCO, I., «La «prueba de detectives» en la doctrina judicial», *Actualidad laboral*, nº 12, 2014, p. 4.

1631 AGUILERA IZQUIERDO, R., «El ejercicio de las facultades de vigilancia y control por el empresario a través de las agencias...», cit., 125.

1632 DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M., *Detectives y vigilantes privados en el ámbito laboral*, cit., pp. 105 y ss. y «El informe del detective privado en el proceso laboral. Requisitos para su validez como medio de prueba», *Trabajo y Derecho*, nº 34, 2017, pp. 5-6.

1633 ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y SEMPERE NAVARRO, A., *Detectives en las relaciones laborales. Impacto de la Ley de Seguridad Privada (L5/2014)*, cit., pp. 98 y 116.

1634 No obstante, sí se ha admitido lo contrario como revela la STSJ de Madrid, 5 de julio de 2013 (Rec. núm. 823/2013). En ella se considera ponderado que el órgano de instancia no diese valor probatorio a las imágenes grabadas por el detective por ser lesivas de la intimidad del trabajador, pero sí concediese crédito a su relato como observador.

de la pantalla¹⁶³⁵ y a la entrega de su copia en papel¹⁶³⁶ aportándolas y admitiéndolas como si se tratara de una prueba documental¹⁶³⁷. Pero su admisión como tal no modifica la regla de la libre apreciación por el órgano de instancia ni su inhabilidad para revisar los hechos declarados como probados en esta sede¹⁶³⁸. De hecho, la manera en que se presente la prueba puede hacer aconsejable el apoyo instrumental de otros medios para acreditar la autenticidad de la información, la identidad del autor o el lugar y momento de los hechos, entre otros extremos.

En efecto, los arts. 382.2 LEC y 384.2 LEC, al regular las pruebas de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y la de archivo y reproducción de datos, reconocen al proponente la posibilidad de aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes; y, en términos similares, conceden idéntica facultad a las otras partes cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido. Si la utilización de esta vía es la indicada cuando se aportan por la empresa vídeos o fotografías que obran en su poder, aún es más conveniente cuando se trata de una información rescatada de la red, que puede generar más dudas sobre la autenticidad y veracidad de lo publicado, tanto respecto a su contenido, como en relación a su autoría¹⁶³⁹.

Aunque el esfuerzo probatorio debe ser más intenso cuando interesa demostrar que el trabajador ha publicado determinados comentarios o ha mantenido ciertas conversaciones a través de estas plataformas, la eficacia demostrativa de los datos gráficos también dependerá de la evidencia de otros extremos. Sin duda, en el primero de los supuestos se puede plantear de manera más incisiva la problemática sobre la real autoría de tales conductas, teniendo presente que verdaderamente los perfiles o cuentas que se crean no ofrecen una certeza irrefutable de que el supuesto titular es verdaderamente el que consta como tal. Incluso sin cuestionarse la titularidad puede dudarse de la autoría de unos concretos comentarios o conversaciones¹⁶⁴⁰. En este sentido, se ha de atender a

1635 Sobre el correo electrónico aportado en papel para acreditar un contrato laboral, véase el extenso estudio que realiza la SJS Pamplona, de 20 de marzo de 2017 (Rec. núm. 62/2015) por el que se concluye que cuando la parte contraria impugna su validez, quién los aporta al proceso debe acompañar una prueba pericial que demuestre su veracidad e integridad.

1636 También esta práctica suele utilizarse en ocasiones para incorporar la whatsapps o correos electrónicos al proceso. Sobre esta problemática véase 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», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 415, 2017, pp. 23-52, CUADROS GARRIDO, M.E., «El uso del whatsapp en las relaciones laborales», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 171, 2014, pp. 91-112, CERVILLA GARZÓN, M.J., «Los pantallazos de los mensajes de whatsapp como medio de prueba en el proceso laboral», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 11, 2016, pp. 177-183, RICO CASAL, M., «A vueltas con la mensajería de WhatsApp. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de junio de 2017, recurso 273/2017», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 418, 2018, pp. 174-177 y MUÑIZ FERRER, R., «Los nuevos medios de prueba en el procedimiento laboral. Teléfonos móviles y 'whatsapps'», *Trabajo y Derecho*, nº 30, 2017, pp. 121-129.

1637 NORES TORRES, L.E., «Algunas cuestiones sobre la utilización de las redes sociales como medio...», *Actualidad Laboral*, nº 3, 2014, p. 2 y FALGUERA BARÓ, M.A., «Nuevas tecnologías y trabajo (y III): perspectiva procesal...», cit., p. 8.

1638 STSJ de Cantabria, de 19 de marzo de 2018 (Rec. núm. 124/2018).

1639 NORES TORRES, L.E., *Supra*, p. 3.

1640 SELMA PENALVA, A., «La información reflejada en las redes sociales y su valor como prueba en el proceso laboral...», cit., pp. 373-374.

la facilidad para crear perfiles falsos en los que se pueda suplantar la identidad¹⁶⁴¹ o la posibilidad de que terceros hayan accedido a la cuenta del trabajador incluyendo comentarios o información con el ánimo de perjudicarlo. Lógicamente, cuando los trabajadores son sancionados por hechos constatados por medio de imágenes, no se suele poner en cuestión su autoría, es difícil negar su participación en lo que reflejan las fotografías y vídeos que en la mayoría de los casos ellos han subido voluntariamente a la red.

Existen otros datos que pueden tener enorme interés en estos casos, como las fechas de las imágenes. Recuérdese que uno de los conflictos más frecuente es el uso de las redes sociales para el control de las bajas por IT, por lo que las fotografías o grabaciones que muestran actividades que podrían resultar incompatibles con dichos procesos necesariamente deberían coincidir en el tiempo. Así, la STSJ de la Rioja, de 11 de diciembre de 2015¹⁶⁴², rechaza el valor probatorio de una imagen de la cuenta de *Instagram* del trabajador que ni reflejaba actividades totalmente incompatibles con la baja, ni acreditaba los días concretos en que se realizaban. En el caso que resuelve la STSJ de Asturias, de 19 de abril de 2013¹⁶⁴³, se acredita la fecha por la foto publicada en *Facebook* puesto que muestra que la trabajadora había acudido a un concierto, celebrado en un día y lugar concreto que coincidía con una baja laboral de esa única jornada. También en la STSJ de Asturias, de 14 de junio de 2013¹⁶⁴⁴, las fechas de las fotografías quedan probadas, esta vez, por los comentarios realizados en abierto por la trabajadora con otras amistades.

Otro de los aspectos que puede condicionar la virtualidad probatoria de la información de las redes sociales es su volatilidad o falta de permanencia¹⁶⁴⁵, dado que el titular de la cuenta puede en cualquier momento ocultar o eliminar cualquier contenido. Así, puede ocurrir que el empleado, siendo consciente de que una determinada información le compromete, borre las imágenes o comentarios que otras personas realizaron en su perfil, de manera que en el momento de aportarse al proceso ya hayan desaparecido de la red¹⁶⁴⁶.

Tal y como ocurre con otros medios de prueba digital¹⁶⁴⁷, todas estas circunstancias conducen a que la parte proponente haya de actuar de manera preventiva recurriendo al apoyo de otros medios de prueba instrumentales que puedan aportar una mayor credibilidad a la prueba principal. Las

1641 Es el caso de la SJS nº1 de Cartagena, de 6 de julio de 2011 (Sentencia nº 517/2011) relativo al despido disciplinario de un trabajador que había suplantado a su jefe, creando un perfil falso, en el que incluía comentarios despectivos sobre la empresa y los empleados.

1642 (Rec. núm. 344/2015).

1643 (Rec. núm. 926/2013).

1644 (Rec. núm. 241/2013).

1645 FERRANDO GARCÍA, F.M., «Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad en el contexto de las nuevas...», cit., p. 66.

1646 SELMA PENALVA, A., «La información reflejada en las redes sociales y su valor como prueba en el proceso laboral...», cit., pp. 391 y ss.

1647 Sobre la complejidad de la prueba de la autenticidad de los mensajes de correo electrónicos véase, entre otros, BARRIOS BAUDOR, G., «La integridad y/o autenticidad de los medios de prueba digital en el proceso laboral...», cit. Sobre la prueba del Whatsapp, además de la bibliografía ya citada, véase DELGADO MARTÍN, J., «La prueba del WhatsApp», *Diario La Ley*, nº 8.605, 2015. En relación a este tema, pero respecto a conversaciones a través de las redes sociales en las que únicamente se aporta la captura de pantalla y su transcripción, se ha de citarse por su trascendencia la STS (Sala de lo Penal) de 19 de mayo de 2015 (Rec. núm. 2387/2014). De su doctrina parece derivarse la cautela con la que hay que abordar este medio y la necesidad de concurrencia de otras pruebas adicionales (pericial, testifical, reconocimiento judicial u otras) que le doten de autenticidad.

posibilidades son numerosas. Cuando la información (vídeos, fotos, comentarios) se mantiene en la red, es factible la aportación de un ordenador o de una *tablet* y la solicitud de su apertura y acceso en la vista oral¹⁶⁴⁸ o incluso se podría solicitar antes del juicio el cotejo por el Letrado de la Administración de Justicia de la captura de pantalla en relación a la información existente en la red. En otro caso, frente al riesgo de que sea eliminada, se podría recurrir al levantamiento de un acta notarial que diese fe de que en una determinada fecha aparecía un vídeo, unas fotografías u otra información en un determinado perfil o página. No obstante, si lo que se pretende es garantizar la completa autenticidad o integridad de la prueba se puede recurrir a la pericial informática¹⁶⁴⁹. En definitiva, nada impide que se combinen varios medios de prueba o se recurra a los «más tradicionales», como el interrogatorio de parte o prueba testifical¹⁶⁵⁰.

Si antes reflexionamos sobre la cautela o prevención que ha de tener la parte proponente – generalmente, la empresa– con este tipo de pruebas, se ha de sugerir la misma previsión para la posible reacción de la parte contraria –el trabajador–. Pero como ha advertido la doctrina¹⁶⁵¹, la posible impugnación de estos medios de prueba presenta una mayor dificultad porque en muchos casos no se conocerá su existencia hasta el mismo acto del juicio. Ello obviamente obstaculizará la preparación previa de los instrumentos que puedan cuestionar los aportados por la empresa, asunto que se podría resolver con la petición de su práctica en las diligencias finales (art. 88 LRJS). Téngase en cuenta que para los tribunales no bastaría para desmontar el esfuerzo probatorio de la empresa una simple «obstrucción negativa», es decir, una mera desaprobación a lo reflejado por la prueba de la otra parte¹⁶⁵².

En definitiva, la doctrina judicial otorga a este tipo de pruebas un valor relativo que evidentemente mucho tiene que ver con la estimación conjunta de los otros medios de prueba aportados y que se ajusta a las reglas de la sana crítica hoy por hoy expresamente previstas por la norma (arts. 382.3 y 384.3 LEC). Y aunque se deniega de manera mayoritaria la pretensión de la modificación fáctica de la sentencia por la vía del posible recurso, se ha generado cierta problemática e incertidumbre¹⁶⁵³ ante la existencia de una minoría de sentencias en sentido contrario, relativas

1648 Se plantea la duda sobre su naturaleza de prueba de reconocimiento judicial (arts. 353 y ss. LEC) o de reproducción de la palabra, imagen o sonido (arts. 382 y ss. LEC) FALGUERA BARÓ, M.A., «Nuevas tecnologías y trabajo (y III): perspectiva procesal...», cit., p. 7.

La entienden como prueba de reconocimiento judicial MARTÍNEZ DE SANTOS, A., «La proposición de la prueba electrónica en el proceso civil: medios de prueba, aportación y práctica». *Práctica de los Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, nº 130, 2018, p. 3 y DELGADO MARTÍN, J., «La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración», cit., 2017, p. 20.

En relación a este tema, la STSJ del País Vasco, de 23 de septiembre de 2014, (Rec. núm. 1667/2014) deja abierta la duda. Véase el FJ 2º.

1649 Sobre la prueba pericial informática, véase, DELGADO MARTÍN, J., «La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración, cit., pp. 10 y ss. AA. VV., (coord. OLIVALEÓN, R. y VALERO BARCELÓ, S.), *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal*, Juristas con futuro, 2016 (Ebook), disponible en <www.juristasconfuturo.com/ebook-prueba-electronica>.

1650 FERRANDO GARCÍA, F.M., «Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad en el contexto de las nuevas...», cit., p. 63.

1651 Véase, PRECIADO DOMÈNECH, C.H. y PURCALLA BONILLA, M.A., *La prueba en el proceso social...*, cit., p. 509.

1652 NORES TORRES, L.E., «Algunas cuestiones sobre la utilización de las redes sociales como medio de prueba...», cit., p. 4.

1653 LACALLE MULS, A., «El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral», *IUSLabor*, nº 1, 2018, pp. 241-244.

principalmente a la aportación de la transcripción/documento de la prueba electrónica¹⁶⁵⁴. Estas circunstancias, han abierto un debate doctrinal sobre la necesidad de establecer una modificación de la normativa procesal clarificadora que reconozca las singularidades de la prueba electrónica y aporte la necesaria certeza¹⁶⁵⁵.

1654 Admite para la modificación de los hechos probados una entrada en Facebook avalada por acta notarial, la STSJ de Cataluña, de 16 de octubre de 2015 (Rec. núm. 4071/2015).

1655 FALGUERA BARÓ, M.A., «Nuevas tecnologías y trabajo (y III): perspectiva procesal», cit., p. 15.

Conclusiones

1. El derecho a la privacidad o a la vida privada, tal y como se identifica en los textos internacionales de reconocimiento de derechos humanos, especialmente en el CEDH, se descompone en nuestro texto constitucional en una serie de derechos de la personalidad: el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a la propia imagen, el derecho al honor (art. 18.1) el secreto de las comunicaciones (art. 18.3) y la protección de datos de carácter personal (art. 18.4) sobre los que la jurisprudencia constitucional ha ido trazando en una elaboración evolutiva su contenido esencial, que, a pesar de no contar con contornos definitivamente exactos o precisos, dota a estas libertades y sus diferentes manifestaciones de una capacidad protectora para salvaguardar un espacio de reserva a las injerencias de los terceros y proteger un ámbito de decisión sobre el proyecto vital de cada individuo.

Estas garantías se tornan más acuciantes en la sociedad digital en la que el imparable avance de las tecnologías de la información y de la comunicación pone en jaque a todos los derechos vinculados a la privacidad del ciudadano. La generalización del uso de dispositivos electrónicos y de la Red ha derivado en una ampliación de las libertades de expresión e información casi al alcance de cualquier persona en detrimento de los derechos a la intimidad, al secreto de las comunicaciones, a la propia imagen y a la protección de datos personales de los ciudadanos. De ahí, que el legislador haya incorporado en la reciente reforma de la normativa de protección de datos una regulación que tenía pendiente: el establecimiento de un nuevo sistema de garantías para los derechos digitales del ciudadano que a la par que favorezca las oportunidades que ofrece el uso de Internet a la sociedad, tutele de los riesgos que estos avances tecnológicos pueden generar en el disfrute y ejercicio de los derechos fundamentales

En el ámbito laboral, a falta de una regulación específica que proyectara los derechos de ciudadanía de los empleados en la empresa, ha sido el Tribunal Constitucional el que de manera temprana reconoció su vigencia en la relación de trabajo si bien apeló a las limitaciones recíprocas entre su ejercicio y el de los poderes empresariales. Sin embargo, la aplicación efectiva de estos derechos de los trabajadores ha tenido sus luces y sombras. De manera general, se puede apuntar que después de una primera época en la que condicionados por la lógica contractual quedaron sometidos al poder empresarial, se dará paso a una breve etapa «dorada» en la cual su reconocida prevalencia y la aplicación estricta del principio de proporcionalidad les llevará a constituirse en eficaces límites a la autoridad del empleador. Pero este resplandor pronto desemboca en un nuevo periodo regresivo en el que se ha retornado a la técnica de la delimitación previa de los derechos de los empleados en clave reduccionista o se está acudiendo a una retórica aplicación del principio de proporcionalidad que propicia una ampliación de los poderes de decisión y de control de la empresa. Esta última tendencia ha sido aún más palpable en aquellos asuntos en los que ha existido una confrontación entre la vida social privada de los trabajadores en la empresa y el ejercicio del poder de control digital o tecnológico, dando lugar a una doctrina constitucional inquietante que ha merecido un toque de atención por parte del TEDH y ha empujado al legislador a introducir una nueva normativa que al menos fije unos límites y garantías más precisos.

Como otras libertades, el derecho a la propia imagen también se inserta en la relación laboral y, atendiendo a la doctrina constitucional, se configura como una facultad negativa de inmunidad que proscribire la captación, grabación, uso y divulgación de la imagen personal por parte de terceros, en este caso del empresario, salvo autorización legal o consentimiento del afectado. Supone pues en su reverso un poder de disposición y decisión sobre los usos y la publicidad de la propia figura. Así, el reconocimiento de esta libertad en favor de los trabajadores implica admitir una serie de manifestaciones concretas que podrían quedar moduladas o condicionadas

por causa de la relación laboral en atención a los intereses legítimos de la empresa. Los escenarios en los que la eficacia de este derecho puede originar un desencuentro entre las partes laborales son diversos en cuanto el interés de la empresa para captar, grabar, utilizar o incluso divulgar la imagen de los trabajadores puede obedecer a finalidades bien distintas. Además, en el ámbito laboral, en los últimos tiempos, se ha vinculado el derecho a la propia imagen con la libertad individual de decidir sobre la apariencia o la imagen externa con la que cada persona se muestra ante los demás. Otro espacio de posibles colisiones entre los intereses de las partes.

2. El trascendental peso que se otorga a la imagen en la sociedad actual también ha desplegado efectos evidentes en el mundo empresarial y en las relaciones laborales. Las compañías buscan una identidad propia o «imagen corporativa» que les distinga respecto a las demás y atraiga a los potenciales clientes y consumidores. Junto a numerosos elementos como la marca, el logo, el nombre comercial, el código de valores..., también la proyección externa de los empleados puede ser un instrumento esencial para esta función, principalmente en las actividades de servicios donde la visibilidad de los trabajadores frente al público traslada en cierta medida al exterior la imagen o «marca» de la empresa. Por ello, el estudio de la imagen de los empleados en el ámbito laboral está cobrando cierta trascendencia en los últimos tiempos desde una nueva perspectiva o dimensión relativa al aspecto externo o a la apariencia, con especial atención en el análisis de las limitaciones que el vínculo de trabajo puede establecer sobre la facultad de cada persona para decidir sobre su figura exterior y configurar libremente la manera con la que se presenta en público.

Pero las posibles confrontaciones entre las partes sobre esta cuestión no se agotan en las relativas a la limitación o al control de la imagen externa de los trabajadores durante la relación laboral, sino que también se ha de atender a la influencia que puede tener la apariencia en el acceso al empleo y su potencial impacto negativo en las condiciones de trabajo. En estas situaciones se debe considerar especialmente rechazable que, salvo que puedan constituir un requisito esencial y determinante para la realización de determinadas actividades laborales, la desigualdad se fundamente en los rasgos de la apariencia física en sentido estricto, es decir, en aquellas características físicas innatas o adquiridas que son irreversibles o de difícil modificación (rasgos faciales, estatura, obesidad...). La tutela prevista para este trato desigual se ubica en el principio de no discriminación, pero la falta de una mención específica a la apariencia física como posible móvil discriminatorio y la interpretación francamente restrictiva que realizan los tribunales sobre la cláusula abierta referente a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» (art. 14 CE) dificultan excesivamente esta protección.

No obstante, la norma jurídica y su interpretación no pueden perder de vista la propia realidad en la que el valor creciente que se confiere a la imagen puede estar incrementando este tipo de conductas, hasta el punto de irse perfilando grupos, como las personas obesas o con sobrepeso, que de manera significativa están más expuestos a la discriminación en el acceso al empleo y en sus condiciones laborales. Parece de justicia impedir mediante este principio que de manera irrazonable circunstancias personales innatas, irreversibles o difíciles de cambiar –como la estatura, el peso o los rasgos faciales– puedan repercutir negativamente en la consecución de un trabajo o en los derechos laborales. Al fin y al cabo, la tutela antidiscriminatoria lo que trata es de luchar contra esos prejuicios que anteponen el hecho diferencial vedado a las características reales de cada persona en cuestión.

3. Por otro lado, los conflictos que se plantean durante la relación laboral se refieren en la mayoría de las ocasiones a la ya mencionada posibilidad de limitar o restringir la apariencia

estética de los trabajadores, la libertad para seleccionar su vestido e indumentaria. Pese a que pueda parecer de una importancia menor, el respeto a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad ha derivado en el reconocimiento de la dimensión constitucional de este espacio de autodeterminación, como una de las manifestaciones del derecho a la propia imagen o del derecho a la intimidad, en consonancia con la doctrina del TEDH que estima que esta libertad es uno de los espacios protegidos por el derecho a la vida privada. Además, la indumentaria y la apariencia exteriorizan la singularidad de cada persona, son un reflejo de las concepciones individuales sobre la vida y las relaciones con los demás por lo que están estrechamente vinculadas a los valores culturales, sociales, morales, ideológicos e incluso religiosos. De ahí, que las restricciones a estas formas de expresión puedan comprometer otros derechos fundamentales como la libertad ideológica, la religiosa o la no discriminación por diferentes factores (sexo, religión, etnia...).

La complejidad que suscita el estudio de esta materia está directamente relacionada con la variedad de situaciones que en ella se comprenden. Así, junto a los casos que no ofrecen ninguna conflictividad porque la limitación de la imagen es esencial para la realización de la prestación laboral (modelos, artistas, deportistas...) o está justificada en razones de peso (como la seguridad, la higiene, la protección del propio trabajador o de terceros), en muchos otros, se asiste a un conflicto de intereses de dimensión constitucional (libertad de empresa - derechos fundamentales del trabajador) que ha de resolverse por medio de la ponderación, del equilibrio y de la proporcionalidad de límites mutuos.

En la mayoría de estos desencuentros entre el poder de dirección empresarial y el ejercicio de esta libertad por parte de los trabajadores, la causa que fundamenta tales limitaciones es el interés en salvaguardar la imagen de la entidad o compañía. En el examen de la doctrina judicial se ha apreciado que la mayoría de las resoluciones parten de la premisa de que la determinación de las normas de conducta sobre vestuario e indumentaria se inserta en el ámbito del poder rector ordinario de la empresa, estableciéndose una cierta presunción de su legitimidad que exige a la empresa de la prueba de su justificación. Por el contrario, a nuestro juicio, se ha de partir de manera inversa. Si nos enfrentamos a la posible restricción de un derecho fundamental, se debe atender al interés objetivo y concreto que justifica la tutela de la imagen empresarial porque no en todos los supuestos esta causa empresarial tiene la misma intensidad.

Así, en la aplicación del juicio de proporcionalidad en sus tres vertientes, hay que contemplar muchas otras circunstancias concurrentes en la realidad, que sirven para dilucidar sobre la adecuación, la necesidad y el equilibrio de las exigencias. En una enumeración no exhaustiva citaremos algunos de los elementos, a nuestro entender, más relevantes. Por un lado, hay que valorar el tipo de medida y su intensidad porque no parece que pueda existir razón o interés que pueda amparar exigencias irreversibles o permanentes que condicionen el aspecto de los trabajadores fuera del lugar y del tiempo de trabajo. Además, no hay duda de que factores como el sector y el tipo de actividad de la empresa, el puesto de trabajo, las funciones asignadas al trabajador y los usos establecidos para las mismas actividades en ese ámbito determinan una mayor posibilidad de que la apariencia de los trabajadores pueda perjudicar los intereses de la empresa. El aspecto y otros deberes de conducta se imponen con más rigor en aquellos sectores y puestos en los que la prestación se desempeña de cara al público y el personal tiene un contacto directo con los destinatarios de los bienes y servicios que la empresa proporciona. También tiene relevancia la expectativa de los empleados sobre esta libertad, si se trata de pautas previas generales que afectan a todos los trabajadores que comparten las mismas circunstancias objetivas o son instrucciones «sorpresivas» individuales o que reprimen formas de expresión particulares que podrían ser compatibles con las reglas ordinarias.

Asimismo, es exigible una valoración más concienzuda y rigurosa de estas conductas cuando además de incidir en la libertad de conformar la apariencia comprometen de manera simultánea otros derechos fundamentales, habiéndose observado que las situaciones más comunes en la práctica son las que afectan al principio de no discriminación por razón de sexo y a la libertad religiosa.

4. No cabe duda alguna que en materia de indumentaria y vestuario perviven estereotipos de género que derivan en un tratamiento desigual y peyorativo de las mujeres en el trabajo. De ello son muestra los supuestos en los que perteneciendo a la misma categoría o realizando las mismas funciones solo se impone la uniformidad a las mujeres o los casos en los que se les exige portar una indumentaria feminizada limitando sus posibilidades de elección. Pero es que además, en ocasiones, la propia uniformidad de las trabajadoras suele tener otras connotaciones o reflejar unas convicciones que minusvaloran a este colectivo. Sirvan como ejemplo las vestimentas abiertamente «sexualizadas» y provocativas o las prendas que proyectan una posición de inferioridad o una relación no equilibrada del personal femenino en relación al masculino (falda, cofia, delantal). En otras ocasiones, la discriminación no viene dada por lo que simboliza la vestimenta sino por el establecimiento de mayores restricciones, prohibiciones o la imposición de requisitos adicionales a las mujeres, teniendo que soportar unas cargas estéticas (maquillaje, peinados, zapatos de tacón...) más onerosas que las previstas para los varones.

La solución para erradicar esta clase de prácticas es la férrea aplicación de la prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de género, en cuya valoración se han de tener presentes como elementos coadyuvantes el examen de la posible existencia de una desigualdad de cargas entre ambos sexos y la presencia de estereotipos sexuales tradicionales que se justifican en usos sociales ya superados. Los mecanismos legales existen, otra cuestión es cómo en ocasiones se interpretan.

5. Las prohibiciones o condiciones al uso de determinadas prendas u objetos en el trabajo también pueden suponer una vulneración de la libertad religiosa en su dimensión externa cuando son expresión de las creencias de los empleados. En los últimos tiempos, se ha apreciado un cambio trascendente tanto en la doctrina inicial del TEDH como en nuestra jurisprudencia respecto al tradicional principio de neutralidad que no obligaba a la empleadora a una adaptación de las condiciones laborales al credo de los trabajadores. Actualmente, la aplicación del principio de proporcionalidad vincula a examinar el interés empresarial que fundamenta tales limitaciones y el equilibrio de estas exigencias. De esta manera, aunque puedan existir causas de entidad que legitimen tales medidas, tales como la seguridad, la protección a la salud, o la imposibilidad de realizar la actividad contratada, los motivos relacionados con la proyección de la imagen exterior de la empresa exigen una valoración más minuciosa. No basta ya apelar al mero cumplimiento de una preceptiva uniformidad por razones estéticas para proscribir el uso de otras prendas o símbolos como el velo islámico o un crucifijo.

Sin embargo, en sentido contrario, se ha abierto una línea interpretativa que podría justificar tales requerimientos cuando en concretos puestos de trabajo estas expresiones de religiosidad puedan malograr una previa y coherente política de neutralidad ideológica de la empresa de cara al exterior.

Con todo, la riqueza de las situaciones fácticas a las que se enfrentan los órganos judiciales demanda una esmerada y complicada aplicación de esta ponderación que precisa entre otras

circunstancias valorar si se generan perjuicios a la empresa, si la adaptación supone una carga excesiva para esta y cuáles son los sacrificios concretos que ha de padecer el trabajador.

6. La antigua y tan conocida STC 99/94 sobre el despido del oficial deshuesador de jamones que se negó a mostrar su destreza ante los medios de comunicación, sirve actualmente para compendiar los criterios que legitiman el uso y la publicidad de la imagen de los trabajadores por parte de la empresa. En este sentido, es el objeto del contrato, en concreto, la naturaleza de la actividad laboral o de las funciones contratadas, las que determinan la exposición pública de la imagen de los trabajadores. Más allá de los casos en los que existe esta relación de conexión necesaria entre la prestación de trabajo y la restricción en el derecho a la imagen del empleado, el uso y divulgación de la imagen por parte de la empresa, sea por razones informativas, promocionales o comerciales, requiere la autorización expresa de su titular. Si bien por razones informativas los trabajadores podrían tener una mayor restricción de su derecho (cargos públicos, participación en asuntos de interés general...) frente a los medios de comunicación, estas excepciones que recoge la normativa común no legitiman a la empresa para decidir sobre la exposición pública de la imagen del empleado, salvo que esta circunstancia se deduzca de la propia actividad laboral o se cuente con su consentimiento.

7. Una de las actividades laborales en la que generalmente es necesaria la disposición de la imagen por razón del objeto contractual es la prestada por los artistas en los espectáculos públicos. Es en esta relación donde se hace visible la faceta patrimonial del derecho a la propia imagen relativa a la cesión para su explotación comercial, ámbito, que por norma general se estima que queda a extramuros de la protección del derecho fundamental. Se trata de un derecho de configuración legal que faculta a su titular para concertar negocios jurídicos que suponen un aprovechamiento económico del valor de la imagen.

Hasta la regulación de los derechos de propiedad intelectual de contenido económico en favor de los artistas asalariados, era el contrato laboral el título por el que se cedían los derechos de imagen a la empleadora, estableciéndose así entre las partes las formas de exhibición pública del trabajo realizado. A partir de entonces, la normativa que protege la propiedad intelectual del artista ha desplazado en la práctica la virtualidad o eficacia de las cesiones económicas de los derechos de imagen porque iguales finalidades y mayores garantías quedan cubiertas por esta regulación más específica.

Conforme a ella, es de nuevo el pacto entre las partes el que delimita los derechos de propiedad intelectual cedidos, pero, a falta del mismo, la ley autoriza al empleador para la explotación principal de la actuación (reproducción y comunicación), siendo además habitual en el sector audiovisual que se acuerde expresamente la cesión del resto de derechos (fijación y distribución).

Aunque no exista una unanimidad al respecto, actualmente, la especial naturaleza de estos derechos conduce mayoritariamente al reconocimiento de que nos hallamos ante un contrato mixto, por una parte laboral, en el que se acuerda la prestación artística, y, por otra parte, civil o mercantil en lo que se refiere a la transmisión de los derechos de explotación económica de tal actividad.

Pero hay una minoría de artistas asalariados, los que no ejecutan una obra previa (toreros, modelos, profesionales circenses), que quedan al margen de la normativa de propiedad intelectual. De ahí, que la transmisión a la empresa de los derechos de imagen necesarios para la explotación

de su actividad se realice bajo el amparo de la normativa civil que regula esta facultad. De nuevo, la naturaleza de este pacto, aunque se inserte en el contrato de trabajo, plantea dudas sobre su carácter, teniendo en cuenta sus peculiaridades y la regulación que le es aplicable.

En cualquier caso, al margen de los derechos de explotación de propiedad intelectual o de imagen sobre la actuación o interpretación, pactados expresamente o transmitidos de manera tácita al empleador, quedaría el poder de disposición del artista sobre los usos o explotaciones de su imagen para otras finalidades. Sobre los mismos podría celebrar otro tipo de negocios jurídicos con el mismo empleador o con un tercero, de forma totalmente independiente a la relación laboral.

8. También en el ámbito del deporte profesional la importancia que ha alcanzado la difusión pública de los encuentros y las competiciones junto a las posibilidades de promoción, marketing y publicidad a través de estos profesionales o de sus equipos, ha supuesto una necesaria afectación al derecho a la imagen de los jugadores. Por ello, es consustancial a la práctica de su actividad deportiva que determinados derechos de imagen se cedan a la entidad o club a cambio de una compensación económica.

Junto a los derechos necesariamente vinculados a la actividad laboral, el valor económico de la figura de estos trabajadores ha propiciado que sea habitual la celebración de otros negocios de explotación de su imagen con el mismo empleador o con diferentes empresas o firmas comerciales. Sin embargo, la teórica facilidad para deslindar ambos espacios se ha tornado en la práctica en uno de los asuntos más complejos en esta materia a resultas de una regulación convencional contradictoria y cambiante, y, sobre todo, de las diferentes prácticas imaginativas de «ingeniería jurídica» que han tratado de eludir la aplicación de la normativa tributaria y disminuir la presión fiscal sobre las rentas de los jugadores.

La pauta a seguir para determinar el carácter laboral o mercantil de estos acuerdos es atender a la verdadera naturaleza del uso de los derechos de imagen según sea su vinculación o relación con la prestación laboral. Así, quedarían encuadradas en el ámbito del trabajo tanto las actividades estrictamente deportivas como otros actos conexos en los que el profesional actúa dentro del ámbito de organización del empleador prestando su imagen como parte del equipo para la promoción de la entidad o de las firmas que la patrocinan. Frente a estos derechos de imagen colectivos o laborales, el profesional ostenta derechos de imagen de carácter individual cuya explotación económica es independiente a la práctica profesional que concierne con una firma deportiva concreta. Sobre ellos, su titular podrá disponer libremente, bien cediéndolos a la entidad empleadora o a otras empresas o compañías para su gestión o comercialización.

9. Una de las técnicas de control que puede resultar más invasiva para los derechos vinculados a la privacidad son los modernos sistemas de videovigilancia. La implantación de estos mecanismos en la empresa podría comportar sin duda una afectación al derecho a la propia imagen pero también son instrumentos idóneos para vulnerar el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos de carácter personal. A falta de una regulación específica hasta la reciente aprobación de la LOPDGDD, el tratamiento de esta cuestión por parte del Tribunal Constitucional ha dado lugar a una jurisprudencia vacilante que no ha aportado pautas claras ni se ha acomodado a los estándares mínimos exigibles por el TEDH para el respeto a la vida privada de los trabajadores en la empresa.

Desechada la doctrina inicial más tradicional que negaba la existencia de vida privada en las relaciones laborales, la protección de la imagen de los trabajadores ante los sistemas de

videovigilancia en el entorno de trabajo se vinculó al derecho a la intimidad y a la superación del principio de proporcionalidad. La flexibilidad o el poco rigor en su aplicación judicial originaron una generosa admisibilidad de su empleo, incluso en las ocasiones en las que las cámaras se emplazaban de manera oculta. Situación que se verá enmendada cuando el Tribunal Constitucional comienza a valorar el problema de la videovigilancia laboral desde la perspectiva de los principios de protección de datos en atención al derecho de autodeterminación informativa. Las garantías, principios y facultades que ofrece esta normativa otorgarán una mayor protección a los trabajadores y extenderán la tutela al tratamiento de cualquier imagen personal, preservando así el contenido del derecho a la propia imagen, más amplio que el del derecho a la intimidad.

Pero la aplicación de estas garantías no ha recibido una interpretación uniforme, al punto que el TEDH corregirá la última doctrina constitucional que había legitimado los controles ocultos tanto en materia de videovigilancia como respecto a la fiscalización de los correos electrónicos de los trabajadores. Estando así las cosas, por fin se produce la necesaria y demandada intervención del legislador en esta materia con motivo de la adaptación de nuestra normativa de protección de datos al RGPD, reconociendo a los trabajadores y empleados públicos nuevos derechos como la desconexión digital y unas pautas más precisas a fin de proteger su derecho a la intimidad frente a los sistemas de control tecnológico del empleador. Entre ellos se regula de manera específica la implantación de mecanismos de grabación de imagen y/o sonido en la empresa.

Sorprende que se haya asociado esta protección únicamente con el derecho a la intimidad, salvo que se le otorgue una significación más amplia relativa a la privacidad que comprenda la posible afectación a otros derechos en ella comprendidos. Se ha de destacar también el diferente tratamiento causal que dispone la norma para la toma de imágenes respecto a la grabación de los sonidos. Mientras que para el primer supuesto no se alude a causas más específicas que la genérica facultad de control empresarial de los trabajadores (art. 20.3 ET), el emplazamiento de los dispositivos de grabación del sonido solo se permite cuando existan poderosas razones de seguridad y bajo el respeto de los principios de intervención mínima y de proporcionalidad. Existe el riesgo de que esta regulación impulse interpretaciones amplificadoras del poder de fiscalización empresarial que puedan admitir la grabación de la imagen como un sistema rutinario de control. Pero confiamos en que las pautas fijadas por las sentencias europeas frenen tal posibilidad.

Por otro lado, aunque fuese una cuestión ya resuelta por la doctrina constitucional, la norma configura un ámbito vetado a cualquier tipo control mediante la captación de imágenes y los sonidos. Son los espacios especialmente íntimos o sensibles desde la perspectiva de los trabajadores, «los lugares destinados al descanso o esparcimiento (...) tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos».

De mayor trascendencia se ha de valorar la opción de la legislación, en la línea marcada por el TEDH, sobre la transparencia del control laboral que ha de cumplirse en todo caso con una previa información a los trabajadores «expresa, clara y concisa». Regla general, que solo admite como excepción la grabación por las cámaras de la comisión flagrante de un acto ilícito por parte de los empleados. En este supuesto, el deber informativo se entiende cumplido con el cartel o distintivo general que avisa de la existencia de tales instrumentos. Esta disposición es la que puede originar mayores dudas interpretativas, puesto que, aunque la norma regula de manera separada las cámaras por motivos de seguridad (art. 22) respecto a las que pretenden el control laboral (art. 89), parece que se está autorizando el uso de las imágenes grabadas por un sistema de videovigilancia ya emplazado en la empresa por razones de seguridad cuando de forma fortuita o incidental revelan la comisión de una conducta grave por parte de algún empleado.

Vigente esta normativa y desde la perspectiva de cualquiera de los derechos implicados llegamos a la conclusión de que en la valoración de la admisibilidad o no de la utilización de estas técnicas de control es imprescindible atender en primer término a la causa o interés que justifica su instalación. De ahí, que se deba distinguir entre las cámaras que se emplazan por motivos relacionados con la seguridad de aquellos sistemas cuya finalidad se dirige al control directo del cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de los empleados. Respecto a las primeras, que incluso pudiesen ser permanentes y en algunos casos grabar el sonido, dependiendo de la causalidad específica y la proporcionalidad del mecanismo concreto instalado, bastaría con una información previa general a todos posibles afectados con el dispositivo informativo general previsto en la regulación interna (art. 22.4 LOPDGDD).

Lo esencial es que estas grabaciones no podrán ser utilizadas para un control laboral directo por múltiples razones. Por un lado, se estaría violentando conforme al derecho a la protección de datos el principio de limitación de fines que no permite utilizar la información para objetivos incompatibles. Pero además, desde la perspectiva de este derecho y del derecho a la intimidad, si las cámaras se usaran para la fiscalización de las obligaciones de trabajo, se precisaría de una información previa al personal, que en este caso debería ser expresa, clara y concisa, aludiendo a su concreta finalidad. Incluso cabe pensar desde la perspectiva de cualquiera de los posibles derechos afectados (intimidad, imagen o protección de datos personales) que el interés legítimo que ha justificado la instalación de un concreto mecanismo por razones de seguridad (tipo de cámara, el lugar y tiempo de instalación...) no serviría probablemente para fundamentar un control rutinario laboral, puesto que no estamos ante de bienes de la misma entidad.

De ahí, que la única excepción a esta desviación del fin sea la que parece contemplar la norma: posibles «hallazgos casuales» en los que las cámaras captaran la comisión de infracciones muy graves por parte de los trabajadores. Además, habitualmente, este tipo de incumplimientos a los que nos estamos refiriendo (robos, hurtos...) están relacionadas con el fin originario que justificó la videovigilancia, la seguridad o la protección de los bienes y de las personas. En cualquier caso, no estaría de más y sería conveniente que en estas circunstancias la empresa advierta a los empleados de que las cámaras se podrán emplear para este objetivo excepcional.

De manera diferente se han de analizar los límites a las videocámaras para la fiscalización o vigilancia laboral. Aunque ya no cabe duda de que de conforme a los arts. 20. 3 y 20 *bis* ET se faculta a la empresa para implantar estos sistemas sin necesidad del consentimiento previo de los trabajadores, estimamos que no basta un interés genérico del empleador en verificar el correcto desempeño laboral. Teniendo en cuenta la posible afectación a diferentes derechos fundamentales de los trabajadores debe existir un motivo legítimo y suficiente que autorice esta medida. Desde este punto de vista, los controles corrientes u ordinarios sobre la prestación (la calidad y cantidad de trabajo, la atención del trabajador en el puesto, el cumplimiento del horario...) no pueden entenderse como causas justificativas para establecer sistemas tan incisivos. Mucho menos, para apoyar su carácter permanente. Tal y como interpretan los principales organismos internacionales que han atendido esta cuestión, no basta un mero interés empresarial en el control de la actividad y de la conducta de los empleados, sino que ha de existir una razón añadida suficiente para proceder a la monitorización de la plantilla. Evidentemente entre estos fundamentos, se ha de contemplar la existencia de razonables y previas sospechas de la empresa sobre la comisión de infracciones graves por parte de los trabajadores. Parece incuestionable atendiendo a la presente normativa que incluso en estos casos se impone sin excepciones la transparencia o el deber de información previa a los trabajadores de forma específica y concreta.

Sin embargo, este carácter absoluto del deber de información, quizás debería ser matizado, con suma cautela, para aquellas situaciones en las que hay una suposición anterior empresarial absolutamente fundada sobre la participación de determinado/s trabajador/es en conductas especialmente graves. Han de ser acciones lesivas de bienes de relevancia constitucional que no puedan ser constatadas a través de otros instrumentos menos nocivos. Se trataría de controles extraordinarios *ad hoc* o *ex post* en los que su carácter oculto estaría basado en su naturaleza defensiva, que persigue procurar la tutela empresarial ante incumplimientos muy significativos, en los que la preceptiva transparencia imposibilitaría su comprobación. Obviamente, se está haciendo referencia a la instalación de sistemas de vigilancia temporales y concretos, que se han de reducir a corroborar la previa sospecha sobre determinados trabajadores en la comisión de tales acciones.

10. Menores obstáculos existen para el empleo de sistemas de grabación de imágenes para el control de los trabajadores por parte de los detectives privados. En atención a la protección de la efectividad de la actividad de estos profesionales, el ámbito de tutela de los derechos relacionados con la privacidad de los empleados ha quedado reducido de manera más severa. En esta sede, ni el derecho a la imagen ni el derecho a la intimidad operan como límites efectivos a la investigación gráfica de los detectives. Así, se permite legalmente que se efectúen controles ocultos mediante grabaciones siempre que no se fiscalice la vida íntima que transcurre en los domicilios o en otros lugares reservados.

Por ello, las restricciones a su labor han de medirse en atención a la causa, la regla de la limitación de fines y de la minimización de los datos a tratar. Es decir, son el interés legítimo del encargo empresarial y el cumplimiento de los principios de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad los que habilitan su actuación. De ahí, que únicamente se pueda acudir a la intervención de estos profesionales ante previas sospechas razonables y fundadas de incumplimientos laborales que solo se pueden comprobar fuera de los centros de trabajo. Además, se deberá valorar en todo caso la proporcionalidad de la investigación y, en concreto, si la captación o grabación de las imágenes de los trabajadores (lugar, tiempo...) han atendido a la finalidad legítima que ha de presidir su actividad.

11. La irrupción de Internet y el empleo de las distintas redes o plataformas *online* como nuevas formas de comunicación social han generado múltiples efectos y consecuencias en el ámbito laboral. Una de ellas, especialmente preocupante para los trabajadores, es la facilidad con que las empresas pueden buscar, acceder y usar informaciones personales de los empleados. Estamos ante la llamada «red social delatora» que permite a la entidad empleadora acceder a las imágenes personales del trabajador o del futuro empleado, pudiendo ser utilizadas en su contra.

Este riesgo está teniendo una incidencia real muy significativa en los procesos de selección o reclutamiento profesional en los que la consulta y la utilización por parte de la empresa de fotografías y vídeos personales de los candidatos al empleo puede ser el origen de muchas decisiones discriminatorias. A falta de una tutela específica en nuestra normativa laboral para esta fase de la contratación, la protección del personal desde el derecho a la propia imagen o a la intimidad resulta baldía. Aunque investigar en los perfiles sociales de los candidatos a un empleo, accediendo a fotografías, vídeos o a datos especialmente íntimos, se estime como una intrusión desproporcionada en la vida privada, el hecho de que la información se haga pública en la red de manera voluntaria lleva a los tribunales a negar una efectiva lesión de tales derechos. Así, siendo éticamente reprochable que en base a tales datos se elaboren perfiles personales de los candidatos, desde la óptica jurídica, no se entienden como actividades ilegales.

Sin embargo, otros países han dado una respuesta específica a este problema prohibiendo de manera expresa a los empleadores la utilización de este tipo de información personal en los procesos de selección. Pensamos que en nuestro derecho podría extraerse igual regla con la aplicación de las garantías que velan por el derecho a la protección de datos personales, especialmente el deber de transparencia y del principio de limitación de fines en el tratamiento. Conforme a los mismos, la empresa debería dar información previa al candidato de los datos que usa y solo podría recabar o acceder a aquellos que fuesen pertinentes, necesarios y adecuados a la finalidad de la selección y contratación, esto es, a los relacionados con la capacidad y aptitud profesional.

La información gráfica que se obtiene de la red también se está utilizando como fuente de prueba para acreditar y sancionar posibles infracciones de los trabajadores, habitualmente relacionadas con situaciones incompatibles con las afecciones a la salud que determinan la incapacidad temporal. Aún tratándose de imágenes que representan escenas de la vida personal o privada de los trabajadores, la respuesta judicial no ofrece dudas. Cuando la información es abierta o pública, se entiende legítimo el acceso y uso de tales datos por parte de la empresa para acreditar los incumplimientos. Sin embargo, se ha observado cierta falta de cautela en la valoración que realizan los tribunales sobre el origen de estas informaciones y la manera en la que llegan a manos de la empresa. Muchos de estos datos configurados inicialmente como privados por el interesado se tornan en públicos ante la tópica indiscreción de otros usuarios, circunstancia que debería ser valorada en sede judicial.

12. La utilización de todo este material gráfico como fuente de prueba plantea también muchos interrogantes a los que no se les ha dado una respuesta unívoca. A pesar de que la LRJS trató de acomodar las fuentes y los medios de prueba a la nueva realidad tecnológica, no predeterminó con claridad la naturaleza de estas evidencias y su valor probatorio. Así, aún se debate sobre si las grabaciones por videocámaras y las fotografías entran dentro del concepto de prueba tecnológica o si ello depende de la manera en que son aportadas al proceso. Incluso, hay una corriente doctrinal seguida por parte de la doctrina judicial que, siguiendo las pautas de la jurisdicción común y penal, apoya su carácter de prueba documental.

No se trata de un tema baladí porque en dependencia directa con su naturaleza se halla su valor probatorio y su idoneidad para servir como medios para la revisión fáctica en los posteriores recursos. Este tipo de pruebas, cuando no hay dudas de su autenticidad e integridad, aunque legalmente deban apreciarse conforme a las reglas de la sana crítica, aportan unas evidencias de un mayor peso que las pruebas testificales, resultando en muchos casos preocupante que la valoración de las imágenes realizada por un solo juez, sea prácticamente inatacable. No obstante, reconocemos que una modificación de esta naturaleza es una cuestión de *lege ferenda* que implicaría un cambio de la específica naturaleza extraordinaria del recurso laboral.

Otra de las materias no resueltas son las consecuencias que se derivan de este tipo de pruebas cuando en su obtención se han lesionado de manera directa o indirecta derechos fundamentales. No hay duda sobre el efecto inmediato de la prueba ilícita que consiste en su exclusión a través de la no admisión o en su falta de eficacia en el caso de que haya sido aceptada y practicada. Las dificultades o vacilaciones se presentan respecto a la extensión de los efectos de la prueba ilícita sobre la calificación de nulidad o improcedencia que merece la sanción que se ha justificado en elementos probatorios lesivos para los derechos fundamentales del trabajador.

Desde antiguo, existe una confrontación aún presente tanto entre la doctrina académica como entre las diferentes decisiones judiciales al respecto. Cuando la única prueba aportada en el proceso de impugnación de un despido es calificada como ilícita, la declaración de nulidad de la extinción ofrece una protección más eficaz. Es así como se eliminan los efectos perniciosos y se restaura realmente la situación subjetiva anterior del empleado con su obligada readmisión. Admitimos que en una primera aproximación puede resultar sorprendente que ante una misma actuación empresarial ilícita en la obtención de una prueba con vulneración de derechos fundamentales, se califique el despido como procedente cuando hay otras evidencias lícitas que lo avalan, y, en cambio, se apoye la declaración de nulidad para los supuestos en los que no se cuenta con otros medios para demostrar la conducta del trabajador. Pero esta aparente contradicción se genera por la falta de una respuesta judicial específica a la lesión constitucional que representa la prueba ilícita. Entendemos que con independencia de la calificación judicial del despido, si en el proceso se ha constatado la ilicitud de la prueba, existe ya un reconocimiento judicial de la efectiva lesión de un derecho fundamental. Ello vincularía al tribunal a la condena de una indemnización particular que resarza de los daños causados ante los desmanes empresariales en la búsqueda de la prueba. No se puede dejar de apuntar la conveniencia de una apertura real de esta vía por parte de los tribunales –ya iniciada por algunos TSJ– no solo para que los daños causados sean reparados de manera suficiente, sino también para dar cumplimiento a la finalidad preventiva y disuasoria por la que deben velar este tipo de sanciones.

Bibliografía

- AA. VV., (coord. SEMPERE NAVARRO, A.), *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Social*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- AA. VV., (coord. ALARCÓN CARACUEL, M. R. y ESTEBAN LEGARRETA, R.), *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004.
- ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J., *La prueba electrónica*, Bosch, Barcelona, 2011.
- ACED FÉLEZ, E., «La protección de datos personales y la videovigilancia», *Datos personales. org: La Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, nº 14, Agencia de la Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, Madrid, 1993.
- AEPD
- Informe jurídico sobre videovigilancia en el lugar de trabajo* (2001).
- Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad en las redes sociales online* (2009).
- Guía de videovigilancia* (2009).
- Guía la protección de datos en las relaciones laborales* (2009).
- Guía para el cumplimiento del deber de informar* (2018).
- Guía sobre el uso de cámaras para seguridad y otras finalidades* (2018).
- AGUILAR MARTÍNEZ, M.C., «Vulneración del derecho a la imagen por extralimitación del poder de dirección empresarial», Comunicación presentada en el XXIV Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en AA. VV., (AEDTSS) *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral*, Ed. Cinca, Madrid, 2014, (CD).
- AGRA BIFORCOS, B., «El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. La propia imagen en sentido positivo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 275, CEF, Madrid, 2006.
- AGUILERA IZQUIERDO, R.,
- «Necesidad de acudir a la empresa con «indumentaria adecuada» y actitud públicamente rebelde del trabajador», *Aranzadi Social*, nº 13, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- «El ejercicio de las facultades de vigilancia y control por el empresario a través de las agencias de detectives», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 158, Civitas, Madrid, 2013.
- AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., «Prevención del delito en la empresa. Límites ético-jurídicos en la implementación de sistemas de videovigilancia», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 11, Universidad de Granada, Granada, 2009.
- ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estudios previos al contrato y discriminación*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- ALEGRE MARTÍNEZ, M.A., *El derecho a la propia imagen*, Tecnos, Madrid, 1997.
- ALEMÁN PÁEZ, F., «El derecho de desconexión digital: una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi Travail N° 2016-1088», *Trabajo y Derecho*, nº 30, Wolters Kluwer, Madrid, 2017.

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

ALONSO OLEA, M., «El despido de un transexual (a propósito de la Sentencia comunitaria de 30 de abril de 1996)», *Revista Española del Derecho del Trabajo*, nº 87, Civitas, Madrid, 1998.

ALTÉS TÁRREGA, J.A.,

«El contrato de trabajo del autor asalariado: supuestos de aplicación del Art. 51 de la Ley de Propiedad Intelectual», *Relaciones Laborales*, nº 1, Wolters Kluger, Madrid, 2011.

«Artistas y derechos de propiedad intelectual: su inserción en el contrato de trabajo», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº 14, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

«Derecho a la propia imagen y contrato de trabajo: su explotación comercial en el contrato de artistas y su relación con la propiedad intelectual», *Trabajo y Derecho*, nº 19-20, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.

«Artículo 110», AA. VV., (dir. PALAU RAMÍREZ, F. y PALAO MORENO, G.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

ALTÉS TÁRREGA, J.A. y GARCÍA TESTAL, E., *El contrato de trabajo y propiedad intelectual de los artistas musicales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

ÁLVAREZ ALONSO, D.,

«Despido disciplinario, seguimiento por detective privado y derecho a la intimidad. STSJ del País Vasco 9 abril 2013 (AS 2014, 1587)», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 171, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

«Modulación laboral de los derechos fundamentales, ponderación y principio de proporcionalidad ¿Un paradigma en retroceso?», Comunicación presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AA. VV., (AEDTSS), *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Ed. Cinca, Madrid, 2014, (CD).

ÁLVAREZ ALONSO, D. y ALVÁREZ DEL CUVILLO, A., «Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela antidiscriminatoria», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 132, Civitas, Madrid, 2006.

ÁLVAREZ CUESTA, H., «Discriminación laboral por razón de identidad sexual», Comunicación presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AA. VV., (AEDTSS), *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Ed. Cinca, Madrid, 2014, (CD).

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, M.,

«Marco teórico para la solución de conflictos jurídicos relativos al aspecto del trabajador y la discriminación», Comunicación presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, AA. VV., (AEDTSS), *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Ed. Cinca, Madrid, 2014, (CD).

«Despedida por hacer fotos a bebés. STSJ de Madrid 7 de marzo 2014 (AS 2014/507)», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 169, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

«Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», *Trabajo y Derecho*, nº 10, Wolters Kluwer, Madrid, 2015.

«Regulación del velo islámico en el trabajo», *Trabajo y Derecho*, nº 7, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

ALZAGA RUIZ, I.,

La relación laboral de los artistas, CES, Madrid, 2001.

«El proceso de integración de los artistas en espectáculos públicos en el ámbito del Derecho del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 104, Civitas, Madrid, 2001.

«Propuestas de mejora de la situación sociolaboral de los artistas en espectáculos públicos», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 203, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

ALZAGA VILLAMIL, O., *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Ed. del Foro, Madrid, 1978.

AMAT LLARI, M. E., *El derecho a la imagen y su valor publicitario*, La Ley, Madrid, 1992.

ANGULO GARZARO, A. y ANGULO GARZARO, N., «Límites a la utilización de las redes sociales como medio de expresión: la lesión al honor o la imagen y el despido como consecuencias indeseables», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 43, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

APARICIO ALDANA, R.K.,

«Derecho a la propia imagen en las relaciones laborales. STSJ de Madrid 16 noviembre 2012 (AS 2013, 162)», *Aranzadi Social*, nº 4, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

«El deber de modulación o acomodación de los derechos fundamentales: la libertad religiosa y de conciencia en las relaciones laborales», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 391, CEF, Madrid, 2015.

El derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones jurídico-laborales, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

APARICIO TOVAR, J.,

«Empresas ideológicas y derechos fundamentales de los trabajadores» en AA. VV., (coord. APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A.) *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992.

«Los derechos fundamentales y el juicio de proporcionalidad degradados a mera retórica (A propósito de la STC 170/2013, de 17 de octubre de 2013)», *Revista de Derecho Social*, nº 64, Bomarzo, Albacete, 2013.

ARAMENDI SÁNCHEZ, P.,

«Con faldas... ¿se trabaja mejor? Comentario crítico a la STSJ de Andalucía Málaga de 27 de noviembre de 2008 (conflicto colectivo 2/08, sentencia 2215/08)», *Aranzadi Social*, nº 18, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

«Comentario al Art. 90 LRJS», AA. VV., (dir. MERCADER UGUINA, J.R.), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social comentada y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2015.

ARBONÉS LAPENA, H.I., «Grabación de imagen o sonido y control del correo electrónico por el empresario», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 178, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

ARGÜELLES BLANCO, M.R., «Uniformidad, apariencia externa y poderes empresariales», *Trabajo y Derecho*, nº 7, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

ARIAS DOMÍNGUEZ, A.,

«De nuevo sobre el carácter mercantil o laboral de la explotación de los derechos de imagen de los deportistas profesionales y sus consecuencias procesales», *Revista jurídica de deporte y entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, nº 13, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

«Otra vez acerca de la configuración de los derechos de imagen de los deportistas profesionales, en este caso sobre la posibilidad de «diseñar» la naturaleza jurídica de esta partida económica en convenio colectivo», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, nº 15, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

«Retribución y derechos de imagen», AA. VV., (dir. MONEREO PÉREZ, J.L. y CARDENAL CARRO, M.), *Los deportistas profesionales: Estudio de su régimen jurídico laboral y de Seguridad Social*, Comares, Granada, 2010.

«Detectives privados. Jurisdicción social y Proyecto de Ley de Seguridad Privada», Comunicación presentada en el XXIV Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, AA. VV., (AEDTSS), *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Ed. Cinca, Madrid, 2014, (CD).

ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y SEMPERE NAVARRO, A., *Detectives en las relaciones laborales. Impacto de la Ley de Seguridad Privada (L5/2014)*, Francis Lefebvre, Madrid, 2014.

ARIAS DOMÍNGUEZ A. y RUBIO SÁNCHEZ, F., *El derecho de los trabajadores a la intimidad, Cuadernos de Aranzadi Social*, nº 26, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

ARRÚE MENDIZÁBAL, M., «Reflexiones sobre la apariencia externa del trabajador y el derecho a la propia imagen al hilo de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 3 de Junio de 2015. Despido de una trabajadora por negarse a asistir maquillada al trabajo STSJ de Madrid, 3 Junio de 2015 (AS 2015, 1178)», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 181, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

ARZOZ SANTISTEBAN, X.,

Videovigilancia, seguridad ciudadana y derechos fundamentales, Civitas, Madrid, 2010.

«Videovigilancia y derechos fundamentales», AA. VV., (dir. ETXEBARRIA GURIDI, J. F. y ORDEÑANA GUEZURAGA, I.), *Videovigilancia. Ámbito de aplicación y derechos fundamentales afectados. En particular la protección de datos personales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

AUVERGNON, P., «Poder de dirección y respeto a la persona asalariada», *Relaciones Laborales*, nº 2, La Ley, Madrid, 2005.

AZURMENDI ADARRAGA, A.,

El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información, Civitas, Madrid, 1997.

«¿Es intromisión ilegítima publicar una foto de Facebook sin consentimiento? La cara y la cruz» *Legal Today*, 27 de marzo de 2017, En línea, <www.legaltoday.com/opinion/la-cara-y-la-cruz/es-intromision-ilegitima-publicar-una-foto-de-facebook-sin-consentimiento>.

- BALAGUER CALLEJÓN M.L., *El derecho fundamental al honor*, Tecnos, Madrid, 1992.
- BALLESTER PASTOR, I., «Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador. Límites a la expresión del derecho a la propia imagen en el desarrollo de la relación laboral», *Tribuna Social*, nº 169, Ciss Praxis, Valencia, 2005.
- BARINAS UBIÑAS, D., «El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en el derecho a la vida privada. Las nuevas formas de ataque a la vida privada», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 15, Universidad de Granada, Granada, 2013.
- BARNETT, S.R., «El derecho a la propia imagen: *el right of publicity* norteamericano y su correspondencia en el Derecho español», *Revista de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, nº 237, 2000.
- 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», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 415, CEF, Madrid, 2017.
- BAVIERA PUIG, I., «Sobre la calificación del despido basado en pruebas ilícitas», *Aranzadi Social*, nº 12, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- BAYLOS GRAU, A., *El Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991.
- BAZA MATO, L., «La consideración del deportista como personaje público y la colisión de los derechos de información y expresión *versus* honor, intimidad y propia imagen», *Revista Española de Derecho Deportivo*, nº 39, Asociación Española de Derecho Deportivo, Civitas, Madrid, 2017.
- BEL ANTAKI, J., «Redes sociales y su incidencia jurídico-laboral en los derechos fundamentales del trabajador», Comunicación presentada en el XXIV Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en AA. VV., (AEDTSS) *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral*, Ed. Cinca, Madrid, 2014, (CD).
- BELTRÁN DE HEREDIA, P., *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*, Discurso leído ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en la recepción pública del Excmo. Señor Don José Beltrán de Heredia y Castaño el día 29 de marzo, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1976.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., «Economía de las plataformas (*platform economy*) y contrato de trabajo», en línea <www.iuslabor.org/wp-content/plugins/download-monitor/download.php?id=386>.
- BENITO-BUTRÓN OCHOA, J.C., «¿Cabe reconocer la indemnización de daños cuando se declara nula una prueba con lesión de derechos fundamentales aunque el despido no sea declarado nulo (solo improcedente)? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha 25/2018, de 12 de enero», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 421, CEF, Madrid, 2018.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Artículo 10», AA. VV., (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997.

BILBAO UBILLOS, J. M., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

BLASCO GASCÓ, F.,

«Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen» en AA. VV., *Bienes de la personalidad, XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2008.

<www.derechocivil.net/esp/ALGUNAS%20CUESTIONES%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20PROPIA%20IMAGEN.pdf>.

Patrimonialidad y personalidad de la imagen, Bosch, Barcelona, 2008.

BLASCO JOVER, C., «Trabajadores «trasparentes»: la facultad fiscalizadora del empresario vs derechos fundamentales de los empleados», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, nº 3, ADAPT University Press, 2018.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Arts. 105-113», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, AA. VV., (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Tecnos, Madrid, 1997.

CABEZA PEREIRO, J., «Informe de detectives, intimidación y otras cuestiones en el entorno de la potestad disciplinaria empresarial. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de Asturias de 30 de marzo de 2017. Rec. núm. 2997/2016», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 415, CEF, Madrid, 2017.

CABEZUELO ARENAS, A., *El derecho a la intimidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

CALVO GALLEGO, F.J.,

Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia. Consejo Económico y Social, Madrid, 1995.

«TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales», *Aranzadi Social*, nº 9, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

CÁMARA BOTÍA, A., «La libertad de vestir del trabajador», *Aranzadi Social*, nº 6, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

CAMAS RODA, F.,

«La evolución en el marco jurídico europeo y español del derecho a la libertad religiosa o de creencias en el trabajo», AA. VV., (coord. CAMAS RODA, F.), *El ejercicio del derecho de libertad religiosa en el marco laboral*, Bomarzo, Albacete, 2016.

«El uso del velo islámico en el puesto de trabajo: formas diversas de abordar el conflicto por los tribunales nacionales y el TJUE. Comentario a la SJS núm. 1 de Palma de Mallorca de 6 de febrero de 2017, res. núm. 31/2017, en relación con las SSTJUE de 14 de marzo de 2017, asuntos C-188/15 y C-157/15», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 410, CEF, Madrid, 2017.

- CAMÓS VICTORIA, I., «La gestión de la diversidad religiosa en el ámbito del empleo y las empresas de tendencia», en AA. VV., (coord. CAMAS RODA, F.), *El ejercicio del derecho de libertad religiosa en el marco laboral*, Bomarzo, Albacete, 2016.
- CARO MUÑOZ, A.I. y CUEVA PUENTE, M.C., «Multiculturalismo y contrato de trabajo. Algunos desafíos de la integración laboral de los extranjeros en España», *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 9, Junta de Castilla y León, 2006.
- CANO RUIZ, I., «Vestimenta y símbolos religiosos en el ámbito laboral», AA. VV., (coord. MOTILLA, A.), *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno a la libertad religiosa en el ámbito laboral*, Comares, Granada, 2016.
- CAÑAMARES ARRIBAS, S., *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- CARDERNAL CARRO, M., *Deporte y Derecho. Las relaciones laborales del deporte profesional*, Universidad de Murcia, Murcia, 1996.
- CARDONA RUBERT, M.B.,
Informática y contrato de trabajo: aplicación de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- «La utilización de las redes sociales en el ámbito de la empresa», *Revista de Derecho Social*, nº 52, Bomarzo, Albacete, 2010.
- CARRILLO LÓPEZ, M.,
«El derecho a la propia imagen como derecho fundamental» *Revista Jurídica de Asturias*, nº 18, Academia Asturiana de Jurisprudencia, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1994.
- El derecho a no ser molestado. Información y vida privada*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003.
- «Los ámbitos del derecho a la intimidad en la sociedad de información», AA. VV., *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico, XX Jornadas Andaluzas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- CASAS BAAMONDE, M. E.,
«La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe», *Relaciones Laborales*, nº 12, La Ley, Madrid, 2004.
- «Una nueva ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones laborales. Conclusiones del debate de grupo FIDE», *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 3, Francis Lefebvre, Madrid, 2016.
- «¿Derechos fundamentales específicos de las mujeres?», *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 1, Francis Lefebvre, Madrid, 2017.
- «Informar antes de vigilar. ¿Tiene el Estado la obligación positiva de garantizar un mínimo de vida privada en la empresa en la era digital? La necesaria intervención del legislador laboral», *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 2, Francis Lefebvre, Madrid, 2018.

- «Anotaciones sobre las obligaciones del Estado de garantizar la vida privada en el trabajo en la era digital», *Actum Social*, nº 136, Francis Lefebvre, Madrid, 2018.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., «Los derechos de la personalidad», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo XXIV, nº 192, Reus, Madrid, 1952.
- CASTILLA BAREA, M., *Las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen. Estudio de las circunstancias que legitiman la intromisión en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*. Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- CASTRO JOVER, A.,
La utilización de signos de identidad religiosa en las relaciones de trabajo en el Derecho de Estados Unidos, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2005.
- «Libertad religiosa y descanso semanal», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 6, Instituto para el Estudio de la Libertad Religiosa, Editorial Alfonsópolis, Cuenca, 1990.
- CASTRO SALMERÓN, P., «La tributación por los derechos de imagen en deportistas y otros profesionales», <www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Castro%20Salmer%C3%B3n,%20Pedro.pdf?idFile=6e1b663a-54f5-4eb1-b363-a1967fa32ef1>.
- CAZORLA PRIETO, L. y CORCUERA TORRES, A., *Los impuestos en el deporte*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999.
- CECA MAGÁN, E., «Proceso laboral. Ineficacia revisora de la prueba de grabación de imagen y sonido, por no tener naturaleza documental. (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 16 de junio de 2011. Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina número 3983/2010)» en AA. VV., *2012 Práctica laboral para abogados. Los casos más relevantes en 2011 en los grandes despachos*, La Ley, Madrid, 2012.
- CELAYA, J., *La empresa en la Web 2.0 el impacto de las redes sociales y las nuevas formas de comunicación online en la estrategia empresarial*, Gestión 2000, Barcelona, 2012.
- CERVILLA GARZÓN, M.J., «Los pantallazos de los mensajes de whatsapp como medio de prueba en el proceso laboral», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 11, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- CHACÁRTEGUI JÁVEA, C., «Videovigilancia en el lugar de trabajo y ‘expectativa razonable de privacidad’ según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Comentario a la Sentencia de 9 de enero de 2018 (caso López Ribalda contra España)», *Revista de Derecho Social*, nº 83, Bomarzo, Albacete, 2018.
- CHAMARRO DOMÍNGUEZ, M.C., «Aspectos jurídicos del contrato de merchandising», *Anales de la Facultad de Derecho*, nº 28, Universidad de La Laguna, La Laguna, 2011.
- CHAPARRO MATAMOROS, P., «La protección de los derechos a la propia imagen y a la intimidad corporal de los personajes públicos: el “caso pataký”», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 31, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- CHICO DE LA CÁMARA, P. y VELASCO FABRA, G., «Nuevos escándalos de fraude fiscal de figuras mediáticas en el mundo del fútbol a través de la deslocalización en jurisdicciones

- offshore de las rentas derivadas de sus contratos publicitarios: aquellos polvos... traen esos lodos», *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales* nº 4, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- COBAS COBIELLA, M.E., «Derecho al olvido: de la STJUE de 2014 al Reglamento Europeo de Protección de Datos», *Actualidad Civil*, nº 1, Wolters Kluwer, Madrid, 2017.
- COLÁS NEILA, E., *Derechos fundamentales del trabajador en la era digital: una propuesta metodológica para su eficacia. Las comunicaciones electrónicas en la empresa como estudio de caso*, Bomarzo, Albacete, 2012.
- COLOMER HERNÁNDEZ, I., «La prueba tecnológica» (Cap. X), AA. VV., (coord. ROMERO PRADAS, M.I. y GONZÁLEZ CANO, M.I.), *La prueba*, Vol. 1, (La prueba en el proceso civil), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L., *Honor, intimidad e imagen. Un estudio jurisprudencial de la L.O.1/1982*, Bosch, Barcelona, 1996.
- CONDE MARÍN, E., *La buena fe en el contrato de trabajo. Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo*, La Ley, Madrid, 2007.
- CONTRERAS NAVIDAD, S., *La protección del honor, la intimidad y la propia imagen en Internet*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- CORDERO SAAVEDRA, L.,
«Derecho a la propia imagen y contrato de trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 101, Civitas, Madrid, 2000.
El deportista profesional. Aspectos laborales y fiscales, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- CÓRDOVA CASTROVERDE, D. y DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Reflexiones sobre la protección de la privacidad en un entorno tecnológico», en AA. VV., (Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional), *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- CORREA CARRASCO, M., y SÁEZ LARA, C., *Los derechos laborales de los deportistas profesionales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- CREMADES CHECA, O., «Impacto teórico-práctico del BYOD en el derecho del trabajo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 423, CEF, Madrid, 2018.
- CRISTÓBAL RONCERO, R., «Protección al derecho a la imagen en el trabajo», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 199, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- CRUZ VILLALÓN, J., «Derecho a la propia imagen y discriminación de la mujer en el trabajo», AA. VV., (coord. CRUZ VILLALÓN, J., GARRIDO PÉREZ, E. y FERRADANS CARAMÉS, C.), *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2015.
- CRUZ VILLALÓN, J., RODRÍGUEZ RAMOS, P. y GÓMEZ GORDILLO, R., *Estatuto de los Trabajadores comentado*, Tecnos, Madrid, 2003.

CUADROS GARRIDO, M.E.,

«El uso del whatsapp en las relaciones laborales», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 171, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

Trabajadores tecnológicos y empresas digitales, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

DAHL, D.B., «Looking Neat on the Street: Aesthetic Labour in Public Parking Patrol», *Nordic Journal of Working Life Studies*, nº 2, 2013. Disponible en: <<https://tidsskrift.dk/njwls/article/view/26757>>.

DE LA IGLESIA PRADOS, E., *Derecho patrimonial privado y deporte*, Reus, Madrid, 2016.

DE LA OLIVA SANTOS, A., «Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas», AA. VV., *Homenaje a Eduardo Font Serra*, Vol.1, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 2004.

DE LA TORRE OLID, F. y CONDE COLMENERO, P., «Consideraciones críticas en torno a la autogestión y preservación de la intimidad en un escenario de riesgo», AA. VV., (coord. FAYOS GARDÓ, A.), *Los derechos a la intimidad y la privacidad en el siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2015.

DE LA VILLA GIL, L.E. y MERCADER UGUINA, J.R., *Modelos, agencias de modelos y empresas publicitarias*, Tecnos, Madrid, 1994.

DELGADO MARTÍN, J.,

«La prueba del WhatsApp», *Diario La Ley*, nº 8.605, Wolters Kluger, Madrid, 2015.

«La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración», AA. VV., (coord. OLIVA LEÓN, R. y VALERO BARCELÓ, S.), *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal*, Juristas con futuro, 2016 (Ebook), disponible en <www.juristasconfuturo.com/ebook-prueba-electronica>.

Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones, La Ley, Wolters Kluger, Madrid, 2016.

«La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración» *Diario La Ley* nº 6, Wolters Kluger, Madrid, 2017.

DEL REY GUANTER, S.,

«Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional en *Constitución y derecho del trabajo, 1981-1991: (análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, Madrid, 1992.

«Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general», *Relaciones Laborales* nº 1, La Ley, Madrid, 1995.

«Nuevas perspectivas de la libertad de expresión e información en las relaciones laborales: contrato de trabajo y redes sociales» en AA. VV., (dir. BORRAJO DACRUZ, E.), *Controversias vivas del nuevo Derecho del Trabajo*, La Ley, Wolters Kluger, Madrid, 2015.

DEL VAL ARNAL, J.,

«La argumentación razonable por la empresa en la extinción del contrato de trabajo de un transexual: el error en la persona; la defensa del trabajador: discriminación por razón de sexo», *Aranzadi Social*, nº 2, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

«Los transexuales y el contrato de trabajo: la defensa de sus derechos fundamentales», Comunicación presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, AA. VV., (AEDTSS), *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral*, Ed. Cinca, Madrid, 2014, (CD).

DEL VAL TENA, A.L., «Las empresas de tendencia ante el derecho del trabajo: libertad ideológica y contrato de trabajo», *Relaciones Laborales*, nº 2, La Ley, Madrid, 1994.

DEL VALLE VILLAR, J.M., «El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo», *Actualidad Laboral*, nº 3, La Ley, Madrid, 1991.

DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B.,

Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo, Lex Nova, Valladolid, 2012.

«Trabajo, videovigilancia y controles informáticos. Un recorrido por la jurisprudencia», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 39, Iustel, Madrid, 2014.

El contrato de trabajo deportivo a través de la jurisprudencia, Francis Lefebvre, Madrid, 2015.

DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E., «La segunda sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Barbulescu y sus consecuencias sobre el control del uso laboral del ordenador», *Revista Información Laboral*, nº 1, Lex Nova, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018.

DE OTTO PARDO, I., «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución» en MARTÍN-RETORTILLO, L. y DE OTTO PARDO, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.,

«El derecho a la propia imagen en la LO 1/1982, de 5 de mayo», AA. VV., (coord. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.), *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista*, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, número monográfico nº 9, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

«El consentimiento como causa de exclusión de la ilegitimidad de la intromisión», en AA. VV., (coord. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.), *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista*, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, número monográfico nº 9, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

«Intromisiones en el derecho a la propia imagen autorizadas por ley», AA. VV., (coord. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.), *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista*, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, número monográfico nº 9, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

«Libertad de información y derecho a la intimidad de las víctimas. Comentario a la STS (Pleno) núm. 91/2017, de 15 de febrero», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 6, IDIBE, 2017.

«Uso de imagen tomada de perfil de Facebook para ilustrar una noticia de interés público. Nuevo comentario de la STS (Pleno) núm. 91/2017, de 15 de febrero», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 6, IDIBE, 2017.

DE VICENTE PACHÉS, F.,

El derecho del trabajador al respeto de su intimidad, Consejo Económico Social, Madrid, 1998.

«La facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo: concepto y fundamento. Una primera aproximación a las diversas formas de control empresarial» AA. VV., (dir. GARCÍA NINET, J.I.), *El control empresarial*, CISS, Bilbao, 2005.

«El ciberacoso: un fenómeno de violencia emergente en el ámbito de las relaciones de trabajo», *Revista de Información Laboral*, Lex Nova, Thomson Reuters, Cizur Menor, n.º 2, 2017.

«El derecho a la libre apariencia física-estética en las relaciones de trabajo: una aproximación desde una perspectiva de sexo-género», Comunicación presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, en AA. VV., (AEDTSS), *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral*, Ed. Cinca, Madrid, 2014, (CD).

DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M.,

«Detectives en el ámbito laboral: poder empresarial y prueba judicial (1)», *Actualidad Laboral*, La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, n.º 7, 2011.

Detectives y vigilantes privados en el ámbito laboral, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

«El informe del detective privado en el proceso laboral. Requisitos para su validez como medio de prueba», *Trabajo y Derecho*, n.º 34, Wolters Kluwer, Madrid, 2017.

DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN, R., «La vigilancia de la actividad del trabajador mediante videocámaras y circuitos cerrados de televisión», *IUSLabor*, n.º 3, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2014.

DOMÈNECH PASCUAL, G., «La regulación de la economía colaborativa (El caso «Uber contra el taxi»)», *Revista Práctica de Derecho* n.º 175-176, CEFLegal, Madrid, 2015.

DOMINGO BARTOLOMÉ, M. y LÓPEZ GUZMÁN, J., «La estigmatización social de la obesidad», *Cuadernos de bioética*, Vol. 25, n.º 84, Asociación Española de Bioética y Ética Médica (AEBI), Madrid, 2014. Disponible en <<http://aebioetica.org/revistas/2014/25/84/273.pdf>>.

ELÓSEGUI ITXASO, M.,

«El caso EWEIDA: los acomodamientos razonables y el test de proporcionalidad en el TEDH», *Relaciones Laborales*, n.º 4, Wolters Kluwer, Madrid, 2014.

«El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público», *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 30, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Ministerio de Justicia, Madrid, 2014.

FABREGAT MONFORT, G.,

La discriminación de género en el acceso al mercado de trabajo. Las posibilidades de una nueva tutela a la luz de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

«El control empresarial de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías: algunas ideas clave», *Trabajo y Derecho*, n.º 5, Wolters Kluwer, Madrid, 2015.

Nuevas perspectivas del poder de dirección y control del empleador, Bomarzo, Albacete, 2016.

FALGUERA BARÓ, M.A.,

«Nuevas tecnologías y trabajo (I): perspectiva contractual», *Trabajo y Derecho*, nº 19/20, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.

«Nuevas tecnologías y trabajo (II): perspectiva constitucional», *Trabajo y Derecho*, nº 21, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.

«Nuevas tecnologías y trabajo (y III): perspectiva procesal», *Trabajo y Derecho*, nº 22, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.

FARIÑAS MATONI, L.M., *El derecho a la intimidad*, Trivium, Madrid, 1983.

FERNÁNDEZ DOCAMPO, M.B., «La eficacia revisoria de los medios de reproducción de la palabra, la imagen y el sonido en el recurso de suplicación», *Aranzadi Social*, nº 13, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Utilización y control de datos laborales automatizados*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1997.

FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.L., «Estudio de la jurisprudencia constitucional y ordinaria sobre el secreto a las comunicaciones entre particulares en especial en el ámbito de la empresa», *Aranzadi Civil*, nº 1, Aranzadi, Cizur, Menor, 2000.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., «La prestación laboral de servicios como ámbito modulador de la imagen del trabajador». Comunicación presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, en AA. VV., (AEDTSS), *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral*, Ed. Cinca, Madrid, 2014, (CD).

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.,

El poder disciplinario en la empresa, Civitas, Madrid, 1992

«Igualdad en el empleo y la ocupación», *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 91, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2007.

«La intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo» AA. VV., (coord. CASAS BAAMONDE, M.E., CRUZ VILLALÓN, J. y DURÁN LÓPEZ, F., *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, Wolters Kluwer, Madrid, 2006.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1996.

FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., «Libertad religiosa y trabajo asalariado: condiciones y criterios de articulación», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 133, Civitas, Madrid, 2007.

FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

FERRÁNDIZ AVENDAÑO, P., «Protección del artista sobre la imitación de su voz», *Actualidad Civil*, nº 21, La Ley, Madrid, 2010.

FERRANDO GARCÍA, F.M.,

«El reforzamiento del poder de dirección tras la reforma laboral de 2012», *Revista de Derecho Social*, nº 61, Bomarzo, Albacete, 2013.

- «Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad en el contexto de las nuevas tecnologías» *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. nº 399, CEF, Madrid, 2016.
- FRANQUET SUGRAÑES, M.T., *El contrato de licencia de personality merchandising*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- GALACHO ABOLAFIO, A.F., «Artículo 105», AA. VV., (dir. PALAU RAMÍREZ, F. y PALAO MORENO, G.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- GALLARDO MOYA, R.,
- «El derecho fundamental a la protección de datos y la videovigilancia empresarial», *Revista de Derecho Social*, nº 62, Bomarzo, Albacete, 2013.
- «Un límite a los límites de la vida privada y de la correspondencia en los lugares de trabajo. Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2017 en el caso Bârbulescu II c. Rumania», *Revista de Derecho Social*, nº 79, Bomarzo, Albacete, 2017.
- GARCÍA ALVÁREZ, M.R., «Discriminación laboral sobre la base de la apariencia física», *Trabajo y Derecho*, nº 35, Wolters Kluwer, Madrid, 2017.
- GARCÍA COCA, O., *La protección de datos de carácter personal en los procesos de búsqueda de empleo*, Laborum, Murcia, 2016.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, M., «Autonomía individual y principio de igualdad en la colocación y ascenso en la empresa», *Actualidad Laboral*, nº 1, La Ley, Madrid, 1996.
- GARCÍA GARCÍA, C., *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Universidad de Murcia, Murcia, 2003.
- GARCÍA MURCIA, J., y RODRÍGUEZ CARDO, I.A.,
- «Las actividades artísticas como zonas de frontera del Derecho del Trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 83, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009.
- «Prólogo» en *Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*, Consejo Económico Social del Principado de Asturias, Oviedo, 2009.
- «Signos religiosos en la indumentaria de trabajo y principio de no discriminación. Las primeras aportaciones del Tribunal de Justicia», *La Ley Unión Europea*, nº 49, Wolters Kluger, Madrid, 2017.
- GARCÍA NINET, I.,
- «Artículo veinte. Dirección y control de la actividad laboral», AA. VV., *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, Edersa, Madrid, 1981.
- «De los registros al trabajador y del respeto máximo a la dignidad e intimidad de este», AA. VV., (dir. GARCÍA NINET, J.I.), *El control empresarial*, CISS, Bilbao, 2005.
- GARCÍA NOVOA, C., «La reforma fiscal y el mundo del fútbol», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento* nº 47, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- GARCÍA OLIVA, M., «Obesidad y estigma. Procesos de desvalorización y discriminación social». Comunicación presentada al X Congreso Español de Sociología, Grupo de Trabajo 28

<www.fes-web.org/congresos/X/grupos-trabajo/grupo.php?numero=28>, Federación Española de Sociología, 2013. Comunicación disponible en
<www.fes-web.org/uploads/files/modules/congress/10/grupos-trabajo/ponencias/168.pdf>.

GARCÍA ORTEGA, J., «La protección del derecho a la imagen en el ámbito de las relaciones laborales», AA. VV., (coord. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.), *El derecho a la propia imagen desde todos los puntos de vista*, Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, nº 9, Thomson, Cizur Menor, 2011.

GARCÍA PELAYO, M., «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», AA. VV., (ed. RAMÍREZ JIMÉNEZ, M.), *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Facultad de Derecho de Zaragoza, Pórtico Ediciones, Zaragoza, 1979.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *La prueba en el proceso laboral*, Civitas, Madrid, 1994.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., «El protagonismo del convenio colectivo en el nuevo reglamento de protección de datos», *Revista de Información Laboral*, nº 6, Lex Nova, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018.

GARCÍA SALAS, A.I.,

Necesidades empresariales y derechos fundamentales de los trabajadores, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.

«El deber empresarial de informar acerca de la videovigilancia ejercida sobre los trabajadores. Comentario a la STEDH de 9 de enero de 2018», *Revista de Información Laboral*, nº 2, Lex Nova, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018.

GARCÍA SANTAMARÍA, J.V., «Modelo centralizado vs. Modelo individualizado. Derechos del fútbol y retransmisiones deportivas en Europa», *Revista TELOS*, nº 86 en <http://sociedadinformacion.fundacion.telefonica.com/DYC/TELOS/REVISTA/Anlisis_86TELOS_ANALISIS2/seccion=1217&idioma=es_ES&id=2011012416270001&activo=7.do>.

GARCÍA TESTAL, E. y ALTÉS TÁRREGA, J.A., *El contrato de trabajo y propiedad intelectual de los artistas musicales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ BLANCO, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares: la Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1986.

GARCÍA VIÑA, J., «La regulación actual de la buena fe en la figura del empresario», *Aranzadi Social*, nº 5, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2000.

GARRIDO PÉREZ, E., «Trabajo autónomo y trabajo subordinado en los artistas en espectáculos públicos», AA. VV., (coord. CRUZ VILLALÓN, J.) *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras de derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999.

GARZÓN VICENTE, A. y DE LACALLE BAYGORRI, I., «La cesión de los derechos de imagen de los artistas en los contratos discográficos como consecuencia de la crisis discográfica», *Revista Aranzadi de Derecho y Entretenimiento*, nº 22, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

GIL, R., «La piratería en España: el caso de la industria musical y del cine». *Occasional Paper OP* nº 07/1, Septiembre, 2006, IESE Business School- Universidad de Navarra <www.iese.edu/research/pdfs/op-07-01.pdf>.

GIL y GIL, J.L.,

«Poder directivo y apariencia externa del trabajador», *Relaciones Laborales*, nº 2, La Ley, Madrid, 2005.

«El salario de los artistas», AA. VV., (dir. GARCÍA MONCÓ, A.M.), *Las retribuciones de los artistas, intérpretes y ejecutantes*, Cinca, Madrid, 2008.

GIL PLANA, J.,

La prueba en el proceso laboral, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

La prueba en el proceso laboral. Naturaleza y evolución, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

GIL VALLILENGUA, L., «Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen en las redes sociales: la difusión no consentida de imágenes», *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, REDUR nº 14, Universidad de la Rioja, La Rioja, 2016.

GINESTA AMARGOS, J., «Ius imaginis» en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 82, nº 4, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Barcelona, 1983.

GITRAMA GONZÁLEZ, M., en voz «Imagen (derecho a la propia)», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. XI, Seix, Barcelona, 1979.

GOERLICH PESET, J.M., «Protección de la privacidad de los trabajadores en el nuevo entorno tecnológico: Inquietudes y paradojas», en AA. VV., *El derecho a la privacidad en el nuevo entorno tecnológico, XX Jornadas Andaluzas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2016.

GÓMEZ CORONA, E., *La propia imagen como categoría constitucional*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

GONZÁLEZ DE BIEDMA, E., «La apariencia física del trabajador y el contrato de trabajo: una aproximación al problema», AA. VV., (coord. CASAS BAAMONDE, M.E., CRUZ VILLALÓN, J. y DURÁN LÓPEZ, F.), *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, Wolters Kluwer, Madrid, 2006.

GONZÁLEZ DEL RÍO, J.M., «Naturaleza jurídica de los derechos de imagen de ciclista profesional (Comentario de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 29 de enero de 2008)» *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, nº 27, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

GONZÁLEZ DÍAZ, F.A. y FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B., «Tratamiento de la simbología religiosa en las relaciones laborales», Comunicación presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, AA. VV., (AEDTSS) *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral*, Ed. Cinca, Madrid, 2014, (CD).

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., «Control empresarial de la actividad laboral, videovigilancia y deber informativo. A propósito de la STC de 3 de marzo de 2016», *Revista Aranzadi Doctrinal* n° 5, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2016.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Una cuestión de faldas (a propósito de la STS de 19 de abril de 2011)», *Aranzadi Social*, n° 4, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

GOÑI SEIN, J.L.,

El respeto a la esfera privada del trabajador, Civitas, Madrid, 1988.

«Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos», AA. VV., (coord. ALARCÓN CARACUEL, M.R. y ESTEBAN LEGARRETA, R.) *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Ed. Bomarzo, 2004.

«Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos de comunicación y archivo de datos», *Justicia Laboral*, n° 17, Lex Nova, Valladolid, 2004.

«Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad», *Revista de Derecho Social*, n° 32, Bomarzo, Albacete, 2005.

La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007.

«Valor jurídico de los códigos de conducta», AA. VV., (dir. GOÑI SEIN, J.L.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, La Ley, Madrid, 2011.

«Los derechos de imagen de los toreros subalternos», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 165, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

«Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?», AA. VV., (AEDTSS) *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Ed. Cinca, Madrid, 2014.

«Los límites de las potestades empresariales vs derecho a la intimidad de las personas trabajadoras en el entorno de las Tics. El control empresarial del espacio virtual. Problemática laboral de las redes sociales», *Actum Social*, n° 95, Francis Lefebvre, Madrid, 2015.

«Sentencia del Tribunal Constitucional 39/2016, de 3 de marzo. Instalación de cámaras de videovigilancia para la obtención de pruebas y deber de información previa», *Ars Iuris Salmanticensis: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, Vol. 4, n° 2, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2016.

«El control tecnológico empresarial y el respeto a la privacidad del trabajador a la luz de la doctrina del TS, TC Y TEDH». Ponencia presentada en las jornadas «Cuestiones de actualidad en la jurisdicción social: las reformas de 2015 y 2016», organizadas por el CGPJ, 5 y 6 octubre 2016, Bilbao.

«Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento europeo de protección de datos de 2016», *Revista de Derecho Social*, n° 78, Bomarzo, Albacete, 2017.

«La protección de las comunicaciones electrónicas del trabajador: la doctrina del Tribunal de Estrasburgo y la jurisprudencia constitucional», *Trabajo y Derecho*, n° 40, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

- «Video vigilancia empresarial mediante cámaras ocultas: su excepcional validez como control «ex post»», *Trabajo y Derecho*, nº 47, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.
- La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa*, Bomarzo, Albacete, 2018.
- GRANDE, C. y GORDILLO, C., «El uso de las redes sociales en la jurisprudencia social», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 855, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- GUDE FERNÁNDEZ, A., «La videovigilancia laboral y el derecho a la protección de datos de carácter personal», *Revista de Derecho Político*, nº 91, UNED, Madrid, 2014.
- GUERRA RODRÍGUEZ, L., «Ejercicio del poder de control a través de cámaras de videovigilancia: análisis de la doctrina constitucional», *Trabajo y Derecho*, nº 29, Wolters Kluwer, Madrid, 2017.
- GUILLÉN CATALÁN, R., «La vulneración de la protección de datos en las redes sociales», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 45, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- HAMERMESH, D.A., BIDDLE, J.E., «Beauty and the Labor Market», *Am. Econ. Rev.*, nº 84, 1994. Accesible en <www.nber.org/papers/w4518.pdf>.
- HALL, H. y GARCÍA OLIVA, J., «Simbología religiosa en el ámbito laboral. A propósito del caso Chaplin y sus implicaciones en el Derecho británico», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 32, Iustel, Madrid, 2013.
- HERRERO-TEJEDOR ALGAR F., *Honor, intimidad y propia imagen*, Colex, Madrid, 1990.
- HILL, M., «Simbología religiosa y objeción de conciencia en el lugar de trabajo: un examen de la sentencia de Estrasburgo en Eweida y otros c. Reino Unido», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 32, Iustel, Madrid, 2013.
- HURTADO GONZÁLEZ, L.,
Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual y Seguridad Social, La Ley, Madrid, 2006.
- «Contratación de artistas a través de sociedades mercantiles interpuestas que ellos mismos constituyen y controlan», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, nº 22, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- IGARTÚA ARREGUI, F.,
«Derecho a la imagen. Utilización de fotografía para fines electorales. Indemnización del daño moral; revisión del quantum», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 14, Civitas, Madrid, 1987.
- «El derecho a la imagen en la jurisprudencia española», en AA. VV., (coord. SALVADOR CODERCH, P.), *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- IRURZUN UGALDE, K. y CASTRO RINCÓN, A., «¿El “deportista-anuncio” tiene encaje en el RD 1006/1985 (RCL 1985, 1533)?: Comentario a raíz de la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 6 julio 2004», *Revista jurídica de deporte y entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, nº 13, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

- JIMÉNEZ CAMPO, J., «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 20, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1987.
- JIMÉNEZ COMPAIRED, I., «Fiscalidad de artistas y deportistas: últimos avances jurisprudenciales sobre el tratamiento de la explotación comercial de la propia imagen y otros negocios conexos», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, nº 26, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- JUANES FRAGA, E., GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y ALÓS RAMOS, A., «Admisibilidad de los medios de prueba», AA. VV., (dir. MONEREO PÉREZ, J.L.) *Ley de Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la L 36/2011, de 10 de octubre*, Comares, Granada, 2013.
- LACALLE MULS, A., «El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral», *IUSLabor*, nº 1, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2018.
- LAHERA FORTEZA, J.,
«Libertad religiosa y condiciones laborales: la fe con mutua buena fe», Comunicación presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, AA. VV., (AEDTSS) *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Ed. Cinca, Madrid, 2014, (CD).
«Nueva jurisprudencia constitucional en la videovigilancia laboral: valoración crítica (STC 39/2016, de 3 de marzo)», *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 5, Francis Lefebvre, Madrid, 2016.
- LAFUENTE CUBILLO, A. I., «Sobre el derecho a la propia imagen», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 71, Civitas, Madrid, 1995.
- LLANO SÁNCHEZ, M., «La dignidad de la persona como valor constitucional y su proyección sobre el contrato de trabajo». Comunicación presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AA. VV., (AEDTSS) *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Ed. Cinca, Madrid, 2014, (CD).
- LLORENS ESPADA, J., «El uso de facebook en los procesos de selección de personal y la protección de los derechos de los candidatos», *Revista de Derecho Social*, nº 68, Bomarzo, Albacete, 2014.
- LÓPEZ AHUMADA, J., «El derecho de consulta previa como instrumento de control colectivo del poder de dirección», *Relaciones Laborales*, nº 2, La Ley, Madrid, 2005.
- LÓPEZ DÍAZ, E., *El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina*, Dykinson, Madrid, 1996.
- LÓPEZ-MINGO TOLMO, A., *El derecho a la propia imagen de los modelos -actores y actrices- publicitarios*, Visión Net, Madrid, 2005.
- LÓPEZ TAMES IGLESIAS, R., «La prueba electrónica en el proceso laboral», *El Laboralista*, <www.elaboralista.com/articulo/la-prueba-electronica-en-el-proceso-laboral>.

LORENTE LÓPEZ, C., «Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en la jurisprudencia más reciente», AA. VV., (coord. FAYÓS GARDÓ, A.), *Los derechos a la intimidad y la privacidad en el S. XXI*, Dykinson, Madrid, 2015.

LOUSADA AROCHENA, J.F.,

«La prueba ilícita en el proceso laboral», *Aranzadi Social*, nº 11, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

«Derecho fundamental a la protección de datos personales *versus* facultad empresarial de videovigilancia (acerca de la STC 29/2013, de 11 de febrero)», en AA. VV., (dir. BORRAJO DACRUZ, E.) *Controversias vivas del nuevo Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2015.

LUCAS MURILLO, P., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990.

LUCENA CID, I.V., «El concepto de la intimidad en los nuevos contextos tecnológicos» en AA. VV., (coord. GALÁN MUÑOZ, A.) *La protección jurídica de la intimidad y de los datos personales frente a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

MAGALLARES, A., MORALES, J.F. y RUBIO, M.A., «Group identification, discrimination and psychological health in an obese sample», *International Journal of Psychology and Psychological Therapy*, 2014, nº 14. Disponible en

<www.redalyc.org/pdf/560/56032544008.pdf>.

MALDONADO MONTOYA, J.P., «El trabajador del reality show» *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 83, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009.

MARABEL MATOS, J., «El uso de la simbología religiosa dinámica en espacios públicos sanitarios», *Revista de Derecho UNED*, nº 12, UNED, Madrid, 2013.

MARÍN ALONSO, I. y GUTIÉRREZ PÉREZ, M., «La práctica de la prueba en materia de derechos fundamentales tras la Ley de la Jurisdicción Social», *Relaciones Laborales*, nº 21/22, Wolters Kluger, Madrid, 2012.

MARTÍN VALVERDE, A., «Contrato de trabajo y derechos fundamentales», *Revista de Derecho Social*, nº 6, Bomarzo, Albacete, 1999.

MARTÍN VILLAREJO, A., *El régimen jurídico de las obras audiovisuales*, (tesis doctoral), 2017. Disponible en <<https://eprints.ucm.es/40916/1/T38294.pdf>>.

MARTÍNEZ DE SANTOS, A., «La proposición de la prueba electrónica en el proceso civil: medios de prueba, aportación y práctica». *Práctica de los Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, nº 130, Wolters Kluger, Madrid, 2018.

MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Cesión in consentida de la imagen para un uso comercial distinto del autorizado», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* nº 5, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

MARTÍNEZ FONS, D.,

El poder de control del empresario en la relación laboral, Consejo Económico Social, Madrid, 2002.

«El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo. A propósito de las SSTC 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio» *Relaciones Laborales* nº 4, La Ley, Madrid, 2002.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., «¿Controlar a los trabajadores?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 864, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

MARTÍNEZ OTERO, J.M., «Derechos fundamentales y publicación de imágenes ajenas en las redes sociales sin consentimiento», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 106, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

MARTÍNEZ RANDULFE, F., «Derecho a la intimidad y relación de trabajo: aproximaciones», AA. VV., (dir. LOUSADA AROCHENA, J.F. y MOVILLA GARCÍA, M.) *Derechos fundamentales y contrato de trabajo*, Comares, Granada, 1998.

MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo», *Derecho y religión*, nº 4, Instituto Metodológico de Derecho Eclesiástico del Estado, Delta Publicaciones Universitarias, Madrid, 2009.

MÉNDEZ, V., «Redes sociales y procesos de selección», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 937, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «La lesión de la libertad sindical mediante la utilización de datos informáticos automatizados», *Aranzadi Tribunal Constitucional*, nº 3, Aranzadi, Cizur Menor, 1999.

MERCADER UGUINA, J.R.,

Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información, Lex Nova, Valladolid, 2002.

«Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?» *Relaciones Laborales*, nº 1, La Ley, Madrid, 2001.

«Protección de datos y relaciones laborales: apuntes prácticos sobre la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/679 (1)», *Trabajo y Derecho*, nº 41, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

Protección de Datos en las Relaciones Laborales, Francis Lefebvre, Madrid, 2018.

MERCADER UGUINA, J. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Protección de datos y relaciones colectivas», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 423, CEF, Madrid, 2018.

MIERES MIERES, J.L.,

Intimidad personal y familiar. Prontuario de jurisprudencia constitucional, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

«La protección constitucional de los derechos a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones laborales. Una visión desde la jurisprudencia constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 99/100, Instituto Vasco de Administración Pública (IVAP), Gobierno Vasco, Bilbao, 2014.

MIÑARRO YANINI, M.,

«Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo: especial referencia a las condiciones de su ejercicio y a sus límites», AA. VV., (dir. GARCÍA NINET, J.I.), *El control empresarial*, CISS, Bilbao, 2005.

«Impacto del Reglamento Comunitario de Protección de Datos en las relaciones laborales: un -pretendido- “cambio cultural”», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 423, CEF, Madrid, 2018.

«La “Carta de derechos digitales” para los trabajadores del Grupo Socialista en el Congreso: un análisis crítico ante su renovado interés» *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 424, CEF, Madrid, 2018.

«La «Carta de derechos digitales del trabajador» ya es ley: menos claros que oscuros en la regulación», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 430, CEF, Madrid, 2018.

MIRANDA ESTAMPRES, M.,

El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal, Bosch, Barcelona, 2004.

«La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones», *Revista Catalana de Seguretat Pública*, Institut de Seguretat Pública de Catalunya, Barcelona, Mayo 2010.

MIRÓ MORROS, D. y CRUZ DE PABLO. M., «El uso de la videovigilancia en el ámbito laboral», *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 891, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

MOLINA GARCÍA, M., «El derecho del trabajador a su propia imagen», *Relaciones Laborales*, nº 2, La Ley, Madrid, 1995.

MOLINA NAVARRETE, C.,

«Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales. (El paradigma de la Dritwirkung laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional)» *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 3, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.

«Hacia una revisión constitucional de la buena fe contractual en las relaciones jurídico laborales», *Relaciones Laborales*, nº 1, La Ley, Madrid, 1992.

«Expectativa razonable de privacidad y poder de vigilancia empresarial: ¿quo vadis justicia laboral? Comentario a la Sentencia del TEDH de 12 de enero del 2016 asunto Barbulescu c. Rumania, demanda núm. 61496/2008, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 399, CEF, Madrid, 2016.

«En busca de un Derecho Social de Daños justo y eficiente: persistentes injusticias resarcitorias de los daños a la persona», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 411, CEF, Madrid, 2017.

«El poder empresarial de control digital: ¿nueva doctrina del TEDH o mayor rigor aplicativo. A propósito de la STEDH de 5 de septiembre de 2017, caso Barbulescu c. Rumania», *IUSlabor*, nº 3, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2017.

«El derecho al secreto de las comunicaciones en la relación de trabajo: la dilución en «tópica» y «retórica» de su tutela constitucional», *Trabajo y Derecho*, nº 7, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

«El trabajador transparente, entre metáforas y realidad, y el efecto útil de los derechos de la personalidad en la empresa del SXXI» *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 419, CEF, Madrid, 2018.

«De Barbulescu II a López Ribalda: ¿qué hay de nuevo en la protección de datos de los trabajadores? Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9

de enero de 2018, caso López Ribalda et alii vs. España (Demandas acumuladas 1874/13 y 8567/13)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 419, CEF, Madrid, 2018.

«Interés del cliente», «cláusulas de cesión de datos» y «derecho a la imagen de los trabajadores»: ¿renacer del consentimiento libre o exceso de celo judicial? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 87/2017, de 15 de junio», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 419, CEF, Madrid, 2018.

«Redes sociales, códigos de conducta y ciudadanía digital responsable del trabajador: cara B del consentimiento y libertad de expresión crítica. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla 1736/2017, de 8 de junio», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 419, CEF, Madrid, 2018.

«La «norma de certificación de calidad» no sabe ni de libertad religiosa (*hiyab*) ni de indumentaria (sudaderas): extensión y límites del derecho de protección de la diversidad», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 419, CEF, Madrid, 2018.

«¿La «indemnización disuasoria» deja de ser «retórica judicial» para cuantificarse de forma diferenciada (aún escasa)?» en, <www.laboral-social.com/pionera-sentencia-tsj-pais-vasco-17-julio-2018-da%C3%B1os-morales-fija-plus-indemnizatorio-disuasorio.html>.

«Poder de geolocalización, intimidad y autodeterminación digital en las relaciones de trabajo: ¿un nuevo orden eficaz de garantías y límites?», *Diario La Ley*, nº 9319, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

MOLINA NAVARRETE, C. y OLARTE ENCABO, S., «Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Relaciones Laborales*, nº 2, La Ley, Madrid, 1999.

MONEREO PÉREZ, J.L., *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas, Madrid, 1992.

MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., ««Listas negras» de trabajadores conflictivos (a propósito de la STS de 12 de noviembre de 2015)», *Trabajo y Derecho*, nº 16, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.

MONTOYA MELGAR A.,

El poder de dirección del empresario, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965

«Dirección de la actividad laboral (Art.20)» en AA. VV., (dir. BORRAJO DACRUZ, E.) *Comentarios a las leyes laborales*, Tomo V, Edersa, Madrid, 1985.

«Poder directivo del empresario y derecho del trabajador a la propia imagen», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 75, Civitas, Madrid, 1996.

La buena fe en el Derecho del Trabajo, Tecnos, Madrid, 2001.

«Las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 93, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2011.

MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M., SEMPERE NAVARRO, A. y RÍOS SALMERÓN, B., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

MORALO GALLEGO, S., «La prueba ilícita y sus efectos sobre la calificación del despido», *Revista de Jurisprudencia*, nº 1, *El Derecho*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015. Accesible en <<https://elderecho.com/la-prueba-ilicita-y-sus-efectos-sobre-la-calificacion-del-despido>>.

- MORATO GARCÍA, R., «El impacto de las redes sociales virtuales en los procesos de selección de los trabajadores», Comunicación presentada en el XXIV Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en AA. VV., (AEDTSS) *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral*, Ed. Cinca, Madrid, 2014, (CD).
- MOTILLA, A., «Derecho a conmemorar las fiestas y descanso semanal», AA. VV., (coord. MOTILLA, A.) *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno a la libertad religiosa en el ámbito laboral*, Comares, Granada, 2016.
- MUÑIZ FERRER, R., «Los nuevos medios de prueba en el procedimiento laboral. Teléfonos móviles y ‘whatsapp’», *Trabajo y Derecho*, nº 30, Wolters Kluwer, Madrid, 2017.
- MUR LINARES, R., «Personaje simbólico y titularidad del derecho a la imagen: sentencia de la A.T. de Zaragoza de 9 junio 1967», *Anuario de Derecho Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1968. Accesible, <www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=C_1968_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL>.
- NADAL GÓMEZ, I., «El régimen de los hallazgos casuales en la Ley 13/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 40, Iustel, Madrid, 2016.
- NARANJO DE LA CRUZ, R., *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, BOE, Madrid, 2000.
- NAVAS SÁNCHEZ, M.M., «El uso informativo de la imagen», *InDret*, nº 1, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2017.
- NORES TORRES, L.E.,
«Algunas cuestiones sobre la utilización de las redes sociales como medio de prueba en el proceso social», *Actualidad Laboral*, nº 3, La Ley, Wolters Kluger, Madrid, 2014.
«Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales en el ámbito de las relaciones laborales: aspectos individuales, colectivos y procesales», *Revista de Información Laboral*, nº 7, Lex Nova, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.
- NOVOA MONREAL, E., *Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos*, Siglo XXI Editores, México, 1997.
- NÚÑEZ ABOITIZ, V., «Uso extralaboral de nuevas tecnologías de Internet: efectos sobre la relación laboral», *Relaciones Laborales*, nº 13, Wolters Kluger, Madrid, 2012.
- O’CALLAGHAM MUÑOZ, X., *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad y propia imagen*, Edersa, Madrid, 1991.
- OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2010.
- OJEDA AVILÉS, A. e IGARTUA MIRÓ M.T., «La dignidad del trabajador en la doctrina constitucional». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 73, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008.
- ORDELÍN FONT, J.L., «La revocación de los contratos de explotación económica de la imagen de los artistas intérpretes y ejecutantes», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, nº 35, Instituto de Derecho Industrial, Universidad de Santiago de Compostela, Marcial Pons, Madrid, 2014-2015.

ORTIZ LALLANA, M.C.,

«Derechos fundamentales y relación laboral», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 13, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1998.

«El derecho del trabajador a la libertad informática y el respeto a su libertad sindical» AA. VV., (dir. BORRAJO DACRUZ, E.) *Trabajo y libertades públicas*, Madrid, La Ley, 2000.

PACHECO ZERGA, L., *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*, Thomson-Civitas-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

PALACIOS GONZÁLEZ, M.D., «La cesión de derechos de imagen», *Actualidad Civil*, nº 1, La Ley, Madrid, 2004.

PALOMAR OLMEDA, A., *El régimen jurídico del deportista profesional*, Bosch, Barcelona, 2002.

PALOMAR OLMEDA, A. y DESCALZO GONZÁLEZ, A., *Los derechos de imagen en el ámbito del deporte profesional. Especial referencia al fútbol*, Dykinson, Madrid, 2001.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

PARDO FALCÓN, J.,

«El juicio de indispensabilidad: un avance de los derechos fundamentales en el ámbito laboral», *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 39, Consejo Andaluz de Relaciones laborales, Sevilla, 1996.

«La dimensión patrimonial del derecho a la propia imagen» AA. VV., (coord. BASTIDA FREIJEDO, F.J.), *Propiedad y derecho constitucional*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005.

PASCUAL MEDRANO, A., *El derecho fundamental a la propia imagen: fundamento, contenido, titularidad y límites*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

PEDRAJAS MORENO, A., «Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y los poderes empresariales: la Constitución como marco y como límite de su ejercicio» *Actualidad Laboral*, nº 1, La Ley, Madrid, 2000.

PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., «La indumentaria del trabajador y otros elementos que afectan a su aspecto e imagen externa durante el trabajo (miscelánea jurisprudencial)», *Actualidad Laboral*, nº 12, La Ley, Madrid, 2008.

PÉREZ ALVÁREZ, S., «Marco constitucional del uso del velo y del pañuelo islámico en la sociedad española contemporánea: ¿señas de identidad ideológica y/o cultural?», *Foro, Nueva época*, nº 13, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Marcial Pons, Madrid, 2011.

PÉREZ ANAYA, R.M., «La obesidad como causa de despido: desde la perspectiva comunitaria», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, nº 1, ADAPT University Press, 2015.

PÉREZ CANET, A., «De nuevo, sobre videovigilancia como medida de control», *Revista Información Laboral*, nº 1, Lex Nova, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.,

«Sobre el derecho a la propia imagen», *Poder Judicial*, nº 10, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1988.

Nuevas tecnologías y relación de trabajo, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

Libertad de empresa y relaciones laborales, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005.

PÉREZ LUÑO, A., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.

PÉREZ REY, J.,

«Facebook como causa de despido o las difusas fronteras entre lo virtual y lo laboral, Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de enero de 2017, Rec. núm. 6712/2016», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 415, CEF, Madrid, 2017.

«Trabajadores transparentes: acerca del impacto de las redes sociales en las relaciones laborales», *Trabajo y Derecho*, nº 7, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

PINA SÁNCHEZ, C., «La utilización de la imagen de los deportistas en la industria de la moda» *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, nº 47, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

PINA SÁNCHEZ, C., y FERRERO MUÑOZ, J., «La comercialización de la imagen en el deporte profesional» AA. VV., (coord. PALOMAR OLMEDA, A. y TEROL GÓMEZ, R.), *El deporte profesional*, Bosch, Madrid, 2009.

PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida: evolución jurisprudencial (comentario a las sentencias que marcan el camino)*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

PLAZA DE DIEGO, M.A., *Fiscalidad del derecho a la propia imagen: especial referencia a los deportistas profesionales*, Ministerio de Hacienda, Madrid, 2005.

PLAZA Y JABAT, M.S., «El derecho a la imagen, su naturaleza y forma de explotación. Breve referencia a su tratamiento tributario», *Crónica Tributaria*, nº 81, 1997.

POQUET CATALÁ R., *El actual poder de dirección y control del empresario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

PRECIADO DOMÈNECH, C.H.,

«Sobre el valor de las grabaciones de imagen a efectos de suplicación. Doctrina contradictoria de la Sala Social del TSJ de Catalunya» *Jurisdicción Social*, nº 108, Juezas y Jueces para la Democracia, mayo 2011.

«Comentario de urgencia a la STEDH de 5 de septiembre de 2017. Caso Barbulescu contra Rumania (Gran Sala). Recuperando la dignidad en el trabajo», *Revista de Información Laboral*, nº 10, Lex Nova, Thomson Reuters, 2017.

«La videovigilancia en el lugar de trabajo y el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal ¿Es acorde la doctrina del TC y del TS con el Derecho de la UE?» *Revista de Derecho Social*, nº 77, Bomarzo, Albacete, 2017.

El derecho a la protección de datos en el contrato de trabajo: adaptado al nuevo Reglamento 679/2016, de 27 de abril, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

- Teoría general de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- PRECIADO DOMÈNECH, C.H. y PURCALLA BONILLA, M.A., *La prueba en el proceso social*, Lex Nova, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
- PULIDO QUECEDO, M., «Transexualidad, interdicción de discriminación y derecho de visitas de los hijos», *Aranzadi Doctrinal*, nº 2, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- PUYOL MORENO, J., «Una aproximación a Big Data», *Revista de Derecho UNED*, nº 14, UNED, Madrid, 2014.
- RAMOS LUJÁN, H., «La intimidad de los trabajadores y las nuevas tecnologías», *Relaciones Laborales*, nº 2, La Ley, Madrid, 2003.
- RECIO GAYO, M., «Nuevo dictamen del GT 29 sobre tratamiento de datos en el trabajo: el interés legítimo», *Diario La Ley*, nº 8, Wolters Kluwer, Madrid, 2017.
- REVENGA SÁNCHEZ, M., «El derecho a la intimidad: un derecho en demolición (y necesitado de reconstrucción)», AA. VV., *El derecho a la privacidad en el nuevo entorno tecnológico, XX Jornadas Andaluzas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2016.
- RICOU CASAL, M., «A vueltas con la mensajería de WhatsApp. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de junio de 2017, recurso 273/2017», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 418, CEF, Madrid, 2018.
- RIVAS VALLEJO, P.,
«Trabajo, Islam y Género», Comunicación presentada a las *XXV Jornades Catalanes de Dret Social*, 2014. Disponible en <www.iuslabor.org/wp-content/plugins/download-monitor/download.php?id=271>.
«¿Es la obesidad causa de discriminación tutelable en el ámbito laboral?», *IUSlabor*, nº 1, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2015.
- RIVERO LAMAS, J., «Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 80, Civitas, Madrid, 1996.
- RODRÍGUEZ CARDO, I.A.,
Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador, Consejo Económico Social del Principado de Asturias, Oviedo, 2009.
«Pruebas obtenidas a través de detectives y derecho a la intimidad», *Actualidad Laboral*, nº 12, Wolters Kluger, Madrid, 2014.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.,
Utilización y control de datos automatizados, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1997.
«La intimidad del trabajador en el uso de los diagnósticos médicos informatizados», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 101, Civitas, Madrid, 2000.

El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores: nuevas perspectivas, Bomarzo, 2009.

«Innovación tecnológica y productividad empresarial: posibilidades y límites en un contexto económico de crisis», *Diario La Ley*, nº 8094, Wolters Kluger, Madrid, 2013.

Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

«Posibilidades y límites al uso de cámaras de videovigilancia dentro de la empresa. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de marzo de 2016», *Diario La Ley*, nº 8747, Wolters Kluger, Madrid, 2016.

«Internet en el trabajo», *Diario La Ley*, nº 8926, Wolters Kluger, Madrid, 2017.

«El derecho a la protección de datos personales en el contrato de trabajo: reflexiones a la luz del Reglamento europeo 2016/679», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 423, CEF, Madrid, 2018.

«Videovigilancia empresarial: límites a la luz de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales», *Diario La Ley*, nº 9328, Wolters Kluger, Madrid, 2019.

RODRÍGUEZ LOSADA, S., «Interpretación dinámica de los convenios para evitar la doble imposición en relación con las rentas de artistas y deportistas», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, nº 35, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M,

«La transformación democrática del ordenamiento jurídico-laboral y la relación individual de trabajo», *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 1, Consejo Andaluz de Relaciones laborales, Sevilla, 1984.

«Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo», *Relaciones Laborales*, nº 1, La Ley, Madrid, 1996.

«La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo» AA. VV., (coord. MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SEMPERE NAVARRO, V.A.) *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo e inmigración, Subdirección General de Publicaciones, Madrid, 2003.

«Poder de dirección y derecho contractual», *Relaciones Laborales*, nº 2, La Ley, Madrid, 2005.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.

RODRÍGUEZ RUIZ, B., *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

ROJO TORRECILLA, E.,

«Nuevamente sobre el derecho del trabajador a la privacidad en la empresa y su control por cámaras de vigilancia. Estudio del caso López Ribalda y otras contra España (a propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de enero de 2018)». En <www.eduardorojotorrecilla.es/2018/01/nuevamente-sobre-el-derecho-del_16.html>.

«Derecho del trabajador a la privacidad en la empresa y límites al control empresarial por cámaras de vigilancia. Estudio del caso López Ribalda y otras contra España (a propósito de la sentencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de enero de 2018), *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 2, Francis Lefebvre, Madrid, 2018.

«¿Puede vulnerar la vida privada de un profesor universitario la grabación de sus clases en un anfiteatro de la Universidad donde presta ordinariamente sus servicios? Sobre la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2017 (Aplicación nº 70838/13)»

En <www.eduardorojotorrecilla.es/2017/12/puede-vulnerar-la-vida-privada-de-un.html>.

«Los derechos digitales de las personas trabajadoras. Examen del título X del proyecto de ley orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, y un breve apunte previo sobre nuevas aportaciones doctrinales».

En <www.eduardorojotorrecilla.es/2018/10/los-derechos-digitales-de-las-personas.html>.

ROMÁN DE LA TORRE, M.D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Grapheus, Valladolid, 1992.

ROMERO BURILLO, A.M., «Poder de dirección, instrumental de trabajo y derechos fundamentales de los trabajadores», *Revista de Derecho Social*, nº 58, Bomarzo, Albacete, 2012.

ROMERO RÓDENAS, M.J., «A propósito de la creación por parte de una entidad bancaria de una base de datos relativa a las bajas médicas de sus trabajadores», *Revista de Derecho Social*, nº 10, Bomarzo, Albacete, 2000.

ROQUETA BUJ, R.,

El trabajo de los artistas, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

Los deportistas profesionales. Régimen jurídico laboral y de Seguridad Social, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

«La participación de los deportistas profesionales en los beneficios que se derivan de la explotación comercial de su imagen», AA. VV., (coord. SALA FRANCO, T.), *Libro homenaje a Abdón Pedrajas Moreno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

ROQUETA BUJ, R. y SALA FRANCO, T., «Las relaciones laborales en el deporte (II)», AA. VV., (dir. PALOMAR OLMEDA, A. y TEROL GÓMEZ, R.) *Derecho del deporte profesional*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

ROVIRA SUEIRO, M. E.,

El derecho a la propia imagen, Comares, Granada, 2000.

«Más de treinta años de vigencia de la LO 1/1982 ¿Siguen siendo la protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen una asignatura pendiente?», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 8, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

RUBIO SÁNCHEZ, F., *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*, Dykinson, Madrid, 2005.

RUIZ CASTILLO, M.M., «Discriminación por causa de discapacidad y obesidad», AA. VV., (dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el derecho*

- de la Unión Europea: un estudio de jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S., *El contrato laboral de artistas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995.
- RUIZ Y TOMÁS, P., «Ensayo sobre el derecho a la propia imagen», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 80, nº 158, Reus, Madrid, 1931.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 2005.
- SAGARDOY BENGOETXEA, J.A. y GUERRERO OSTOLAZA, J.M., *El contrato del deportista profesional*, Civitas, Madrid, 1991.
- SAIZ MARCO, I., «La «prueba de detectives» en la doctrina judicial», *Actualidad Laboral*, nº 12, Wolters Kluwer, Madrid, 2014.
- SALA GALVÁN, G. y MACHANCOSES GARCÍA, E., «La fiscalidad del deporte profesional. Los deportistas profesionales», AA. VV., (dir. PALOMAR OLMEDA, A. y TEROL GÓMEZ, R.), *Derecho del deporte profesional*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- SALCEDO BELTRÁN, M.C., «Intervención de detectives en las relaciones laborales», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. nº 368, CEF, Madrid, 2013.
- SALINAS ALCEGA, S., «Obesidad y no discriminación en el empleo. La obesidad como causa de discriminación en el empleo, de manera directa o integrada en el concepto de discapacidad: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 18 de diciembre de 2014 -Fag og Arbejde y Kommunernes Landsforening- (Asunto C-354/13)» *Unión Europea Aranzadi*, nº 2, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- SÁNCHEZ ANDRADA, J., «La prueba ilícita y sus efectos sobre la calificación del despido», *Revista de Jurisprudencia*, nº 1, El Derecho, Francis Lefebvre, Madrid, 2015. Accesible en <<https://elderecho.com/la-prueba-ilicita-y-sus-efectos-sobre-la-calificacion-del-despido>>.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *Honor, intimidad e imagen en el deporte*, Reus, Madrid, 2011.
- SÁNCHEZ DEL OLMO, V., «El impacto (divergente) de la doctrina Barbulescu en las resoluciones de instancia. Comentarios a las sentencias 341/2017 y 737/2017 de los Juzgados de lo Social de Madrid n.º19 y nº 33», *Trabajo y Derecho*, nº 45, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A., «Las nuevas tecnologías y su impacto en los derechos al honor, intimidad, imagen y protección de datos del menor. Mecanismos jurídicos de protección: carencias, interrogantes y retos del legislador», *Revista Boliviana de Derecho*, nº 23, Fundación Iuris Tantum, 2017.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P., *Honor, intimidad y propia imagen*, Juruá, Lisboa, 2017.

SÁNCHEZ TORRES, E., «Mercadotenia y derechos fundamentales de los trabajadores: a propósito de la STC 84/2006, de 27 de marzo», *IUSLabor*, nº 3, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2006.

SANGUINETI RAYMOND, W.,

«Derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales», *Relaciones Laborales*, nº 21-22, Wolters Kluwer, Madrid, 2012.

«Poderes empresariales y derechos de la persona del trabajador: el difícil equilibrio», *Trabajo y Derecho*, nº 7, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

SANTOS VIJANDE, J.M., «Derecho a la propia imagen de artistas e intérpretes y explotación inconsentida de una obra audiovisual», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 1, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

SEGALÉS FIDALGO, J.,

«Nuevamente sobre la buena fe como límite al ejercicio de los derechos fundamentales dentro la relación obligatoria laboral», *Revista de Derecho Social*, nº 17, Bomarzo, Albacete, 2002.

«La reaparición del deber de lealtad como referencia para medir las condiciones de ejercicio de la ciudadanía en la empresa. Notas acerca de la STC 126/2003», *Revista de Derecho Social*, nº 23, Bomarzo, Albacete, 2003.

«¿Tutela o autotutela de la intimidad dentro de la relación obligatoria laboral? El alcance del consentimiento dado a los exámenes médicos (Comentario a la STC 196/2004 de 15 de noviembre)», *Relaciones Laborales*, nº 2, La Ley, 2005.

«La nulidad de la prueba que sostiene las imputaciones en un despido provoca también la de este último. Control de la intimidad informática mediante autorización judicial: comentario a la STSJ del País Vasco, de 12 de septiembre de 2006 (AS 2006, 2602)», *Aranzadi Social*, nº 3, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

«El juicio oral», AA. VV., (dir. BLASCO PELLICER, A.), *El proceso laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

SELMA PENALVA, A.,

«La trascendencia práctica de la «vinculación ideológica» en las empresas de tendencia en el ámbito de las relaciones de trabajo», *Anales del Derecho*, Universidad de Murcia, nº 26, Universidad de Murcia, Murcia, 2008.

«La información reflejada en las redes sociales y su valor como prueba en el proceso laboral. Análisis de los últimos criterios jurisprudenciales», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 39, Iustel, Madrid, 2014.

SEMPERE NAVARRO, A. V., «Modulación laboral de los derechos cívicos: STC 99/94, de 11 de abril», *Persona y Derecho*, nº 54, Universidad de Navarra, Pamplona, 2006.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.,

Nuevas tecnologías y relaciones laborales, Aranzadi, Cizur Menor, 2002,

«Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva», en VV. AA., (coord. MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SEMPERE NAVARRO, A.V.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

SERRA CALLEJO, J., «La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 127, CEF, Madrid, 1993.

SERRANO FALCÓN, C., «El uso del pañuelo musulmán (hiyab) en el ámbito laboral español: ¿prohibición o tolerancia?», *Trabajo y Derecho*, nº 18, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.

SERRANO OLIVARES, R., «El derecho a la intimidad como derecho de autonomía personal en la relación laboral», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 103, Civitas, Madrid, 2001.

SIERRA BENÍTEZ, E. M., «El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué Derecho del Trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 3, nº 4, ADAPT University Press, 2015.

SIERRA GARDE, F., «La retribución salarial del futbolista profesional», *Revista de Información Laboral*, nº 7, Lex Nova, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017.

SIMÓN CASTELLANO, P., *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE: efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014*, Bosch, Barcelona, 2015.

SUÁREZ ESPINO, M.L., «¿Qué protege el derecho fundamental a la propia imagen?», *Diario La Ley*, nº 7791, Wolters Kluwer, Madrid, 2012.

SUAREZ LOZANO, J. A., *Aproximación al derecho audiovisual*, Comunidad de Madrid, Consejería de Educación y Cultura, Madrid, 1995.

TALENS VISCONTI, E.E.,

«Videovigilancia mediante cámaras fijas y protección de datos en el ámbito laboral. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 29/2013, de 11 de febrero del 2013», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 33, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2013.

«Videovigilancia en el trabajo. Una vuelta a la jurisprudencia clásica», *Trabajo y Derecho*, nº 21, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.

«Aspectos jurídicos sobre los comentarios de los trabajadores proferidos a través de las redes sociales», *Trabajo y Derecho*, nº 23, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.

«La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva», *Revista Información Laboral*, nº 4, Lex Nova, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018.

«Video-vigilancia y protección de datos en el ámbito laboral: una sucesión de desencuentros», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, nº 3, ADAPT University Press, 2018.

TASCÓN LÓPEZ, R.,

El tratamiento por la empresa de los datos personales de los trabajadores. Análisis del estado de la cuestión, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

«El lento (pero firme) proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial en la era tecnológica», *Aranzadi Social*, nº 5, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

«El trabajo humano (y su derecho) ante el imparable fenómeno de las redes sociales de Internet (Facebook, Myspace, Youtube, Tuenti, Twiter...y prestación por cuenta ajena: implicaciones jurídico-laborales)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 340, CEF, Madrid, 2011.

«Tecnovigilancia empresarial y derechos de los trabajadores (Un intento de construcción de una regla conceptual en el Derecho del Trabajo español)» *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 415, CEF, Madrid, 2017.

«El derecho a la desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español) (1)», *Trabajo y Derecho*, nº 41, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

TERRADILLOS ORMAETXEA, E.,

«El principio de proporcionalidad como instrumento de ponderación entre derechos y como límite a la restricción del ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores en base a la existencia de un interés empresarial», *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, nº 5, Iustel, Madrid, 2004.

Principio de proporcionalidad, constitución y derecho del trabajo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

«El principio de proporcionalidad como referencia garantista de los derechos de los trabajadores en las últimas sentencias del TEDH dictadas en materia de ciberderechos: un contraste con la doctrina del Tribunal Constitucional español», *Revista de Derecho Social*, nº 80, Bomarzo, Albacete, 2017.

THIBAUT ARANDA, J.,

«La incidencia de la L.O. 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal en el ámbito de las relaciones laborales», *Relaciones Laborales*, nº 2, La Ley, Madrid, 2000.

Control multimedia de la actividad laboral, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

«Videovigilancia en el puesto de trabajo» AA. VV., (coord. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.), *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

TODOLÍ SIGNES, A., «El trabajador en la Uber economy: ni dependiente ni autónomo, sino todo lo contrario», *Trabajo y Derecho*, nº 25, Wolters Kluwer, Madrid, 2017.

TORRENTS MARGALEF, J., «Las limitaciones del ejercicio del derecho activo a la propia imagen del trabajador», Comunicación presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, AA. VV., (AEDTSS) *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral*, Ed. Cinca, Madrid, 2014, (CD).

TOSCANI GIMÉNEZ, D.,

«Vulneración del derecho a la intimidad por delatores, detectives privados y medios tecnológicos», *Revista de Derecho Social*, nº 71, Bomarzo, Albacete, 2015.

«Las facultades de la empresa de videovigilancia de sus trabajadores», *Revista de Derecho Social*, nº 74, Bomarzo, Albacete, 2016.

TRILLO GARCÍA, R.A., «Derechos de imagen, su carácter salarial y su inclusión en la base reguladora de accidentes de trabajo. Comentarios a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 29 de enero de 2008. Recurso núm. 2801/07», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, nº 26, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

VALDECANTOS, M., «Derecho a la propia imagen y derecho a la información: las redes sociales como fuente para los medios tradicionales de comunicación y la STS 91/2017, de 15 de febrero», *Actualidad Civil*, nº 3, Wolters Kluger, Madrid, 2017.

VALDÉS ALONSO, A.,

Propiedad Intelectual y relación de trabajo. La transmisión de los derechos de propiedad intelectual a través del contrato de trabajo. Artistas, programadores informáticos y producción audiovisual, Civitas, Madrid, 2001.

«Algunas consideraciones sobre el contenido laboral de los códigos de conducta», *Aranzadi Social*, nº 13, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

VALDÉS ALONSO, A. y BENZAL MEDINA, E., «Los derechos de propiedad intelectual e imagen de los artistas en espectáculos públicos», *Documentación Laboral* nº 71, Cinca, Madrid, 2004.

VALDÉS DAL-RÉ, F.,

«Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», *Relaciones Laborales*, nº 1, La Ley, Madrid, 1990.

«Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador» en AA. VV., (coord. APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A.) *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992.

«Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia», *Relaciones Laborales*, nº 2, La Ley, Madrid, 2003.

«La libertad religiosa y su problemática acomodación con la organización de trabajo», *Relaciones Laborales*, nº 24, La Ley, 2004.

«Libertad religiosa y contrato de trabajo», AA. VV., (coord. CASAS BAAMONDE, M.E., CRUZ VILLALÓN, J. y DURÁN LÓPEZ, F.), *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, Wolters Kluwer, 2006.

«Doctrina constitucional en materia de videovigilancia y utilización del ordenador por el personal de la empresa», *Revista de Derecho Social*, nº 79, Bomarzo, Albacete, 2017.

VALLECILLO GÁMEZ, M.R., «El derecho a la desconexión: ¿novedad digital o esnobismo del viejo derecho al descanso?», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 408, CEF, Madrid, 2017.

VALLS GENOVAR, M.A., «Reflexiones acerca de la competencia exclusiva del ejercicio de la investigación privada por detectives privados: la prueba de videocámaras en la empresa», *Diario La Ley*, nº 9288, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

VELASCO PORTERO, M.T., «La discriminación por razón de apariencia física», AA. VV., (coord. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2016.

VICENTE PALACIO, M.A., «Transexualidad y contrato de trabajo. (Breves consideraciones a propósito de la STCE de 30 de abril de 1996)», *Tribuna Social*, nº 67, Ciss Praxis, Valencia, 1996.

VIDAL, P., «La utilización de las cámaras de videovigilancia para fines disciplinarios y de control de trabajo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 888, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

VILLALBA SÁNCHEZ, A.,

«Los derechos fundamentales inespecíficos como límite al poder de dirección del empresario: cuestiones relativas a la imagen del trabajador», Comunicación presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, AA. VV., (AEDTSS), *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral*, Ed. Cinca, Madrid, 2014, (CD).

«Los derechos fundamentales del trabajador frente a los nuevos instrumentos de control empresarial», *Revista de Derecho Social y Empresa*, nº 6, Dykinson, Madrid, 2016.

«El derecho fundamental a la protección de datos del trabajador frente a los riesgos de la contratación estandarizada», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 207, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

WARING, P., «Keeping up Appearances: Aesthetic Labour and Discrimination Law»; *Journal of Industrial Relations*, nº 52, 2011.

Disponible en <<http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0022185610397141>>.

WARREN, S.D. Y BRANDEIS, L.D.,

El derecho a la intimidad, (traducido por PENDÁS, B. y BASELGA, P.), Civitas, Madrid, 1995.

«The Right to Privacy», *Harvard Law Review*, Vol. 4, No. 5 (Dec. 15, 1890), Accessible en: <www.jstor.org/stable/pdf/1321160.pdf?refreqid=excelsior%3A66cfe7b4c06f48ce42e0146d4989d8d9>.

XIOL RÍOS, C., «La utilización de cámaras de videovigilancia para fines de control de cumplimiento de obligaciones laborales. Necesidad de informar previamente a los trabajadores». *La Administración Práctica*, nº 5, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

YAGÜE BLANCO, S., *Cláusulas de cesión de derechos de propiedad intelectual en los convenios colectivos laborales. Estudio de negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

