

EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

CARLOS BLANCAS BUSTAMANTE

Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad
Católica del Perú y de las Maestrías de Derecho Constitucional y de
Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la misma casa de estudios.

1. LA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA Y SU EFECTO SOBRE LA SOCIEDAD

Aun cuando el fenómeno tiene sus orígenes en las décadas finales del siglo pasado, es en el siglo XXI cuando la revolución tecnológica conocida como la “cuarta revolución industrial” ha desplegado toda su potencialidad transformadora irrumpiendo en la vida de las personas, las empresas, las instituciones, y, en general, en los más variados aspectos, de la vida social, económica, política y cultural.

Intentando abarcar el conjunto de aspectos que son afectados por el intenso cambio tecnológico del que hoy somos testigos y protagonistas, se habla de la “sociedad de la información” como de una nueva forma de organización social que caracteriza la era que vivimos. Una “sociedad de la información” que puede ser tipificada a través del uso de cinco parámetros: i) tecnológico, ii) económico, iii) empleo, iv) tiempo-espacio, y v) cultural.

En el campo tecnológico se considera como “sociedad de la información” a “(...) cualquier conglomerado humano de cuyas acciones de supervivencia y desarrollo esté basado predominantemente en un intenso uso, distribución, almacenamiento y creación de recursos de información y conocimientos mediatizados por las nuevas tecnologías de información y comunicación”¹. En lo que atañe al campo económico, se afirma que una “sociedad de la información” es aquella en la que más del 50% del PBI está generado por el sector de información o, al menos, cuando el PIB generado por este sector es superior a los demás sectores de la economía².

1 FERREIRA DOS SANTOS, Vanda y Emilce Noemi SENA CORREA, 2004, “Advenimiento de la sociedad de la información y su repercusión en ámbito laboral, cultural y económico”. *Ciencias de la Información*. Volumen 35, número 1, p. 23.

2 Ídem, p. 24.

En la “sociedad de la información” la realidad del empleo sufre, también, un cambio profundo. En ella se produce “(...) la decadencia de los trabajos basados en la fuerza y en la habilidad manual, en favor de los que se basan en la creación y el manejo de la información (...)” ingresando así a “(...) un nuevo tipo de sociedad en el mercado laboral, en donde el conocimiento y la información se convierten en modos de producción no materiales”³. Otro aspecto que caracteriza a la “sociedad de la información” es la reducción significativa de los límites tradicionalmente establecidos por las dimensiones de tiempo y espacio. La informatización de la economía ha favorecido la globalización de la economía y la integración de las operaciones de las empresas, sin importar las distancias geográficas. Se ha producido el tránsito de la empresa multinacional a la empresa global debido a “(...) un intenso cambio en el modelo de empresa y una concentración de procesos en centros de servicios compartidos, automatizando procesos o externalizando actividades entre distintos países del mundo”⁴.

Finalmente, el campo cultural tampoco es ajeno al influjo del cambio tecnológico. Por el contrario, las nuevas tecnologías de la información y la comunicación se han incorporado a la vida cotidiana de las personas y a través de aquellas éstas tienen acceso a cantidades inconmensurables de información que influyen en su visión del mundo, en sus valores, en sus creencias y en sus decisiones. Se está produciendo una globalización de la cultura que genera, en algunos, el temor a la pérdida de las características propias de las culturales nacionales y locales en aras de una cierta cultura global estandarizada⁵.

3 Ídem, p. 25.

4 CUATRECASAS, Instituto de Estrategia Legal en RRHH, 2017. Nuevas tecnologías y gestión de recursos humanos. Madrid: Wolters Kluwer, p. 44. Agrega este informe que dicho fenómeno se materializa en el hecho de que “Son muchas las empresas multinacionales que en la última década han unificado la mayoría de las actividades administrativas y de soporte (RR.HH., IT, finanzas, administración, etc.) y que durante muchos años estaban replicadas y distribuidas en los países donde operan, y las han concentrado en determinados países bajo criterios de productividad, flexibilidad, coste y, especialmente, adecuación del marco jurídico” (Ibidem).

5 Según la UNESCO hay sectores que temen que con el uso de las Tics se pierdan los elementos esenciales de una cultura como la lengua, el folklore, la historia oral y la tradición

La rápida expansión de las Tics se ha traducido en dos efectos principales: la hiperinformación y la hiperconectividad.

La hiperinformación – Big Data- permite recoger, almacenar y disponer de grandes cantidades de información, no sólo de carácter científico o técnico, sino, incluso, la que se refiere a las personas, a sus características singulares y al desarrollo de su vida. De esta manera, los poseedores de esta información están en condiciones de usarlas para adoptar mejores decisiones, reduciendo al mínimo los márgenes de error; decisiones que, incluso, pueden ser adoptadas sin intervención humana mediante el empleo de algoritmos. Pero, al mismo tiempo, la posesión de tan vasta información puede conceder un poder inmenso, incluso desproporcionado, que no siempre va a ser utilizado para fines lícitos.

Por su lado, la hiperconectividad posibilita la comunicación directa e inmediata entre las personas, sin que las distancias geográficas representen obstáculo alguno, permitiendo operaciones de intercambio económico, la toma de decisiones de cualquier naturaleza, la impartición de órdenes e instrucciones, la coordinación de acciones, etc., todo ello en tiempo real, ahorrando así el tiempo que se empleaba en formas de comunicación previa como la correspondencia e, incluso, el teléfono fijo. Esta tecnología

(...) permite -con unos niveles de precisión sin precedentes y en tiempo real- generar, almacenar procesar y comunicar datos, recibir instrucciones, e incluso colaborar entre sí sin intervención humana. Con ello, la digitalización ya no se limita a la representación, manipulación y transmisión de distintos tipos de información en formato digital, como ocurrió hasta los principios del milenio, sino que adquiere una nueva dimensión: la capacidad de conectar personas, dispositivos y activos materiales de forma casi instantánea, ubicua, gratuita y perfecta⁶.

Sin duda, la hiperconectividad, así como la hiperinformación, contribuye a la eficiencia de las personas, empresas e instituciones, pero, al

(FERREIRA DOS SANTOS, Op. cit., p. 26).

6 PÉREZ GARCÍA, FRANCISCO (Director), 2020. *Cambios tecnológicos, trabajo y actividad empresarial: el impacto socio económico de la economía digital*. Madrid: Consejo Económico Social de España, p. 23.

mismo tiempo, conlleva el peligro de afectar el ámbito de la intimidad y la privacidad de las personas.

Estos dos aspectos están indisolublemente juntos: hiperinformación e hiperconectividad son las dos caras de Jano; ambos se necesitan y se retroalimentan y, a su vez, ambos son parte y factores esenciales de otro proceso: la globalización. De este modo, PEREZ-LUÑO sostiene que

(...) ha sido la era de la informática y de la telemática la que más decisivamente ha contribuido a que se adquiriese la convicción de que el hábitat cívico de nuestro momento histórico es el de la “aldea global” o, más exactamente, “el hogar global”; en la medida en que con el acceso a Internet cada ciudadano puede establecer, sin salir de su domicilio, una conversación en tiempo real, sin límites, en el espacio ni en las personas”⁷.

Destacando este mismo aspecto, también se afirma que “Las redes de información atraviesan el globo, operan a tiempo real y manejan enormes volúmenes de información a una velocidad pasmosa y sin precedentes”⁸.

Pero, sin duda, es en el ámbito económico donde mayor impacto ha tenido la revolución tecnológica al punto que se habla ya de una “economía digital”. La digitalización ha venido a consolidar y acelerar el proceso de globalización de la economía al facilitar los procesos de deslocalización productiva de las empresas y, al mismo tiempo, el manejo centralizado de éstas; la interconexión de los mercados y la velocidad de las transacciones comerciales que pueden realizarse en tiempo real y con pleno conocimiento de las condiciones de cada mercado. “La globalización – se afirma – incrementa el grado de complejidad de la gestión de las empresas, lo que requiere de la incorporación de todas las tecnologías disponibles para su manejo. Globalización y tecnología constituyen así un binomio que se refuerza y retroalimenta”⁹.

7 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. “Los derechos humanos ante las nuevas tecnologías”. En *Nuevas Tecnologías y Derechos Humanos*, 2014. Antonio Enrique PEREZ LUÑO (Editor). Valencia: Tirant lo blanch, p. 16.

8 FERREIRA DOS SANTOS, *et al*, Loc. cit.

9 CUATRECASAS, Op. cit., p. 43.

Por esta razón, la empresa, en tanto unidad económica básica de la economía de mercado, representa un ámbito privilegiado y pionero para el uso de las nuevas tecnologías. Estas influyen decisivamente en su forma de organización y de producción, en su localización geográfica, en las relaciones con sus trabajadores, en la clase de trabajadores que requiere, en su vinculación con clientes y proveedores, y en muchos otros aspectos, todo lo cual configura un cambio relevante del modelo de empresa antes conocido.

Un aspecto importante es el hecho de que la automatización significa la reducción de las actividades manuales y las repetitivas; también lo es, el hecho de que la ubicación geográfica de la empresa tenga cada vez menor importancia, ya sea para relacionarse con los proveedores y los clientes con quienes se puede interactuar sin necesidad de una proximidad física; de la misma manera, una buena parte de la labor se puede desarrollar fuera de las instalaciones de la empresa mediante el trabajo prestado desde el domicilio u otro lugar mediante el uso de recursos informáticas, lo que evita la clásica concentración del personal en un “centro de trabajo”; finalmente, todo ello determina, la supresión o sustitución de determinados servicios o actividades¹⁰.

El efecto de estas transformaciones sobre la vida en sociedad es innegable: ellas representan un factor de progreso que permite a las sociedades mejorar sus niveles de productividad y eficiencia, obtener superiores niveles de ingreso, tener acceso a bienes y servicios de mejor calidad, en suma, proporcionar bienestar y satisfacción a las personas.

Sin embargo, no pueden ignorarse algunos aspectos que podrían poner en peligro determinados valores o derechos de las personas. Uno de los más relevantes es aquel que tiene que ver con el hecho de que la masa de información que se obtiene a través de los dispositivos digitales puede amenazar la intimidad y privacidad de las personas pues “(...) cada ciudadano fichado en un banco de datos se halla expuesto a una vigilancia continua e inadvertida, que afecta potencialmente incluso a los aspectos más

10 Cfr. CUATRECASAS, Op. cit., p. 55.

sensibles de su vida privada; aquellos que en épocas anteriores quedaban fuera de todo control por su variedad y multiplicidad”¹¹. Esta situación, según PÉREZ LUÑO, ha generado el denominado “síndrome del pez rojo” el cual consiste en “(...) la sensación de hallarse sometidos a mecanismos de control tecnológico capaces de perforar, de forma inadvertida, aspectos esenciales de su vida privada”¹².

No se trata sólo de la acumulación masiva de información: más relevante aún es el hecho de que los datos recogidos y almacenados, permiten obtener toda clase de información acerca de las personas: sus preferencias ideológicas y políticas, sus preferencias u opción sexual, así como datos relativos a su salud, sus afectos y otros aspectos íntimos, y, de la misma manera, conocer los hábitos y patrones del movimiento de la persona, todo lo cual hace posible trazar perfiles más o menos exactos de estas¹³. El uso de tan vasta información plantea, a no dudarlo, problemas éticos y jurídicos pues quienes acumulan y tratan esa información pueden usarla para sus propios fines los cuales pueden ser tan variados como incrementar las ventas de un producto, difundir ideologías o filosofías, difundir informaciones que interesan o convienen al emisor de estas, etc.¹⁴.

Con lo relevante que resulta la posibilidad de que todos los datos referidos a una persona se encuentren almacenados en bancos de datos que pertenecen a otras personas o entidades, hay algo aún más preocupante y que consiste en el hecho de que a partir de la información acumulada “Es posible analizar y predecir comportamientos futuros de las personas mediante la utilización de complejos algoritmos. Con el Big Data se puede llegar a predecir determinadas conductas relacionadas con el com-

11 PÉREZ LUÑO, Op. cit., p. 18.

12 Ibidem.

13 GOÑI SEIN, José Luis. “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*, número 78, p. 2.

14 GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana, 2014. “Algunas consideraciones sobre los derechos humanos en Internet. Su posible colisión con las medidas adoptadas para la protección de la propiedad intelectual”. En *Nuevas Tecnologías y Derechos Humanos*, 2014. Antonio Enrique PÉREZ LUÑO (Editor). Valencia: Tirant lo blanch, pp. 83-84.

portamiento del consumidor, la seguridad o la salud; esto es, descubrir e identificar una serie de patrones de conducta de los clientes, determinar la propensión a padecer enfermedades, o la posibilidad de delinquir; en definitiva, se pueden extraer conclusiones sobre individuos con posibilidad de influir en el futuro de las personas”¹⁵. Ello significa que basándose en esta información aquellos que las poseen pueden decidir sobre las conductas y el futuro de las personas configurando “(...) el más implacable fenómeno de control y manipulación social que pueda imaginarse”¹⁶.

El enorme valor económico que representa el Big data ha generado la comercialización de los datos. Quien los posee no sólo puede utilizarlos para sus propios fines, sino que, asimismo, puede obtener un beneficio económico de su comercialización: “Los Big data han adquirido un valor económico; es la nueva minería, el oro negro, y se comercia con ellos. En la actualidad, el comercio con los datos a gran escala es un negocio floreciente”¹⁷

También las tecnologías de la video vigilancia y audio vigilancia, no obstante que en ocasiones son necesarias para garantizar la seguridad de las personas y los bienes públicos, son susceptibles de ser usadas como un mecanismo de control y observación aplicado para fines opuestos.

2. EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LAS RELACIONES LABORALES

Los efectos del desarrollo de las TICs en el mundo de las relaciones laborales han sido profundos y están transformando radicalmente las formas tradicionales de organización del trabajo y, asimismo, el marco de las relaciones entre el empleador y los trabajadores.

El impacto de las nuevas tecnologías representa, según CRUZ VILLALÓN¹⁸, una verdadera “irrupción transversal” sobre las relaciones de trabajo,

15 GOÑI SEIN, Op. cit. pp. 2-3.

16 PEREZ LUNO, citado por GARRIGA DOMÍNGUEZ, Op. cit., p. 84.

17 GOÑI SEIN, Op. cit. p. 3.

18 CRUZ VILLALÓN, Jesús, 2020. “El impacto de la digitalización sobre los derechos fun-

que se expresa en diferentes aspectos. En primer lugar, en el hecho de que aquellas se han incorporado de una forma acelerada e inmediata a este ámbito, en la medida en que las empresas se han adecuado rápidamente a los cambios; y no sólo las empresas, sino, en general la población y, entre ésta, la población ocupada. También considera este autor que un segundo rasgo del proceso de digitalización es el impacto universal que éste ha tenido, de modo tal que” (...) la digitalización se extiende como la espuma en todos los ámbitos y niveles que se puedan imaginar: economías desarrolladas o emergentes, sectores industriales o de servicios, incluida la agricultura, grandes o micro empresas, trabajos de mayor o menor profesionalidad, sector privado o público, ámbito urbano o rural, etc.”

Un tercer aspecto que destaca CRUZ VILLALÓN¹⁹, es que la digitalización se encuentra estrechamente asociada a otros dos fenómenos: la globalización y reorganización. Estos tres factores se influyen recíprocamente en el ámbito de la empresa y contribuyen a la transformación de las técnicas de gestión y organización de esta y de su forma de relacionarse con los trabajadores que le prestan servicios.

El último de los aspectos característicos de la “irrupción” de las TICs en el ámbito laboral es la forma en que ésta provocan un “efecto transversal sobre los elementos configuradores del mercado de trabajo y el desarrollo de las relaciones laborales. Señala al respecto, lo siguiente:

Tales cambios derivados de la digitalización provocan nuevas formas de empleo, eliminación de profesiones y emergencia de otras nuevas, nuevos modos de desarrollo de las relaciones entre trabajadores y empresa, que necesariamente provocan retos decisivos sobre el conjunto del marco jurídico establecido para regular las relaciones laborales, tanto desde la perspectiva individual como desde la colectiva²⁰.

damentales laborales”. En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi, pp. 36-37.

19 Ibidem.

20 Ídem, pp. 37-38.

Precisamente, en relación a los efectos de la digitalización sobre el empleo se ha señalado que ésta demandará nuevos conocimientos y nuevas profesiones que podrían ocupar a cientos de miles o millones de trabajadores en todas las ramas de la digitalización y de las nuevas tecnologías, y, también, en la transformación digital de las tecnologías tradicionales²¹.

En el terreno de las relaciones laborales, la irrupción de las TICs ha generado varios efectos específicos:

- a) La posibilidad de tener acceso directo a la información y de mantener comunicación en tiempo real, ha favorecido la deslocalización del trabajo, es decir, que este pueda ser prestado desde un lugar remoto, fuera de las instalaciones de la empresa, utilizando recursos informáticos. Se configura, de esta manera, el teletrabajo o trabajo remoto, que, si bien existe desde hace décadas, ha cobrado, en todo el mundo, inusitada importancia a raíz de la pandemia del Covid 19, que obliga a las personas a conservar la distancia social para prevenir el contagio, obligando a prestar el trabajo a distancia. De esta manera, se flexibiliza el tradicional modelo empresarial fordista al devenir factible que muchas o una gran parte de las operaciones de una empresa se lleven a cabo desde el domicilio de los trabajadores o, en todo caso desde lugares externos a la sede de empresa. Como lo señala el Informe conjunto OIT-Eurofound²² “El trabajo de oficina actual y, en términos más amplios, el trabajo basado en el conocimiento, se fundamenta en gran medida en internet y se desarrolla prácticamente desde cualquier lugar y en cualquier momento”.

21 NIETO SAINZ, Joaquín, 2019. “Innovación social y transición justa para una revolución tecnológica disruptiva”. En *El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, p. 105.

22 EUROFOUND & ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), 2029. “Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral”. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, p. 3.

- b) Como consecuencia del uso generalizado e intensivo de la TICs, influye no sólo en la localización del trabajo sino, también, en el tiempo de trabajo. Al respecto se señala que “El hecho de que T/TICM se pueda realizar de manera flexible tiene efectos potenciales en la cantidad de horas de trabajadas. Los empleados no están atados a las dependencias del empleador como lugar de trabajo fijo, sino que pueden realizar sus tareas en cualquier lugar y a cualquier hora”²³. Y ello se traduce, como regla general, en el hecho de que los trabajadores que trabajan a distancia trabajen una mayor cantidad de horas que los que lo hacen desde la sede de la empresa²⁴. El trabajo mediante Tics afecta también la organización del trabajo, en la medida que quienes lo realizan tienen la flexibilidad de organizar su tiempo y acomodarlo a las exigencias de su vida personal y familiar, lo cual suele presentarse como un aspecto favorable de esta forma de trabajo. Sin embargo, por otro lado, el trabajo mediante las Tics, desde el domicilio, tiende a difuminar la separación entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso, lo que se traduce en el hecho de que son muchos los trabajadores que laboran por la noche o en el fin de semana, lo cual, obviamente, afecta la vida personal y familiar.
- c) Otro efecto a destacar es el fenómeno de la hiperconectividad entre el empleador y los trabajadores facilitadas por el uso de los dispositivos digitales: “La hiperconectividad que permiten la telefonía móvil, el correo electrónico y las redes sociales, difumina la barrera entre tiempo de trabajo y tiempo personal, generando una serie de nuevas problemáticas que deberían ser abordadas”²⁵. Esta situación afecta no solo a los empleados que

23 Ídem. p. 21. El informe aclara el uso de la abreviatura T/TICM: El “T/TICM se puede definir como el uso de tecnologías de la información y las comunicaciones -como teléfonos inteligentes, *tablets*, *laptops* y ordenadores de sobremesa – para trabajar fuera de las instalaciones del empleador” (Ídem, p. 3).

24 Ibidem.

25 NIETO SÁINZ, Op. cit. p. 108.

realizan trabajo remoto sino, también, a los que laboran en las oficinas de la empresa pero que, en virtud de la hiperconectividad, realizan tareas o permanecen a disposición del empleador después de concluir su jornada de trabajo, es decir durante su tiempo de descanso. La OIT ha advertido del peligro que subyace a este uso de la Tics “La desaparición de las fronteras espaciales y temporales entre las esferas laboral y privada suscita inquietudes en diferentes ámbitos, y evoca formas de organización del trabajo del período preindustrial. Los procesos de cambio que permiten que el individuo pase más tiempo en su casa que en el trabajo, pero que también pase más tiempo trabajando en casa, podrían ser un arma de doble filo para algunos”²⁶.

- d) La revolución digital ha hecho posible que mediante el empleo de algoritmos se adopten decisiones que afecten el trabajo y la vida de las personas. Afirma Pazos Pérez que “La inteligencia artificial, mediante algoritmos, se encarga de la compilación, almacenamiento y tratamiento automatizado de datos. Concretamente, se puede definir un algoritmo como el conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema”²⁷. Al disponer de una masa de información suministrada por los bancos de datos, el empleador, mediante los algoritmos puede tomar decisiones automatizadas que incidan en diferentes aspectos de la vida laboral. Concretamente, el uso de algoritmos se viene utilizando en los procesos de intermediación laboral y de selección de personal, mediante el procesamiento de datos de postulantes, evaluación del currículum vitae, entrevistas por sistemas de inteligencia artificial, pruebas informatizadas, etc.; también se usan los algoritmos

26 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2015. “Informe I de la Conferencia Internacional del Trabajo”. *Iniciativa del centenario relativo al futuro del trabajo, 104ª reunión*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, p. 15.

27 PAZOS PÉREZ, 2020. “La reputación digital mediante algoritmos y los derechos fundamentales de los trabajadores”. En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi, p. 488.

para la promoción y ascenso de los trabajadores; igualmente sirven los algoritmos para el reparto de tareas, sobre todo en el caso de los trabajadores de plataformas, asignando aquellas en función de la demanda, distribución de horarios, control del trabajador; y, finalmente, para el cálculo y pago del salario²⁸. Incluso, en el caso de las plataformas digitales tiene lugar el “despido automatizado” en el cual los algoritmos, teniendo en cuenta la no consecución de objetivos, la baja del rendimiento, la inasistencia o impuntualidad, el rechazo de tareas y las malas o escasas valoraciones de los clientes, proceden a “desvincular” al trabajador impidiéndole el acceso a la plataforma digital²⁹.

- e) Las nuevas tecnologías hacen factible el control más estricto y permanente del trabajador en el desempeño de sus labores. Entre estas, destaca, en primer lugar, la de posicionamiento global-GPS (*Global Positioning System*)- o geolocalización, que permite seguir y conocer la ubicación exacta del vehículo que conduce el trabajador, lo cual, ciertamente, posibilita organizar y controlar mejor el trabajo de transporte de personas y de bienes, además de servir, en muchos casos, como medio de protección de la seguridad del conductor. No obstante, se ha afirmado que:

La incorporación de esta tecnología interfiere claramente con el derecho a la intimidad del trabajador³⁰; aunque, también, se considera que, la geolocalización (...) representa una injerencia en la vida privada, pero de menor calado que otros medios de vigilancia visuales o acústicos, pues estos tienen aptitud para

28 Cfr. FERNÁNDEZ GARCÍA, 2020. “Trabajo, algoritmos y discriminación”. En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi, pp. 508-510.

29 Ídem, p. 510.

30 POQUET CATALÀ, Raquel, 2020. “Últimos perfiles del sistema de geolocalización como instrumento del empresario”. En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi, p. 170.

captar informaciones sobre conductas, opiniones o sentimientos que la geolocalización no tiene”³¹.

Otra de las técnicas de monitorización es la conocida como la de Wearables, o tecnología vestible (*wearable technology*) que está “(...) integrada por una pluralidad de dispositivos electrónicos incorporados al vestido que captan, transfieren y procesan datos con multitud de utilidades”³². Se trata, entre otros, del uso de pulseras, relojes o videocámaras (*body-cams*) las cuales, son capaces de obtener y tratar datos sobre la salud (pulsaciones, tensión, ritmo respiratorio) o datos biométricos (la huella dactilar, el iris y otros). Un ejemplo de estas tecnologías lo constituye el “brazalete de Amazon” dispositivo que “(...) permite localizar y rastrear en tiempo real a los trabajadores de la empresa (controlando el tiempo empleado para retirar los productos de las estanterías e, inclusive, el tipo de movimientos que realizar, emitiendo sonidos en caso de posturas de la muñeca no adecuadas, a fin de controlar la rapidez y eficiencia de la prestación laboral, en aras de la productividad) (...)”³³. Una experiencia más intrusiva aún es la que consiste en la implantación de microchips subcutáneos para el control de la actividad laboral³⁴. Claro está que, como se ha puntualizado un chip subcutáneo no es un instrumento afín a un wearable, básicamente

-
- 31 PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo, 2020. Monitorización: GPS, Wearables y especial referencia a los controles biométricos para el registro horario. Aspectos procesales. En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi, p. 227.
- 32 Ídem, p. 231. Puntualiza este autor que “La medicina, la productividad, el entretenimiento, son sectores en los que los dispositivos vestibles están abriéndose camino a una velocidad de vértigo” (Ibidem).
- 33 IGARTUA MIRÓ, María Teresa, 2020. “Digitalización, monitorización y protección de la salud: más allá de la “fatiga informática”. En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi, pp. 617-618.
- 34 Ídem, p. 618. Al respecto menciona “El caso de la empresa norteamericana (Three Square market) que propone implantar microchips del tamaño de un grano de arroz en los dedos de los trabajadores (...)” (Ibidem, n. 16).

porque “(...) el usuario puede desprenderse de un dispositivo wearable en cualquier momento, a diferencia de lo que ocurre con el chip que una vez implantado bajo la piel no puede ser sustraído fácilmente (...)”³⁵

Todas estas tecnologías, además de servir de control suministran al empleador datos relevantes sobre la persona del trabajador, susceptible de afectar su esfera de intimidad y privacidad y, concurrentemente, pueden “(...) repercutir negativamente en el estado de salud del trabajador e incrementar los niveles de estrés”³⁶.

- f) También, se ha hecho frecuente el uso de la biometría para el acceso a determinados lugares o, también – y a veces de forma conjunta- para el control de la jornada de trabajo del empleado. Se recurre, con mayor frecuencia, a la huella dactilar y, en menor medida, al iris. Por biometría se debe entender un sistema “(...) reconocedor de patrones que captura datos biométricos de un individuo, extrae un conjunto de características a partir de dichos datos y las compara con otros patrones previamente almacenados en el sistema”³⁷. Los datos biométricos pueden ser fisiológicos o estar relacionados con la conducta de las personas. Entre los primeros se cuentan la huella dactilar, el iris, la geometría de la mano, la retina, los vasos sanguíneos de determinadas partes del cuerpo, la voz, el sudor, las orejas y el ADN. Los que se relacionan con el comportamiento de las personas son: la escritura, el ritmo cardiaco, el ritmo respiratorio, la firma, la utilización de un teclado, la forma de conducir o de andar o de moverse y la marcha. A estos, podrían añadirse los psicológicos

35 ALARCÓN SEVILLA, Verónica, 2026. “Implantación del chip subcutáneo: protección de datos, intimidad y libertad religiosa”. *Revista Bioderecho.es*. 2016, número 3, p. 4.

36 IGARTUA MIRÓ, Loc. cit.

37 FERNÁNDEZ ORRICO, 2020. “Límites a la biometría como medio de identificación y control de los trabajadores: necesidad de su regulación”. En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi, p. 303.

que suministran datos sobre la forma de reaccionar de la persona ante ciertas situaciones o pruebas³⁸. Las características comunes que presentan los datos biométricos residen en que son i) universales pues los tienen todas las personas, ii) únicos ya que permiten distinguir a una persona de otra, y iii) permanentes, debido a son continuos en el tiempo para cada persona³⁹.

La utilización de sistemas biométricos plantea de una manera aún más enfática que los demás sistemas de vigilancia mediante cámaras o la monitorización por GPS o wearables, la cuestión de la afectación del ámbito de intimidad del trabajador pues si aquellos esta cuestión es ya de por sí relevante, en la utilización de sistemas biométricos adquiere una especial connotación “(...) pues resulta obvio que las características de huellas dactilares, ADN, voz, son, en lo físico, lo más íntimo que las personas pueden expresar hacia el exterior y obviamente requieren su consentimiento expreso”⁴⁰.

- g) El poder de control del empleador se ve reforzado por las nuevas tecnologías, a través de los sistemas de videovigilancia y audio vigilancia. Estos permiten observar, de forma permanente y cercana, al trabajador durante su desempeño laboral registrando su imagen o su voz, o ambas, y acumular información directa sobre la conducta de aquel y el cumplimiento de sus obligaciones laborales. En efecto, la doctrina considera que el poder de control es una de las manifestaciones “(...) más relevantes y también más conflictivas del poder de dirección (...)”⁴¹ y consiste en “(...) la facultad de emplear los medios necesarios para

38 RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, 2020. “Registro de jornada mediante controles biométricos: un caso de incoherencia en el Derecho del Trabajo Digital”. En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi, p. 276.

39 Ibidem.

40 Ídem, p. 302.

41 VIDA SORIA, José; José Luís MONEREO PÉREZ y Cristóbal MOLINA NAVARRETE, 2003. *Manual de Derecho del Trabajo*. Granada: Editorial Comares, S.L., p. 488.

comprobar que el trabajador ha cumplido sus obligaciones.”⁴² Se le considera, por ello, como un instrumento del poder de dirección del empleador, un “(...) elemento inescindible del poder directivo empresarial (...)” dotado, por tanto, del mismo margen discrecional que se reconoce a éste⁴³.

Este aspecto del poder de dirección no es nuevo, desde el momento que nace con él y se configura como uno de sus instrumentos idóneos para lograr que el trabajador cumpla su prestación laboral. Sin embargo, en tiempos recientes, ha resultado perfeccionado o fortalecido por el surgimiento de tecnologías que, al hecho de otorgar un mayor grado de efectividad a la labor de control, agregan la posibilidad de una intervención de rasgos inquisitoriales que no parece conocer límites y que, por ello mismo, es susceptible de afectar al propio contrato de trabajo, evidenciando un verdadero “riesgo de corrupción” del mismo.”⁴⁴ Se trata, en este caso, de “(...) las tecnologías informáticas y audiovisuales que, al ampliar notablemente las posibilidades de intromisión del empleador en la esfera personal de trabajador, reduce significativamente la vigencia de los derechos fundamentales, ej. privacidad o intimidad, propia imagen, dignidad, etc.”⁴⁵.

3. EL PODER DE DIRECCIÓN Y CONTROL DEL EMPLEADOR

Como cualquier organización – sea productiva o no- la empresa requiere de una autoridad a la que corresponde organizar los factores productivos, planificar las tareas, disponer los recursos, y, en general, adoptar todas aquellas decisiones que resulten necesarias para lograr sus objetivos económicos. Por otro lado, mediante el contrato de trabajo, el

42 MARTÍNEZ FONS, Daniel, 2020. *El poder de control del empresario en la relación laboral*. Madrid: Consejo Económico y Social, p. 27.

43 Ídem, p. 28.

44 Cfr. Ídem. p. 32.

45 VIDA SORIA, *et al*, Op. cit., p. 489.

trabajador se subordina al empleador y, por ello, este tiene la facultad de dirigirlo, asignarle sus funciones y, en general, disponer de su tiempo y capacidades en la forma que considere más conveniente.

El poder de dirección tiene varios aspectos o facetas: i) la de normar el funcionamiento y organización de la empresa, así como la prestación laboral en ésta, ii) la de dirigir específicamente a los trabajadores asignando sus tareas e impartiendo instrucciones, y iii) la vigilancia y control sobre el cumplimiento de sus obligaciones laborales por el trabajador⁴⁶.

El poder de dirección se sustenta en la “libertad de empresa” que nuestra constitución reconoce en el artículo 59º, en la medida en que bajo su amparo el empleador despliega su iniciativa económica, organiza la empresa y la dirige para que alcance sus fines. Este poder encierra, como una de sus facultades esenciales, la de controlar y vigilar la actividad laboral de los trabajadores Para GOÑI esta una facultad más de las que integran el poder de dirección, “(...) que sirve únicamente de nexo entre la facultad de ordenación y disposición del empresario y la facultad disciplinaria (presupuesto esencial para la imposición de sanciones).”⁴⁷

El desarrollo de las nuevas tecnologías ha supuesto dotar al empleador no sólo de nuevos instrumentos y medios para organizar y dirigir la empresa sino, asimismo, para ejercer un control y vigilancia más intenso sobre los trabajadores. Muchas decisiones que atañen a la organización y ejecución del trabajo conllevan, al mismo tiempo la intensificación de la facultad de control del empleador, razón por la cual hemos optado por exponer de forma conjunta los aspectos conceptuales de la facultad de control con el poder de dirección en sentido estricto dado que, en la práctica, ambas manifestaciones del poder del empleador aparecen implicadas en los desafíos que plantean las Tics aplicadas al trabajo.

46 POQUET CATALÁ, Raquel, 2013. El actual poder de dirección y control del empresario. Pamplona: Editorial Aranzadi, pp. 31-32.

47 GOÑI SEIN, José Luís, 1998. *El Respeto a la Esfera Privada del Trabajador. Un estudio sobre los límites del Poder de Control Empresarial*. Madrid: Editorial Civitas S.A., pp. 11-12.

El poder de dirección, - y la facultad de control y vigilancia, en tanto que emanación o prolongación de aquel -, está sometido a límites internos y externos. Los “internos” se basan en los criterios de “funcionalidad” y de “razonabilidad”. Como en otra ocasión hemos dicho

(...) el poder de dirección, como todo poder, obedece a una necesidad social que, en este caso, consiste en el uso adecuado de la fuerza de trabajo, coordinando y dirigiendo sus actividades, de modo tal que ésta concurra, de la manera más eficiente, a obtener los resultados y beneficios que todo inversionista espera al crear una empresa. Fuera de este ámbito, dicho poder no existe, porque la relación laboral vincula a dos personas dotadas de libertad e igualdad jurídica que, como personas y ciudadanos, se encuentran relacionadas por vínculos de coordinación y no de subordinación ni de supraordenación⁴⁸.

En este sentido, el poder de dirección del empleador se ejerce dentro del ámbito y los límites que emanan del contrato de trabajo que lo vincula con el trabajador: “(...) el fundamento del poder para organizar y ordenar las prestaciones de los trabajadores es el propio contrato de trabajo que, sin duda, justifica tanto el poder de dirección y su alcance como sus propios límites”⁴⁹. Ese poder, nace del hecho de que mediante el contrato de trabajo el trabajador se subordina al empleador para la prestación de sus servicios. Por eso, “(...) a esa posición dependiente le corresponde, en el mismo plano contractual, otra de mando que ostenta el empresario”⁵⁰. De allí, que el poder de dirección del empleador encuentre límites “funcionales” en el propio contrato de trabajo por cuanto dicho poder “(...) se ejerce en un ámbito concreto, el de la relación de trabajo: lo que queda sometido a tal poder es, en lo que aquí más interesa, la prestación laboral del trabajador”⁵¹. Por ello, el poder de dirección no es un poder sobre la

48 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, 2007. *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 106-107.

49 PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y Manuel ALVAREZ DE LA ROSA, 2018. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, p. 511.

50 Ibidem.

51 MARTIN VALVERDE, Antonio, Fermín RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ y Joaquín GARCÍA MURCIA, 2010. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos, p. 255.

persona del trabajador sino, tan solo, sobre su prestación laboral, correspondiendo al empleador determinar las tareas y funciones del trabajador, el lugar de trabajo y el tiempo del mismo, así como controlar y vigilar el cumplimiento de sus obligaciones. Todos estos aspectos, tienen un solo objetivo el cual consiste en que el trabajador brinde al empleador, de modo satisfactorio, el servicio para el que ha sido contratado.

El criterio de razonabilidad, por su parte, exige que el poder de dirección sea ejercido de forma tal que excluya la arbitrariedad y el abuso. Las decisiones del empleador deben obedecer a causas objetivas y razonables, y guardar el debido respeto a la persona del trabajador.

Estos mismos criterios informan, desde luego, el ejercicio de la facultad de control del empleador. Esta reconoce un límite “funcional” en cuanto el control tiene como ámbito y límite insuperable el contenido de la prestación comprometida por el trabajador. En tal sentido, debe rechazarse cualquier forma de control que vaya más allá de la estricta evaluación del cumplimiento de la obligación laboral y, de forma especial, aquellas que pudieran constituir “controles de actividad”, esto es, los que se ejercen sobre el comportamiento de la persona del trabajador.⁵² La importancia de este criterio es innegable, porque justifica descartar la legitimidad del control que se ejerce sobre las actividades extralaborales del trabajador o para indagar sus convicciones políticas, religiosas o cualquiera otra. Impide, igualmente, controlar las actividades del trabajador en el centro de trabajo y durante la jornada laboral, pero durante las pausas de ésta como el refrigerio, cambiarse de ropa o asistir a los servicios higiénicos, etc.

De la misma manera, el control debe ajustarse al criterio de “razonabilidad”. La intensidad del control y los medios que se adopten para la función de control deben, ser, por esta razón, únicamente, los indispensables para vigilar la labor del trabajador, siendo vedado recurrir a procedimientos que excedan de dicha finalidad. Por tal motivo, el ejercicio irregular de

52 Cfr. MARTÍNEZ FONS, Op. cit., p. 33. Precisa este autor que “Un control de tal naturaleza se considera, por su propia naturaleza, restrictivo de la dignidad y libertad del trabajador en el trabajo, en la medida en que opera una limitación física o psíquica en la esfera del trabajador” (Ibidem).

la facultad de control, cuando esta excede la prestación laboral o cuando se ejerce abusivamente legitima al trabajador para resistirse a la medida en que aquella consista. Al respecto, dice GOÑI que “(...) el trabajador queda excusado de cumplimiento sin necesidad de acatar, impugnar o justificar la falta de sumisión.”⁵³

Por otro lado, el poder de dirección, incluyendo la facultad de control, reconoce la existencia de límites externos, esto es, ajenos o no provenientes del contrato de trabajo. Esta clase de límites, tienen su origen en el ordenamiento jurídico y, particularmente, en el enunciado de derechos fundamentales que éste contiene. En efecto, el contrato de trabajo es un contrato que se encuentra regulado por un conjunto de normas jurídicas que prevalecen sobre él y lo obligan a ajustarse a sus disposiciones: la constitución, las leyes laborales y las convenciones colectivas de trabajo. De estas fuentes emanan, respectivamente, derechos fundamentales, derechos legales y derechos convencionales que se aplican a las relaciones individuales y colectivas de trabajo. Desde el punto de vista de su contenido, podemos diferenciar, especialmente en el caso de los derechos fundamentales, los derechos fundamentales laborales y los derechos fundamentales inespecífico o de la persona del trabajador. Precisamente, nuestra constitución, además de enumerar un conjunto de derechos fundamentales laborales puntualiza que *Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador* (art. 23, CP), norma ésta que alude a los derechos de la persona del trabajador, varios de los cuales poseen una relevancia particular en el ámbito de la relación de trabajo, como es el caso de la dignidad, la intimidad, la igualdad, el derecho a la imagen, y otros semejantes. De esta manera, es válido sostener que “(...) el límite del poder empresarial directivo son los derechos del trabajador, en cuanto persona y en cuanto asalariado”⁵⁴.

Desde esta perspectiva, la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador representan un límite infranqueable para la facultad de control y vigilancia del empleador, ya que la proyección de aquellos valores

53 GOÑI SEIN, “El respeto...” Op. cit., p. 113.

54 PALOMEQUE LÓPEZ, *et al*, Op. cit., p. 512.

y derechos sobre ésta, “(...) permiten superar una visión patrimonialista de la relación, puesto que en el control la implicación de la persona lo es en grado primario o esencial casi inescindible de la propia actividad de control, sino que sitúa la actividad de control en sus justos términos.”⁵⁵

Es necesario, sin embargo, puntualizar que, en principio, la actividad de control del empleador es legítima, y que, por consiguiente, su ejercicio regular, no tiene por qué considerarse, *a priori*, lesivo de los derechos fundamentales del trabajador. La eventual ilegitimidad de este poder, deriva de las formas mediante las cuales se ejerce, las cuales pueden resultar contrarias a la dignidad y derechos del trabajador en cuyo caso “(...) si dicha actividad tropieza con los valores constitucionales de protección a la persona, el conflicto de intereses debe resolverse a favor de los intereses del trabajador.”⁵⁶

Por ello, la cuestión atinente a la legitimidad del poder de control del empleador respecto al respeto de los derechos fundamentales del trabajador, no puede dilucidarse en un plano abstracto, esto es, en el de la definición o concepto de dicho poder, sino en el terreno concreto que hace a su ejercicio y, específicamente, en el de los medios y procedimientos a través de los cuales se realiza. Precisamente, la relevante actualidad de esta cuestión deviene, directamente, del impresionante desarrollo de las tecnologías informáticas, audiovisuales y de comunicación, las cuales han colocado a disposición del empleador un elenco, muy amplio y sofisticado, de herramientas de vigilancia que contienen un potencial muy alto de lesividad a los derechos fundamentales de la persona del trabajador.

En particular, son los derechos relativos a la dignidad e intimidad del trabajador los que se tornan especialmente vulnerables cuando el poder de control se ejerce en forma ilimitada, en la medida que las nuevas tecnologías que se han puesto a su alcance, son capaces de efectuar intrusiones indebidas en la esfera privada de aquel.⁵⁷

55 MARTÍNEZ FONS, Op. cit., p. 54.

56 GOÑI SEIN, “El respeto...”, Op. cit., p. 114

57 “La incidencia de los avances tecnológicos en las relaciones laborales se aprecia especial-

De allí que resulta indispensable afirmar la eficacia ante el empleador (eficacia horizontal o inter-privatos) de aquellos derechos fundamentales que tienen por objeto tutelar la esfera privada, la vida personal del trabajador, como es el caso de los que están reconocidos en los numerales 6, 7, 10 y 18 del artículo 2º de la Constitución. Como más adelante se verá, la implicancia de éstos en la relación laboral es innegable, por lo cual resulta necesario garantizar su protección frente a cualquier conducta del empleador que conlleve su vulneración.

4. LAS FACULTADES DE DIRECCIÓN Y CONTROL EN RELACIÓN A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

4.1. El lugar y tiempo de trabajo

La implantación de las TIC ha supuesto la alteración de dos elementos tradicionales de la forma del trabajo: el lugar y el tiempo. Las TIC permiten hoy que el trabajo se preste desde cualquier lugar y en cualquier momento del día, sin necesidad de hacerlo desde las instalaciones u oficinas de una empresa y dentro de un horario establecido por ésta. Se ha señalado, por ello que “(...) las denominadas “nuevas TIC” como teléfonos inteligentes y computadoras-tablets han revolucionado el trabajo y la vida en el siglo XXI. Crucial para este desarrollo es la desvinculación del trabajo de los espacios de oficina tradicional. Los teléfonos inteligentes, las tablets y dispositivos similares permiten no solo las formas tradicionales de teletrabajo (trabajar desde casa o teletrabajo en casa) también facilitan el trabajo en

mente en dos ámbitos específicos: la forma de trabajar y los medios de control empresarial de dicho trabajo. En la actualidad la prestación de servicios se ve mediatizada por mecanismos telemáticos de comunicación (fax, correo electrónico, Internet); a su vez, el empresario tiene a su disposición una variada gama de instrumentos tecnológicos que le permiten ejercer más cómoda y eficazmente su poder de dirección y disciplina en la empresa (videocámaras, “rastros” informáticos en los ordenadores, etc.).” (SEMPERE NAVARRO, Antonio V, y Carolina SAN MARTÍN MAZZUCCONI, 2005. “Vigilancia Electrónica vs Derecho a la Intimidad y a la Propia Imagen (A propósito de las nuevas tecnologías en el marco laboral)”. En *Temas Actuales de Derecho Laboral*. Jorge Luís González Collantes (Coordinador). Trujillo: Editora Normas Legales S.A.C., p. 326).

movimiento (lo que este informe denomina trabajo móvil mediante TIC) y desde cualquier ubicación”⁵⁸.

Como se ha señalado en relación específicamente al teletrabajo, este se caracteriza por tres elementos: i) topográfico, ii) tecnológico y iii) organizativo. El topográfico supone que el trabajador ejecuta su prestación desde fuera de la empresa; el tecnológico indica que lo hace valiéndose de la informática y las TIC; y, finalmente, el organizativo se traduce en que el trabajador dispone de un amplio margen para organizar sus labores⁵⁹.

En cuanto al elemento “topográfico”, se identifican tres variables en función al lugar desde el cual el trabajador presta su servicio. La forma más clásica es el teletrabajo a domicilio (electrónica home work), en la cual el trabajador sustituye el centro de trabajo por su hogar, desde el cual cumple sus labores; otra variable es que lo realice desde centros de teletrabajo o telecentros designados por la empresa, opción organizativa que estas adoptan para reducir costo; finalmente, existe el teletrabajo nómada o itinerante – “trabajo móvil” en el Informe de Eurofound y la OIT- también conocido como “mobile teleworking” en el cual el trabajador labora desde cualquier lugar en que se encuentre, caso de los auditores, consultores o agentes comerciales⁶⁰.

Desde el punto de vista tecnológico, el teletrabajo puede ser *Off line* o desconectado, supuesto en el cual el trabajador recibe las directrices o encargos del empleador para, luego, sin conexión con éste, realizarlo para finalmente, remitirle por medios convencionales el resultado de su labor; u, *On line*, en el cual está en conexión con el empleador para hacerle llegar, por medios informáticos, la labor realizada. Cuando la conexión con el empleador es permanente y se produce un intercambio constante de informaciones, en el marco de una red de comunicaciones, el teletrabajo

58 EUROFOUND & OIT, Op. cit., pp. 9-10.

59 Cfr. PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco Javier y Javier THIBAUT ARANDA, 2001. *El Teletrabajo en España. Perspectiva jurídico laboral*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, p. 17.

60 Ídem, pp. 21-23.

es interactivo (*Two way line*), lo que va a permitir al empleador ejercer un control del trabajador en tiempo real⁶¹.

La disociación entre sede de la empresa y lugar de trabajo, presenta determinadas ventajas para el trabajador, siendo las principales la posibilidad de conciliar la vida laboral y la vida personal/familiar y, asimismo, la flexibilidad de autoorganizar su propio trabajo con criterio flexible. Sin embargo, el efecto sobre los trabajadores del teletrabajo y trabajo móvil es ambiguo, porque, al mismo tiempo que presenta las ventajas antes indicadas, también incide negativamente sobre aquellos en la medida que se traduzca -como ocurre frecuentemente- en el incremento del tiempo de trabajo. Lo señala así el Informe de Eurofound&OIT⁶²: “El hecho de que T/TICM se pueda realizar de manera flexible tiene efectos potenciales en la cantidad de horas trabajadas. Los empleados no están atados a las dependencias del empleador como lugar de trabajo fijo, sino que pueden realizar sus tareas en cualquier lugar y a cualquier hora. Esto ofrece la oportunidad de horas de trabajo más prolongadas y organizadas con mayor flexibilidad”. De hecho, la investigación realizada por Eurofound y la OIT a determinados países concluye que “(...) se puede argüir que los trabajadores T/TICM tienden a trabajar más horas que los no T/TICM. Esto ocurre no sólo en Europa sino también en otras regiones del mundo”⁶³.

Como consecuencia de la extensión de la jornada efectiva de trabajo la pretendida ventaja consistente en la conciliación de la vida personal y la vida laboral desaparece y, por el contrario, se genera una desventaja consistente en que ambas- vida laboral y familiar- se mezclan y los límites entre ambas se difuminan: “(...) hay cierto riesgo de superposición entre vida laboral y personal o familiar -interferencia trabajo-hogar (y también interferencia hogar-trabajo) – debido a horas de trabajo más extensas y la combinación de obligaciones simultáneas, que pueden dar por resultado

61 Ídem, pp. 23-24.

62 EUROFOUND & OIT, Op. cit., p. 21.

63 Ibidem.

la confusión de los límites entre trabajo y vida personal y mayor conflicto entre trabajo y familia”⁶⁴.

De allí, la necesidad de que en el teletrabajo y el trabajo móvil se garantice el respeto al tiempo de trabajo, materializado en la norma constitucional relativa a la jornada máxima de trabajo (art. 25, CP). Al respecto, la Ley del Teletrabajo (Ley 30036), señala que *El teletrabajador tiene los mismos derechos y obligaciones establecidos para los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada* (art.5) y el reglamento⁶⁵ de esta ley puntualiza que *La jornada ordinaria de trabajo o de servicio que se aplica al teletrabajo, se sujeta a los límites previstos en las normas sobre la materia* (art. 3), y asimismo señala que *Durante la jornada de trabajo o servicio, el teletrabajador deberá estar disponible para las coordinaciones con el empleador o entidad pública, en caso de ser necesario* (art. 7). La misma obligación se impone al trabajador en las normas legales sobre “trabajo remoto” adoptadas durante la pandemia del Covid 19⁶⁶; y en las normas reglamentarias de éstas⁶⁷ se ha precisado que rige entre las partes la jornada de trabajo pactada antes de iniciar la modalidad de trabajo remoto o la reconvenida con ocasión del mismo, sin exceder la jornada máxima de trabajo de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales.

Desde luego, jornada de trabajo no es igual a horario de trabajo y en el caso del teletrabajo no es necesario que este coincida con el que aplica la empresa a los trabajadores que acuden a laborar a sus instalaciones. Al respecto, el DU.026-2020⁶⁸, establece que el empleador y el trabajador pueden pactar que éste (...) *distribuya libremente su jornada de trabajo en los horarios que mejor se adapten a sus necesidades, respetando siempre la jornada máxima (...)*. Esta distribución sólo se puede hacer hasta por el máximo de seis días a la semana.

64 Ídem, p. 33.

65 Aprobado por el Decreto Supremo N.º 017-2015-TR (03.11.2015).

66 Decreto de Urgencia N.º 026-2020 (15.03.2020), art. 18, 18.2.3.

67 Decreto Supremo N.º 010-2020-TR, art. 9, 9.1.

68 Decreto de Urgencia N.º 026-2020, art. 9, 9.3.

Precisamente, una de las virtudes que posee el teletrabajo es la flexibilidad que le permite al trabajador autoorganizar su trabajo y hacer el mejor uso posible de su tiempo. En función de la clase de labor a realizar, empleador y trabajador pueden convenir una mayor o menor flexibilidad en el horario de trabajo, respetando, en cualquier, caso la jornada máxima de trabajo que opera como un límite insuperable respecto del tiempo que el trabajador ha de dedicar al trabajo.

Desde luego, se plantean problemas prácticos respecto, por un lado, a la forma en que el empleador pueda vigilar que el trabajador trabaje el número de horas a que está obligado, y, por el otro, a la fiscalización que puedan hacer las autoridades de la Inspección del Trabajo para garantizar que el trabajador no labore más tiempo del permitido por el orden jurídico.

4.2. La hiperconectividad y el derecho a la desconexión digital

Uno de los aspectos más saltantes de las TICs, es que permiten la comunicación directa y en tiempo real entre las personas, cualquiera que sea el lugar en que se encuentren. Ello representa una gran transformación en la vida social y, en particular, en las relaciones económicas al hacer posible transmitir información, intercambiar opiniones, celebrar conferencias, adoptar decisiones en tiempo real, ahorrando el tiempo que supondría utilizar mecanismos convencionales. De esta manera, las decisiones y operaciones económicas, se hacen mucho más fluidas, directas e inmediatas todo lo cual se traduce en la dinamización de los procesos y actividades económicas.

Lo propio sucede en el ámbito de las relaciones laborales en las cuales la “(...) transformación digital está provocando la interconectividad digital continuada, que frecuentemente se identifica con disponibilidad permanente para realizar las diversas actividades, entre ellas, las profesionales”⁶⁹. Uno de los posibles efectos de la hiperconectividad entre el empleador y

69 MIÑARRO YANINI, Margarita, 2020. “El sistema de prevención de riesgos laborales como garantía de efectividad del derecho a la desconexión digital”. En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi, p. 577.

los trabajadores consiste en lo que podría llamarse la “hiperdisponibilidad” del trabajador: “Las nuevas tecnologías incorporan la posibilidad de estar conectado a cualquier hora del día, lo que facilita el desarrollo del trabajo fuera incluso de la jornada y del lugar de trabajo. La disponibilidad permanente se ha instalado en la cultura laboral, y recibir instrucciones del jefe a cualquier hora y contestar con inmediatez sus mensajes es una práctica habitual”⁷⁰. Ello es consecuencia, del hecho de que “(...) la conexión digital permanente elimina las fronteras entre lugares, tiempos vitales y ámbitos, confundiendo e incluso fundiendo las dimensiones laboral y extralaboral”⁷¹.

Esta situación se presenta de forma muy marcada en las formas de trabajo a distancia o teletrabajo, pero, también, puede ocurrir con los trabajadores que realizan su trabajo de forma presencial cuando la conectividad con su empleador se prolonga más allá de los períodos habituales de trabajo.

De allí que una primera forma de afectación de los derechos de los trabajadores que se deriva de la hiperconectividad es la referida a su derecho al descanso, tanto el diario cuanto semanal o anual. Las investigaciones realizadas sobre los efectos de la aplicación de las TIC al medio laboral indican que, si bien el trabajo a distancia favorece la conciliación de la vida laboral y personal, los trabajadores que lo realizan corren más riesgo de trabajar durante su tiempo libre, lo cual significa un tiempo de trabajo no remunerado y, adicionalmente, representa el desdibujamiento de los límites entre el trabajo y los compromisos personales⁷². Y, como antes se ha visto, las mismas investigaciones arrojan que, en la mayoría de casos los trabajadores que laboran a distancia mediante TICs dedican al trabajo una mayor cantidad de horas que los que concurren al trabajo (Supra 4.1); y esta problemática alcanza, igualmente a los demás trabajadores, cuando una vez finalizada su jornada laboral deben permanecer conectados y disponibles para su empleador. Por ello, en sentido contrario a lo que suele

70 GOÑI SEIN, “Nuevas tecnologías...” Op. cit., p. 5.

71 MIÑARRO YANINI, Loc. cit.

72 EUROFOUND & OIT, Op. cit., p. 30.

presentarse como uno de los principales beneficios para el trabajador, se afirma que “La digitalización ha supuesto un paso atrás para la conciliación de la vida laboral y personal y para una mejor calidad de vida”⁷³.

Pero, además de trasgredir las normas -constitucionales, internacionales y legales- sobre la limitación del tiempo de trabajo y el derecho al descanso, la conectividad permanente del trabajador a la empresa, representa un riesgo para su salud. Investigaciones acerca de quienes trabajan en forma remota arrojan que estos trabajadores sufren problemas psicológicos vinculados a sentimientos de aislamiento, debido a la falta de interacción social y a la soledad; asimismo, presentan problemas de estrés en proporción mucho mayor a quienes trabajan en las dependencias de la empresa, en el caso específico de los que son trabajadores de elevada movilidad⁷⁴.

Ello conduce a que se deba considerar la hiperconectividad como un riesgo para la salud, que todo empleador debe tener la obligación de prevenir: “(...) si la continua conectividad, que supera límites de tiempo y espacio, implica mejoras de la eficiencia de gestión para las empresas, también conlleva riesgos de usos problemáticos, desde el punto de la salud y el bienestar, que necesariamente deben ser gestionados por la empresa (...)”⁷⁵.

El informe de EUROFOUND y la OIT señala que los aspectos que representan un riesgo para la salud y bienestar de los trabajadores son los siguientes “(...) más horas de trabajo; interferencia entre vida laboral y personal asociada con el desdibujamiento de límites entre el trabajo remunerado y la vida personal; intensificación del trabajo; aislamiento y agotamiento.”⁷⁶.

73 GOÑI SEIN, *Loc.cit.*

74 EUROFOUND & OIT, *Op. cit.*, p. 30. El informe señala que “(...) resulta evidente que los trabajadores T/TICM de elevada movilidad sufren más estrés que aquellos que trabajan siempre en las dependencias del empleador, pero los niveles de estrés de los teletrabajadores regulares en casa o trabajadores T/TICM ocasionales no difieren significativamente de quienes siempre trabajan en la oficina” (Ídem, pp. 38-39).

75 MINARRO YANINI, *Op. cit.*, pp. 579-580.

76 EUROFOUND & OIT, *Op. cit.*, p. 41.

La generalizada e intensa introducción de estas tecnologías en la vida laboral ha conducido a lo que se denomina la “tecno-invasión” en la cual “(...) podríamos incluir tanto la hiperconectividad como la monitorización constante”⁷⁷. Estos fenómenos conducen, inevitablemente, al tecno-estrés definido como “(...) un estado psicológico y social negativo, relacionado con el uso de las TIC o amenaza de su uso en un futuro, que viene condicionado por la percepción de un desajuste entre las demandas y los recursos relacionados con el uso de las TIC, que lleva a un alto nivel de activación psicofisiológica no placentera y al desarrollo de actitudes negativas hacia las mismas”⁷⁸.

Para garantizar a los trabajadores su derecho al descanso y proteger su salud, se ha planteado el reconocimiento de un “derecho a la desconexión digital”, el cual “(...) puede definirse como el derecho y el deber del trabajador a no prestar servicios con medios digitales fuera del tiempo de trabajo, garantizado mediante el no acceso (o el acceso restringido) a tales medios”⁷⁹. En esta definición también destaca el hecho de que se considera la “desconexión digital” como un deber del trabajador debido a “(...) las consecuencias ⁸⁰negativas que puede tener su incumplimiento por voluntad de aquel para el empresario. Deber que, en la práctica, supone la obligación del trabajador de desconectarse de los dispositivos electrónicos de conexión a la red”.

El antecedente más lejano de este derecho a la “desconexión digital” se encuentra en el acuerdo celebrado, el año 2011, entre el Comité de Empresa y la dirección de la empresa Volkswagen en virtud del cual ésta se obligó a no enviar a los trabajadores correos electrónicos ni mensajes de texto una vez finalizada su jornada de trabajo⁸¹. Este tipo de acuerdos

77 IGARTUA MIRÓ, Op. cit., p. 620. Agrega esta investigadora que “Va de suyo que, con carácter más general, ambas encajarían también en lo que empieza a denominarse “tecnoservilismo”, considerada la alienación del siglo XXI”. (Ibidem).

78 Ídem, p. 625.

79 CUATRECASAS, Op. cit., p. 471.

80 Ibidem.

81 EL COMERCIO, 2011. “VW prohíbe envío de correos fuera del horario laboral”. *El Comercio*. 24 de diciembre, p. B8.

colectivos fueron, posteriormente, adoptados en empresas como Gie Réunica, Daimler, y BMW⁸². En España, el convenio colectivo de la empresa AXA del año 2017 adoptó el siguiente acuerdo: “(...) las partes firmantes de este Convenio coinciden en la necesidad de impulsar el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral. Consecuentemente, salvo causas de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo”⁸³.

En el plano legislativo, el referido derecho ha empezado a obtener reconocimiento legal. Así, el artículo 55.12.º de la Ley 2016-1088 introdujo el apartado 7 en el artículo L.2242-8 del Código de Trabajo de Francia, el cual establece que en el marco de la negociación colectiva anual sobre la igualdad profesional entre las mujeres y los hombres y la calidad de vida en el trabajo incluirá: i) las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión digital, y ii) la puesta en marcha por la empresa de sistemas de regulación de la utilización de los dispositivos digitales, a fin de asegurar el respeto del tiempo de descanso y de vacaciones, así como su vida personal y familiar. De no existir acuerdo, la empresa, previa audiencia del comité de empresa o los delegados del personal, deberá elaborar una “política de actuación” sobre las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión. La norma en mención, es aplicable a las empresas de cualquier tamaño⁸⁴.

En Italia, el año 2017, se aprobó la Ley 81/2017 referida a las nuevas formas de trabajo conocidas como ágiles, flexibles o *Smart work*, equivalente a teletrabajo a tiempo parcial. Esta modalidad combina tiempo de trabajo en la empresa y tiempo de trabajo fuera de la misma, con el uso, en este caso, de instrumentos tecnológicos. El artículo 19.1 de esta ley dispone que el acuerdo para realizar el “trabajo ágil” debe establecer

82 Vid. PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel, 2018. “Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión: claves teóricas y prácticas, Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales, 5, 95-110. <https://doi.org/105565/rev/aiet.66>

83 Ídem, p. 108.

84 CUATRECASAS, Op. cit., p. 472.

los tiempos de descanso, así como las medidas técnicas y organizativas necesarias para asegurar la desconexión del trabajador de los instrumentos tecnológicos de trabajo”⁸⁵.

En el caso de España la figura del “derecho a la desconexión digital” se introduce a través de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDG)⁸⁶, la cual en el artículo 88, apdo.1, reconoce a los trabajadores y los empleados públicos el “(...) derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar”. Esta norma se proyecta hacia el Estatuto de los Trabajadores el cual en su artículo 20 bis, establece que “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 (...)”.

4.3. Monitorización del trabajador: GPS y Wearables

Conforme antes se expuso, las nuevas tecnologías permiten al empleador monitorear al trabajador en el desempeño de sus labores, ejerciendo, de este modo, su poder de dirección y control de una forma intensa y permanente. En especial, el GPS opera como un medio eficiente para localizar al trabajador y conocer, en cada momento, donde se encuentra. El GPS puede colocarse en el vehículo que este conduce o, también, en el teléfono celular o una *tablet*, facilitados por la empresa.

Siendo evidente que la utilización de esta tecnología puede afectar el derecho a la intimidad del trabajador, será necesario establecer ciertos límites y pautas para su uso correcto por el empleador.

En este sentido, una primera cuestión es la atinente a la necesidad o justificación de su uso en función a la clase de actividad que realiza el

85 PURCALLA BONILLA, Loc. cit.

86 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de 2008.

trabajador. Al respecto, se señala que “(...) debe exigirse una causa específica que legitime el dispositivo de geolocalización sin que resulte suficiente el mero interés genérico del control de la prestación o la mejora de productividad”⁸⁷. Es obvio que ciertas actividades que comportan riesgos para el propio conductor o para terceros pueden justificar el uso de un sistema de geolocalización, como es el caso del transporte de caudales o de productos inflamables o explosivos, el transporte de pasajeros, servicios de emergencia, ambulancias y vehículos de bomberos y otros semejantes. En cambio, no podría reputarse como necesario establecer esta clase de control en el vehículo del vendedor comercial o del visitador médico o de quien durante el día visita a clientes para realizar cobranzas o captar clientes (agente de seguros, etc.) o en el que transporta correspondencia o mercadería, salvo que ésta última sea de gran valor, lo cual debería acreditarse en el caso concreto.

Un pronunciamiento de la Comisión Nacional de la Informática y las Libertades de Francia ha señalado que solo es admisible la implantación de GPS en los vehículos por razones de seguridad y salud de los trabajadores (transporte de mercancías, trabajo en condiciones de aislamiento, transporte de dinero, transporte de personas -escolar-, limpieza de carreteras y arcenes, patrullas policiales, máquinas quitanieves, control de la velocidad empleada (o por necesidad de localización del tipo prestación (servicio de urgencias, taxis, talleres móviles de reparaciones, etc.), pero el GPS no puede implantarse para controlar a empleados con libertad para fijar sus rutas (visitadores médicos, vendedores ambulantes, comerciales/representantes).⁸⁸

En segundo lugar, hay que determinar si la instalación del GPS u otro sistema de geolocalización requiere consentimiento o solo conocimiento por el trabajador. El consentimiento individual en el marco de la relación laboral no parece ser una opción muy eficaz teniendo en cuenta la situación de subordinación en que se encuentra el trabajador, por lo que no será difícil para el empleador obtener su anuencia. En cambio, su

87 POQUET CATALA, “Últimos perfiles...”, Op. cit., p. 173.

88 Purcalla, Op. cit., p. 103.

derecho a ser previamente informado no debería discutirse. Así lo establece la legislación española sobre protección de datos personales, en el artículo 90, 2, de la LOPDGDG: “Con carácter previo, los empleadores habrán de informar de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características de estos dispositivos”.

En Italia, el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores, exige acuerdo previo con los representantes sindicales o, a falta de éstos, autorización de la Inspección del Trabajo para implantar el GPS en vehículos o dispositivos móviles proporcionados por la empresa, cuando el motivo para ello sean medidas adicionales de seguridad en el trabajo o razones organizativas o productivas; por excepción, cuando medien razones de seguridad o disposiciones legales, bastará la información previa al trabajador, siendo, por ello, justificado el despido de un trabajador por ausentismo injustificado, rastreado a través del GPS⁸⁹.

Nuestra Ley de Protección de Datos Personales (Ley N.º 29733) (LPDP), establece que los datos personales (...) *solo pueden ser objeto de tratamiento con consentimiento de su titular, salvo ley autoritativa al respecto. El consentimiento debe ser previo, informado, expreso e inequívoco* (art.13, 13.5). Sin embargo, el *principio de consentimiento* (art.5), admite excepciones enumeradas en el artículo 14 LPDP, entre las cuales se menciona el caso en que los datos personales (...) *sean necesarios para la preparación, celebración, y ejecución de una relación contractual en la que el titular de datos personales sea parte o cuando se trate de datos personales que deriven de una relación científica o profesional del titular y sean necesarios para su desarrollo o cumplimiento*. De esta manera, en el ámbito de la relación laboral sólo será necesaria la información previa al trabajador cuando se justifique instalar el GPS en los vehículos que le suministre la empresa o en los dispositivos digitales que éste le entregue.

Otra cuestión relevante es la que se refiere a la finalidad estrictamente laboral que debe poseer el medio de geolocalización utilizado, de

89 Ibidem.

modo que sirva exclusivamente ya para garantizar la seguridad del propio trabajador, ya para asegurarse de que este cumpla adecuadamente su prestación laboral. Para ello, la conexión al GPS, sea del vehículo o de los dispositivos digitales, no puede ser ilimitada y debe restringirse al tiempo de la prestación laboral. En este sentido, la doctrina judicial española ha señalado que “(...) cuando finaliza la “jornada laboral” o acaba el tiempo de trabajo, dichas facultades empresariales desaparecen y el contrato de trabajo deja de constituir el vínculo entre las partes que ampara el poder de la demandada para imponer las medidas implantadas de captación y tratamiento de datos”⁹⁰. Por esta razón, (...) en el caso que se quiere poder obtener datos mediante el dispositivo de GPS fuera de la jornada laboral, la empresa debe obligatoriamente contar con el consentimiento expreso de los trabajadores, no siendo suficiente para esta situación la comunicación a los mismos”⁹¹. También en Italia la jurisprudencia y las normas administrativas han precisado que no cabe la geolocalización permanente de los empleados, reconociendo el derecho de éstos a desconectarse al concluir su jornada laboral, salvo el caso de profesiones singulares⁹². En Francia se ha señalado que el GPS ubicado en el vehículo profesional de un trabajador debe poder desconectarse por éste mientras realiza funciones sindicales⁹³.

Conforme a nuestra LPDP, resulta válido que el trabajador, una vez concluida su jornada laboral, desconecte el dispositivo de geolocalización por cuanto, si bien según el artículo 5 de dicha ley, la información al trabajador de la implantación de ese sistema es suficiente para que esta sea legítima, ello está condicionado a los supuestos de *preparación, celebración y ejecución* de una relación contractual. Fuera de éstos, la geolocalización del trabajador es ilegítima y lesiva de sus derechos fundamentales.

Finalmente, la utilización del GPS y otros dispositivos de geolocalización, debe estar sujeta a control en razón a la finalidad para la cual se recurre a éstos, que no es otra que vigilar la actividad del trabajador,

90 POQUET CATALA, Op. cit., p. 188.

91 Ibidem.

92 PURCALLA, Loc. cit.

93 Ibidem.

razón por la cual sería ilícito, por representar una intrusión en el derecho a la intimidad del trabajador, recabar o tratar datos personales ajenos a la relación laboral. Una sentencia del Tribunal Superior de Madrid ha señalado que “(...) el posterior tratamiento de los datos obtenidos con una finalidad completamente distinta de la anunciada y, por ende, sin conocimiento del conductor, hacen que las conclusiones extraídas merced a este dispositivo tecnológico y su aportación como medio de prueba en sede judicial para demostrar un pretendido incumplimiento contractual constituyan un procedimiento que lesiona los derechos fundamentales”⁹⁴.

Volvemos a lo que establece la LPDP para recordar que, ésta en su artículo 6 enuncia el denominado *Principio de finalidad* conforme al cual *Los datos personales deben ser recopilados para una finalidad determinada, explícita y lícita. El tratamiento de los datos personales no debe extenderse a otra finalidad que no haya sido la establecida de manera inequívoca como tal al momento de su recopilación (...)*, y, asimismo, a lo que indica en el artículo 13, 13.1 en el sentido que *El tratamiento de datos personales debe realizarse con pleno respeto de los derechos fundamentales de sus titulares y de los derechos que esta Ley les confiere.*

Los mismos criterios que deben aplicarse para encuadrar dentro de límites razonables y proporcionales la utilización del GPS y los dispositivos móviles de geolocalización, deben extenderse cuando, con el mismo propósito, se recurre a los wearables o tecnología vestible (pulseras, relojes, etc.). Cumpliendo estos dispositivos la misma función que el GPS también se ubican dentro de las limitaciones que se derivan de los derechos fundamentales, las normas laborales y la LPDP.

4.4. Controles biométricos

El uso de controles biométricos en el ámbito de las relaciones laborales ofrece indudables ventajas para la gestión de las empresas, tales como seguridad, fiabilidad, celeridad en el control y comodidad. También se han mencionado las siguientes: reducción de costos de mantenimiento,

94 PRECIADO DOMÉNECH, Op. cit., pp. 224-225.

de los sistemas de autenticación; aumento de la eficiencia; control horario y mejora de la imagen corporativa⁹⁵. Pero, al mismo, entraña riesgos para los trabajadores y para las propias empresas. Para los primeros, estos son: “(...) la intrusión en sus espacios de privacidad; la disolución de fronteras entre lo laboral y lo personal; la posibilidad de construir perfiles con los datos obtenidos; el acceso a información personal sensible, directa o indirectamente; la pérdida de anonimato”⁹⁶. Para las empresas, el riesgo deriva del hecho de disponer de una gran cantidad de datos de sus trabajadores, muchos de ellos datos sensibles, que les imponen obligaciones severas respecto a su manejo, utilización, almacenamiento y comunicación⁹⁷.

La colisión entre el control biométrico y el derecho del trabajador a su intimidad – incluso, a su libertad – es una realidad que no se puede soslayar pues, como lo señala Rodríguez-Piñero Royo “Nos encontramos ante un control particularmente intrusivo, tanto en los datos que recoge como en la forma de obtenerlos. En muchos casos va a exigir contacto físico: puede dar acceso a datos especialmente sensibles. Este dato es fundamental, porque es uno que se tiene en cuenta a la hora de valorar la legitimidad de su uso”⁹⁸. El mismo autor afirma que el grado de intrusión no es igual, sino que varía de acuerdo al mecanismo de control utilizado, no siendo lo mismo verificar el rostro de una persona (lo cual se hace a la distancia) que la huella digital, que exige un contacto físico con el equipo, o que el ADN o grupo sanguíneo que suponen la extracción de muestras biológicas. Además, el grado de intrusión va a depender de los datos que se tomen como referencia pues no es lo mismo verificar el rostro, que es un dato público y notorio, que el ADN o el ritmo cardíaco, que son datos ocultos los que, adicionalmente, puede proporcionar información sobre la salud o el origen genético de la persona⁹⁹.

95 RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Op. cit., p. 279.

96 Ídem, p. 280.

97 Ibidem.

98 RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, Op. cit. p. 277.

99 Ídem.

La LPDP señala que son “datos sensibles” los *Datos personales constituidos por los datos biométricos que por sí mismos pueden identificar al titular: datos referidos al origen racial y étnico; ingresos económicos; opiniones o convicciones políticas, religiosas, filosóficas o morales; afiliación sindical; e información relacionada a la salud o a la vida sexual.* (art. 2, 5). Como regla general para el tratamiento de los datos personales rige el *Principio de consentimiento* según el cual *Para el tratamiento de los datos personales debe mediar el consentimiento de su titular*” (LPDP, art. 5). Y cuando se trata de datos sensibles, el consentimiento debe manifestarse por escrito (LPDP, art. 13, 13.6).

El *Principio de consentimiento* admite, sin embargo, diversas excepciones, entre las cuales la LPDP menciona el supuesto en el cual (...) *los datos personales sean necesarios para la preparación, celebración y ejecución de una relación contractual en la que el titular de datos personales sea parte o cuando se trate de datos personales que deriven de una relación científica o profesional del titular y sean necesarios para su desarrollo o cumplimiento* (art. 14, 5).

De este modo, la existencia de una relación jurídica basada en el contrato de trabajo vendría a configurar uno de los supuestos de excepción a la exigencia de que el titular de los datos deba consentir expresamente para el tratamiento de éstos. No obstante, para hacer uso de esta excepción el “encargado de tratamiento”¹⁰⁰ (LPDP, art. 2,8), debe acreditar la existencia de ciertos requisitos.

En primer lugar, el requisito de “necesidad” de la utilización del tratamiento de los datos biométricos del trabajador. Recordemos que la LPDP (art. 14), al establecer la excepción al *principio de consentimiento*

100 El reglamento de la LPDP, establece que el “Encargado del tratamiento” *Es quien realiza el tratamiento de los datos personales, pudiendo ser el propio titular del banco de datos personales o el encargado del banco de datos personales u otra persona por encargo del titular del banco de datos personales en virtud de una relación jurídica que le vincula con el mismo y delimita el ámbito de su actuación. Incluye a quien realice el tratamiento de datos personales por orden del responsable del tratamiento cuando este se realice sin la existencia de un banco de datos personales.* (D.S. 003-2013-JUS, art. 2, 10).

señala que el tratamiento de los datos personales debe ser “necesario” en el marco de una relación contractual de la que el titular de los datos es titular. Comentando el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea, Preciado Doménech afirma que el artículo 9, 2b) de dicha norma “(...) es tajante, al exigir que el tratamiento **“sea necesario”** lo que excluye la mera conveniencia, comodidad o capricho a la hora de seleccionar este medio de control de puntualidad”¹⁰¹. Al respecto, la Agencia Española de Protección de Datos ha señalado que “(...) para implantar esta medida debería aplicarse el principio de minimización; es decir, debería limitarse a los supuestos en que se considere realmente necesario para que el control sea eficaz”¹⁰².

Para utilizar los controles biométricos, el empleador debe superar el “test de justificación”: “Que debe ser necesario, considerando la finalidad perseguida con el mecanismo de control”¹⁰³. El criterio de necesidad supone que “(...) la recopilación y el procesamiento posterior de datos biométricos solo deben llevarse a cabo cuando sea necesario para proteger los intereses legítimos de los empleadores, empleados o terceros, sólo si no hay otros medios menos intrusivos disponibles y solo si van acompañados de las garantías adecuadas”¹⁰⁴. Por ello, criterios como el de reducción de costos o mejoría de la imagen corporativa no pueden, en modo alguno, justificar, la utilización de un sistema de control que pone en entredicho los derechos fundamentales de los trabajadores.

En segundo lugar, deberá respetarse el *Principio de finalidad* que la LPDP enuncia en la siguiente forma: *Los datos personales deben ser recopilados para una finalidad determinada, explícita y lícita. El tratamiento de los datos personales no debe extenderse a otra finalidad que no haya sido la establecida de manera inequívoca al momento de su recopilación (...)* (art. 6). A su turno, el Reglamento de la LPDP (DS.003-2013-JUS), puntualiza

101 PRECIADO DOMÉNECH, Op. cit., p. 236.

102 Ídem, pp. 237-237.

103 RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, Op. cit. pp. 282-283

104 Recomendación del Consejo de Ministros de la Unión Europea, citada por FERNÁNDEZ TORRICO, Op. cit., p. 321.

que (...) se considera que una finalidad está determinada cuando haya sido expresada con claridad, sin lugar a confusión y cuando de manera objetiva se especifica el objeto que tendrá el tratamiento de datos personales (R-LPDP, art.8). El mismo precepto indica que *Tratándose de bancos de datos personales que contengan datos sensibles, su creación solo puede justificarse si su finalidad además de ser legítima, es concreta y acorde con las actividades o fines explícitos del titular del banco de datos personales.*

En tercer lugar, debe observarse el Principio de proporcionalidad con arreglo al cual *Todo tratamiento de datos personales debe ser adecuado, relevante y no excesivo a la finalidad para la que estos hubiesen sido recopilados* (LPDP, art. 7). El Principio de proporcionalidad debe garantizar (...) *un equilibrio entre la finalidad legítima perseguida y el impacto sobre los derechos fundamentales de los trabajadores*¹⁰⁵.

Finalmente, resulta especialmente relevante el Principio de seguridad el cual reclama que *El titular del banco de datos personales y el encargado de su tratamiento deben adoptar las medidas técnicas, organizativas y legales necesarias para garantizar la seguridad de los datos personales. Las medidas de seguridad deben ser apropiadas y acordes con el tratamiento que se vaya a efectuar y con la categoría de datos personales de que se trate* (LPDP, art. 9). La especial incidencia sobre los derechos fundamentales del trabajador que tiene el tratamiento de sus datos sensibles impone al empleador el deber de garantizar la seguridad e inviolabilidad de esos datos.

De acuerdo a estos criterios habrá que descartar aquellos controles biométricos que resulten intensamente intrusivos en el ámbito de la intimidad y la libertad misma del trabajador. En este sentido, en el caso específico del control de la jornada y horario de trabajo, así como del acceso a instalaciones o zonas dotadas de una seguridad especial, parece susceptible de ser utilizado el control mediante la huella dactilar mientras que sobran argumentos para rechazar el control mediante el iris del trabajador.

105 RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Op. cit., p. 283.

En el primer caso, la jurisprudencia española ha legitimado el uso del control mediante la huella dactilar señalando, en primer lugar, que “un mecanismo de lectura biométrica de la mano mediante un escáner que utiliza rayos infrarrojos y que es inocuo para la salud no puede considerarse lesivo para el derecho a la integridad física y moral”. Señala, asimismo, que con la aplicación de este control no se persigue la humillación o el propósito de envilecer a otros seres humanos ni se afecta la intimidad personal por cuanto no supone una intromisión ilegítima en la esfera privada. Agrega, también, que su finalidad es legítima al permitir el control del cumplimiento del horario de trabajo de los empleados públicos¹⁰⁶. Sin embargo, este criterio no se encuentra pacíficamente aceptado por todos los organismos vinculados a la protección de datos personales de ese país, algunos de los cuales consideran que su aplicación debe estar condicionada a una evaluación del impacto que tiene sobre la protección de datos, lo cual debe hacerse en cada situación concreta¹⁰⁷. Ello lleva a concluir que “La necesidad del tratamiento de datos biométricos **no puede ampararse en una necesidad general** de controlar la jornada laboral, o cumplir el contrato, **sino en la necesidad del caso concreto**, que habrá de conllevar la acreditación de que no existen medios igualmente idóneos y menos injerentes en el derecho a la protección de datos de las personas interesadas”¹⁰⁸.

Debiendo acreditarse la “necesidad” en el “caso concreto” del uso de controles biométricos, para lo cual deberá evaluarse el impacto de dicha medida sobre los derechos fundamentales del trabajador, cabe preguntar

106 FERNÁNDEZ ORRICO, Op. cit., pp. 308-309.

107 La Agencia Catalana de Protección de Datos en el Dictamen CNS 63/2028, de 14 de febrero de 2019, señala lo siguiente: “La inclusión de los datos biométricos, entre ellas las de la huella dactilar (...) no permite concluir de manera automática que la implantación de un sistema de control horario basado en la recogida de este tipo de datos pueda considerarse proporcionado, y, por tanto, conforme con el principio de minimización. Hay que hacer una evaluación del impacto sobre la protección de datos a la vista de las circunstancias concretas en que se lleve a cabo el tratamiento para determinar su legitimidad y la proporcionalidad, incluido el análisis de la existencia de alternativas menos intrusivas, y establecer las garantías adecuadas” (Vid. PRECIADO DOMÉNECH, Op. cit, p. 238).

108 Ídem, p. 236.

si el poder de dirección resulta suficiente para legitimar esa decisión, esto es, si en virtud de la sola decisión del empleador se pueden implantar formas de control de los trabajadores que representan una grave amenaza al ejercicio de sus derechos fundamentales. A nuestro juicio, la respuesta debe ser negativa. Ya hemos visto que el poder de dirección no es un poder omnímodo, sino que tiene límites internos o funcionales y límites externos que derivan del ordenamiento legal aplicable a la relación laboral, y que dentro de estos últimos ocupan el primer lugar los derechos fundamentales. La grave amenaza a los derechos fundamentales que puede derivarse de la utilización de medios de control biométricos no consiente que el mero interés empresarial, expresado en la decisión del empleador, resulte suficiente para justificar esa decisión, pues difícilmente esta tendrá un carácter objetivo. Es preciso por ello, que sea la autoridad de trabajo la que autorice al empleador la implantación de esta clase de controles en base a la evaluación de su impacto sobre los derechos fundamentales que efectúe la Autoridad Nacional de Protección de Datos.

Desde luego que en caso que el control a establecer sea el del iris la situación es muy diferente en razón de que como se afirma “(...) la primera fase de recogida y tratamiento de los datos biométricos podría hacer peligrar los derechos fundamentales de los trabajadores al suponer riesgos para su vida privada, así, por ejemplo, el iris puede revelar el consumo de drogas y de alcohol o el padecimiento de enfermedades como hipertensión o diabetes”¹⁰⁹. La mera posibilidad de obtener datos atinentes a la salud del trabajador, con la evidente intrusión en su vida privada que ello supone, convierte a esta clase de control no en una simple amenaza sino en una vulneración concreta de su derecho a la intimidad y, asimismo, a la igualdad de oportunidades y no discriminación pues resulta obvio que el conocimiento que el empleador tenga acerca de la salud del trabajador puede llevarlo a adoptar decisiones que contengan un sesgo discriminatorio.

Ni siquiera sería suficiente, para poder aplicar este control biométrico, obtener el consentimiento expreso y escrito del trabajador, pues es

109 FERNÁNDEZ ORRICO, Op. cit., p. 312.

bien sabido que teniendo éste una situación de subordinación respecto del empleador, la manifestación de su voluntad se revela insuficiente para justificar una medida lesiva de derechos fundamentales. Tampoco se podría justificar en la supuesta “necesidad” de la medida en el marco de una relación contractual pues, de un lado, es evidente que existen muchas otras – incluso el propio control mediante la huella dactilar- que resultan menos gravosas para los derechos fundamentales del trabajador, y, por otro lado, ninguna “necesidad” de la empresa (siempre basadas en criterios de eficiencia o ahorro de costos), puede justificar la vulneración de aquellos derechos. Recordemos que el artículo 23 de la Constitución señala que *Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador*. Ello significa que aun cuando en virtud del contrato de trabajo el trabajador reconozca al empleador el poder de dirección, que comprende la facultad de vigilar su actividad, “(...) el consentimiento otorgado al celebrar el contrato de trabajo, si bien convierte al trabajador en sujeto pasible de ese control, no convierte *a priori* las medidas de control en legítimas, porque éstas han de realizarse necesariamente, respetando su dignidad e intimidad, la cual solo se puede medir en situaciones concretas y ponderando las circunstancias y los medios utilizados”¹¹⁰.

4.5. Gestión mediante algoritmos

Se arguye a favor del uso por los empleadores de los algoritmos para adoptar decisiones la rapidez, economía y objetividad de las mismas¹¹¹; se señala, también, que facilita y automatiza la toma de decisiones empresariales en base al gran volumen de información obtenido gracias a la videovigilancia, la geolocalización, los wearables y los sistemas *on line* de evaluación del empleado¹¹².

110 PACHECO ZERGA, LUZ, 2007. *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*. Pamplona: Editorial Aranzadi S.A., p. 261.

111 PAZOS PÉREZ, Op. cit., p. 488.

112 FERNÁNDEZ GARCÍA, Op. cit., p. 507.

Sin embargo, no deja de cuestionarse la presunta objetividad y neutralidad de estas decisiones pues la programación inicial de los algoritmos es hecha por humanos los cuales pueden incorporar parámetros que reflejen los criterios subjetivos de estos. En efecto “(...) la programación del algoritmo puede condicionar su presunta objetividad, según quién y cómo almacene esos datos, pudiendo dar lugar, de forma voluntaria o involuntaria, a discriminaciones y vulneraciones de derechos fundamentales de los trabajadores”¹¹³. De esta manera, aunque se prohíba utilizar datos referentes a afiliación sindical, religión, sexo, orientación sexual o discapacidad, es posible que los algoritmos obtengan estos datos a través de otros datos¹¹⁴. Por esta razón, la OIT advierte que “(...) los algoritmos utilizados para la asignación de puestos de trabajo pueden reproducir sesgos y prejuicios históricos”¹¹⁵.

El uso de los algoritmos con los “sesgos y prejuicios” a que se refiere la OIT, conlleva al fenómeno que se ha denominado “discriminación algorítmica”¹¹⁶. Esta se puede producir por varias razones, que apunta Fernández García¹¹⁷ y que exponemos a continuación. En primer lugar, el algoritmo puede inferir determinadas características personales basándose en datos como los registros digitales de la conducta humana como es el caso de la navegación en Internet o publicaciones en redes sociales, a partir de las cuales puede obtener información sobre cuestiones tales como afiliación sindical, religión, sexo, orientación sexual, discapacidad y otras, pese a que esté prohibido recopilar esos datos. En segundo lugar, para la construcción del algoritmo se necesitan datos que pueden estar influidos por criterios discriminatorios, pues el algoritmo al tomar la realidad como criterio de aprendizaje al momento de procesar los datos obtendrá resul-

113 PAZOS PÉREZ, Loc. cit.

114 Ibidem.

115 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2019. *Trabajar para un futuro más prometedor. Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, p. 46.

116 FERNÁNDEZ GARCÍA, Op. cit., p. 512.

117 Ídem, pp. 513-514.

tados que perpetúen sesgos existentes en la sociedad.¹¹⁸ En tercer lugar, como la ciencia de la estadística concede mayor valor a las decisiones que se toman con la mayor cantidad de información disponible, lo cual supone que habrá menos datos al alcance respecto de las minorías de la sociedad (raza, religión, orientación sexual) ello implicará que el algoritmo se incline o por tomar una decisión a favor del colectivo mayoritario o por elevar las exigencias para inclinarse por el minoritario.

El algoritmo no sólo es capaz de discriminar -mediante una decisión automatizada- sino, también de favorecer la discriminación cuando es una persona humana quien adopta la decisión basándose en un análisis automatizado. Al respecto la doctrina considera que “cuando la intervención humana se limita a aplicar la decisión tomada por el algoritmo seguimos encontrándonos ante una decisión tomada únicamente por el sistema automatizado”¹¹⁹.

En España, aunque las normas del derecho comunitario europeo no obstante prohibir en general la toma de decisiones, la autorizan cuando sea necesaria para la celebración o ejecución del contrato de trabajo, la doctrina imperante conceptúa que solo puede usarse en las etapas iniciales de un proceso de selección cuando hay muchos postulantes pero no en aquellas decisiones en las que pueda actuar un ser humano de forma significativa como es el caso de un despido, un ascenso o un bono salarial aplicable a pequeño grupo de trabajadores¹²⁰.

Ante esta problemática, la OIT demanda “(...) elaborar una reglamentación que regule el uso de los datos y la responsabilidad exigible en cuanto a la utilización de los algoritmos en el mundo del trabajo”¹²¹.

118 “Un ejemplo patente es el análisis de los “casos de éxito” (identificación de las características principales de los mejores en un ámbito) de una profesión concreta muy masculinizada, cuyos datos inevitablemente responderán al perfil del varón, pudiendo inducir al algoritmo a pensar que para ser exitoso es necesario ser de ese sexo o comportarse como ese género” (Ídem, p. 513).

119 TODOLI SIGNES, Adrian, citado por FERNÁNDEZ GARCÍA, Op. cit., p. 514.

120 Ibidem.

121 OIT, Loc. cit.

Afirma, asimismo: (...) nos adherimos a un enfoque de la inteligencia artificial “bajo control humano” que garantice que las decisiones finales que afectan al trabajo sean tomadas por seres humanos y no por algoritmos. El ejercicio de la gestión, vigilancia y control a través de algoritmos, mediante sensores, dispositivos corporales y otras formas de control, debe ser regulado para proteger la dignidad de los trabajadores. El trabajo no es una mercancía; así como tampoco el trabajador es un robot”¹²².

4.6. El control a distancia por medios audiovisuales

Las nuevas tecnologías han puesto a disposición del empleador nuevos instrumentos para controlar y vigilar su ambiente de trabajo y a los trabajadores, sin necesidad de hacerlo de una manera presencial. Una forma de vigilancia, especialmente sensible en relación al respeto de la dignidad e intimidad del trabajador que se realiza no mediante personas – supervisores, agentes de seguridad y vigilancia, espías y confidentes- es la que se efectúa mediante equipos o aparatos capaces de captar o grabar la imagen y sonido, de modo que los movimientos, gestos, actitudes y expresiones del trabajador puedan ser vistos y oídos, sin conocimiento de éste. Se trata de un “control a distancia”, cuyo potencial lesivo de la dignidad e intimidad del trabajador es muy elevado. Goñi considera, por ello, que “La instalación de una telecámara que controle todos los movimientos y actos del trabajador constituye uno de esos procedimientos odiosos que comporta en sí una agresión intolerable a la vida del trabajador”¹²³ y Sala opina que salvo casos extremos de necesidad por razones de seguridad, como las “cajas negras” en los aviones, “(...) la instalación de aparatos auditivos (micrófonos, sistemas de grabación de imagen y sonido, escuchas de teléfono, etc.) atenta gravemente contra el derecho de intimidad del trabajador.”¹²⁴

122 Ibidem.

123 GOÑI SEIN, “El respeto...” Op. cit., p. 146.

124 SALA FRANCO, Tomás, 1999. “El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral”. En *Trabajo y Libertades Públicas*. Efraín Borrajo Dacruz (Director). Madrid: La Ley-Actualidad S.A. p.p. 220-221.

Sin embargo, no siempre la instalación de un equipo de grabación podrá considerarse lesiva de la intimidad del trabajador. Ello dependerá de la finalidad para la cual se emplee dicho equipo, pues en ocasiones esta no será la vigilancia del trabajador sino garantizar la seguridad de la empresa o la de los propios trabajadores, aunque indirectamente estos resulten observados. Al respecto, es necesario distinguir, por un lado, entre las zonas o áreas de la empresa que pueden ser vigiladas y, de otro, entre los distintos momentos que se suceden durante la jornada laboral, en que puede ejercerse dicha observación.

Respecto a lo primero, es necesario establecer, en todo centro de trabajo, una primera gran distinción entre las áreas o zonas en que los trabajadores realizan su labor y aquellas otras en que realizan actividades ajenas a ésta, de índole personal o, incluso, íntimo. En el caso de éstas últimas, parece indiscutible, por injustificado, que resulta ilegítimo colocar telecámaras o equipos de grabación del sonido, por no estar destinadas al trabajo, sino a actividades privadas del trabajador, como ingerir sus alimentos (comedores), cambiarse de ropa (vestuarios), descansar (áreas de esparcimiento), realizar sus necesidades fisiológicas (baños) y otras semejantes.¹²⁵ También las actividades sindicales, que se realicen en la sede sindical que estuviera ubicada dentro de la empresa, debe quedar excluida de esta clase de vigilancia que, por añadidura, sería lesiva de la libertad sindical.¹²⁶

Respecto a las áreas en que se realiza el trabajo, es factible realizar una segunda distinción, en este caso entre aquellas en que la labor se realiza en contacto directo con el público o que están abiertas a éste, así como,

125 Cf. GOÑI SEIN, “El respeto...” Op. cit., pp. 325-326. Concluye, este autor que “*En definitiva el trabajador, al igual que cualquier otro ciudadano, tiene derecho a un espacio reservado de intimidad en el lugar de trabajo.*” (Ibidem)

126 El Comité de Libertad Sindical de la OIT señala que “*El derecho de las organizaciones profesionales a celebrar reuniones en sus locales para examinar cuestiones profesionales, sin autorización previa y sin injerencia de las autoridades, constituye un elemento fundamental de la libertad de asociación (...).*” (**Oficina Internacional del Trabajo, “La Libertad Sindical”** Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Quinta Edición (revisada), 2006, Ginebra, p. 31, núm. 130.)

también aquellas, que sin permitir el acceso del público albergan operaciones de peligro, de aquellas otras en que la labor se lleva a cabo en zonas internas, sin acceso ni contacto personal del trabajador con los usuarios o consumidores. Respecto a las áreas internas de trabajo, es innegable que la exigencia de respeto de la dignidad e intimidad del trabajador lleva a rechazar la utilización de esta forma de vigilancia, de modo tal que “Todo conocimiento (...) subrepticamente alcanzado por el empresario mediante la utilización de aparatos audiovisuales clandestinamente colocados con el fin de sorprender al trabajador, amén de constituir un abuso incompatible con el respeto de la dignidad e intimidad, debe considerarse ilegítimo.”¹²⁷

Esta es la posición que adopta la ley laboral italiana que prohíbe “(...) el uso de instalaciones audiovisuales y de otros aparatos con finalidades de control a distancia de la actividad de los trabajadores.”¹²⁸ Es evidente que la utilización de estos equipos en dichas zonas sólo puede tener como finalidad la de ejercer un control, a distancia y oculto, sobre la actividad de los trabajadores. Por esta razón, se ha puntualizado que “En tal caso estamos ante un control denominado “intencional”, pues su único objetivo es llevar a cabo un control absolutamente prohibido por la norma, esto es, de la actividad de los trabajadores.”¹²⁹ La jurisprudencia española señala que aparte de las áreas en que el trabajador realiza actividades privadas o íntimas, las formas de vigilancia a distancia deben excluir las zonas de

127 GOÑI SEIN, “El respeto...”, Op. cit., p. 149. “(...) *hay que tener en cuenta - afirma este autor- que el trabajador tiene derecho a unos márgenes irreductibles e inderogables de intimidad en el lugar de trabajo. En el desempeño de su actividad, el trabajador realiza en la seguridad de no ser observado una serie de actos que forman parte de su vida privada y que muy probablemente no los realizaría si tuviera conocimiento de su observancia clandestina.*” (Ibidem)

128 Statuo dei lavoratori, artículo 4.1.

129 FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Sonia, 2005. “Variaciones sobre el poder de control a distancia: el espejo de la madrastra”. En *El Poder de Dirección del Empresario: Nuevas Perspectivas*. Ricardo Escudero Rodríguez (Coordinador). Madrid: La ley-Actualidad S.A., p. 87. Goñi agregará que “*La absoluta prohibición de este tipo de controles emana del propio derecho subjetivo de la persona a la intimidad. Los trabajadores uti singuli son portadores como cualquier ciudadano del derecho a no ser fiscalizados ilegítimamente en la vida privada y al respeto de su imagen en los momentos de su vida privada y fuera de ellos (...).*” (GOÑI SEIN, Op. cit., p. 148)

trabajo habitual porque aun cuando la actividad que el trabajador realiza no pertenecen estrictamente a su esfera privada “(...) es factible en ocasiones, acceder a informaciones atinentes a la vida íntima y familiar del trabajador (...) que pueden resultar lesivas del derecho a la intimidad personal protegido por el artículo 18.1 CE”¹³⁰.

Distinta situación es la que se presenta en las áreas de la empresa a las que tiene acceso el público o en que se realizan labores que conllevan peligro, en las cuales la protección de los propios trabajadores, de los clientes y de los bienes de la empresa justifica medidas especiales de vigilancia. En este sentido, la ley italiana admite el control mediante esos equipos pero únicamente por exigencias organizativas y productivas o de seguridad.¹³¹ Se destaca, por ello, que en este caso el control que se ejerce es “pre-intencional” porque su legitimidad deviene de que el control tolerado por la norma “(...) no se refiere a la prestación ni al comportamiento del trabajador, sino que viene destinada a la tutela del patrimonio empresarial y de seguridad en el trabajo, traducido - a la inversa - en una necesidad de protección y seguridad del trabajador.”¹³² Es el caso, por ejemplo, de las áreas de atención al público, en bancos, aeropuertos, terminales marítimos y terrestres, o en una joyería, y, en general, en los establecimientos comerciales de grandes dimensiones o, para el caso de los equipos de audición, los centros de llamadas (*call centres*); pero también, en zonas de

130 CAMAS RODA, Ferrán. “La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral”. En *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*. 2004. ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón y Ricardo ESTEBAN LEGARRETA (Coordinadores). Alicante: Editorial Bomarzo, p. 166.

131 El artículo 4.2 del Statuto dei lavoratori, dice lo siguiente. “Las instalaciones y los aparatos de control requeridos por exigencias organizativas y productivas o bien por la seguridad del trabajo, pero de los que derive también la posibilidad del control a distancia de la actividad de los trabajadores, pueden ser instalados solamente previo acuerdo con las representaciones sindicales de empresa o bien, a falta de ésta, con la comisión interna. En defecto de acuerdo, a instancia del empleador, provee la Inspección de Trabajo, estableciendo cuando sea necesario, las modalidades para el uso de tales instalaciones.”

132 FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Op. cit., p. 88

labor ajenas al contacto con el público que realizan actividades peligrosas para la integridad física.¹³³

Tutelar la seguridad de personas y bienes, así como prevenir y perseguir la violencia o el delito es la finalidad que se atribuye a la videovigilancia en el Decreto Legislativo No 1218 que regula el uso de las cámaras de videovigilancia. Este obliga a instalar estos sistemas en los bienes de dominio público, vehículos de servicio de transporte público de pasajeros y establecimientos comerciales abiertos al público con un aforo de cincuenta personas o más (D. Leg 1218, art. 1). De manera específica, la norma mencionada obliga a los propietarios privados de centros comerciales, tiendas por departamentos, entidades financieras, instituciones educativas o culturales, institutos superiores, universidades, establecimientos de salud, entre otros, destacando que la instalación de cámaras de videovigilancia se realiza (...) *acorde con la finalidad de garantizar la seguridad de los consumidores y prevención e investigación del delito* (D. Leg. 1218, art, 9)¹³⁴.

La instalación de estos equipos en las áreas indicadas, no obstante, debe estar sujeta a dos límites: el conocimiento previo por los trabajadores y la limitación de su uso para los fines de seguridad ya mencionados, lo que conlleva, en el primer caso, a no admitir la colocación clandestina de esos equipos y, en el segundo, a que “(...) los datos obtenidos de instalaciones que entren dentro del campo de aplicación del control “preterintencional” podrán ser utilizados sólo para satisfacer exigencias productivas, organizativas, o relativas a la seguridad, que son aquellas que legitiman el uso de tales medios (...).”¹³⁵ En este sentido, el control mediante estos equipos,

133 “El control de una máquina particularmente peligrosa o de un horno que desprende un fuerte calor o exhalaciones nocivas y peligrosas, o de algunos sectores de actividad de fabricación de explosivos, puede útilmente efectuarse a distancia mediante instalaciones de telecámaras en los puntos más peligrosos en los que el trabajador se encuentra expuesto a graves peligros.” (GOÑI SEIN, “El respeto...” Op. cit., pp. 141-142).

134 No quedan exceptuados de esta obligación las entidades privadas cuando administren o tengan en concesión bienes de dominio público como puede ser el caso de playas, infraestructura vial, escuelas, hospitales, estadios, espacios culturales, cementerios, puertos y aeropuertos, conforme lo estipula el artículo 7 del D. Leg. 1218.

135 FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Op. cit., p. 89.

debe ser efectuado de una manera “correcta y leal”, de tal modo que la eventual afectación de la intimidad del trabajador “(...) no represente más que un “efecto meramente accidental”, nunca un producto primario buscado de forma encubierta.”¹³⁶

En cambio, en las zonas de trabajo de la empresa, sin acceso del público o no expuestas a situaciones especialmente peligrosas para la vida, salud o integridad de los propios trabajadores, ni siquiera con conocimiento de estos puede aceptarse la colocación de aparatos audiovisuales de grabación, porque esta modalidad de control, es susceptible de generar en el trabajador un “(...) estado de tensión continuo por la autocensura en las micropausas (presentes en toda prestación de servicios; no se olvide que el trabajo del hombre es ante todo humano) que debe imponerse”, se transforma en un medio instrumentalizador del ser humano.”¹³⁷

En cuanto a la oportunidad en que puede realizarse el control durante la jornada de trabajo, es necesario, también, diferenciar entre aquellos destinados a la prestación del servicio y los que el trabajador dedica a actividades privadas. El respeto a la dignidad e intimidad del trabajador, impide que el empleador someta al trabajador a una vigilancia permanente que abarque, incluso, aquellos momentos en que éste interrumpe su labor para realizar una actividad privada, como es el caso del cambio de ropa, satisfacer sus necesidades fisiológicas, ingerir sus alimentos o disfrutar de una pausa de esparcimiento, así como, igualmente, participar en una reunión de trabajadores o asamblea sindical.¹³⁸ Al respecto, el D. Leg. 1218 puntualiza que *Las cámaras de videovigilancia no deben captar*

136 GOÑI SEIN, “El respeto...” Op. cit., p. 144.

137 Ídem, pp. 26-27.

138 “Cabría suponer una violación de la dignidad cuando la actividad de control aplicada con fines técnicos llegara a anular todo margen de intimidad del trabajador en la empresa, esto es, cuando el trabajador fuera observado constantemente, “también en los momentos de distracción y de inactividad que están naturalmente presentes en cualquier trabajo y que deben tolerarse porque la misma producción debe adecuarse a estos límites, que son los límites de aplicación del trabajo humano.” (Ídem, p. 144).

o grabar imágenes, videos o audios de espacios que vulneren la privacidad o intimidad de las personas (art. 10)¹³⁹.

4.7. El control sobre los dispositivos digitales proporcionados al trabajador

El uso habitual y generalizado de dispositivos digitales como medio de trabajo, que la empresa pone a disposición del trabajador, plantea la cuestión de hasta dónde puede llegar la facultad de control del empleador sin afectar los derechos fundamentales del trabajador. Resulta indudable que le asiste al empleador la facultad de controlar que los equipos informáticos que proporciona al trabajador sean usados para la finalidad a que están destinados, esto es, a facilitar la realización de las labores encomendadas al trabajador; pero también es innegable que en la medida en que a través de esos dispositivos el trabajador puede efectuar comunicaciones de carácter personal al acceso por parte del empleador a éstas puede conllevar la vulneración de sus derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

Un aspecto estrechamente ligado al derecho a la intimidad es el que se refiere a las comunicaciones privadas del trabajador en el centro de trabajo con otros trabajadores o desde el centro del trabajo hacia personas ajenas a éste. En nuestro ordenamiento constitucional, el secreto de las comunicaciones privadas se encuentra protegido por el derecho específico de toda persona “Al secreto y la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.” enumerado en el numeral 10 del artículo 2º CP, mientras que al derecho a la intimidad personal y familiar se refiere el numeral 7 del mismo precepto. No obstante, con los matices que la doctrina expone al respecto, no puede negarse que existe una innegable conexión entre la protección de la intimidad personal y el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados.

139 El Reglamento del Decreto Legislativo 1218 y de la Ley 30120, aprobado por el Decreto Supremo N.º 007-2020-IN, dispone en el artículo 5., 5.1, que *Las cámaras de videovigilancia no deben captar o grabar imágenes, videos o audios del interior de viviendas, baños, espacios de aseo, vestuarios, vestidores, zonas de descanso, ambientes donde se realiza la atención de salud de las personas, entre otros espacios protegidos por el derecho a la intimidad personal y determinados por la norma de la materia.*

Este derecho fundamental puede resultar afectado cuando los procedimientos de control conduzcan a algún grado de interceptación de las comunicaciones del trabajador o permitan conocer, *a posteriori*, el contenido de éstas.

En opinión de Martínez Fons la vulneración de este derecho no necesariamente supondrá la del derecho a la intimidad pues, como lo señala, el derecho del secreto a las comunicaciones posee un “carácter formal”, esto que la tutela que dispensa es independiente del contenido material del mensaje, por lo que “Toda comunicación es, de este modo, secreta, aunque sólo algunas, como es obvio, serán íntimas.”¹⁴⁰ A la inversa, en el supuesto de un levantamiento del secreto, dispuesto judicialmente, o con consentimiento del trabajador, si el contenido de la comunicación reviste un carácter íntimo, el empleador o quien lo conozca no puede revelarlo o divulgarlo porque continúa perteneciendo a la esfera íntima de los comunicantes.¹⁴¹

De otro lado, el elegir un determinado sistema de comunicación, sobre todo aquellos que permiten la comunicación directa y personal entre los sujetos, excluyendo a los terceros, aquellos ejercen una opción destinada a dotar de reserva y confidencialidad su comunicación, aunque esta no se refiera a aspectos íntimos de aquellos y, con mayor razón, si se refiere a éstos. Esta expectativa de confidencialidad y secreto es la que resulta protegida por el artículo 2.10 CP.

Como es natural, no todas las comunicaciones que se producen en el centro de trabajo o desde este hacia el exterior están referidas a la actividad laboral en sentido estricto. También existen comunicaciones privadas

140 MARTÍNEZ FONS, Op. cit., p. 135.

141 Ídem., pp. 178-179. Precisa MARTÍNEZ FONS lo siguiente: “En otras palabras, la ampliación del ámbito subjetivo de difusión de los elementos integrantes del proceso comunicativo no representa consentir la difusión incontrolada de las informaciones dominadas por los sujetos intervinientes en la comunicación. Consiguientemente, resultará proscrita la revelación, así como cualquier utilización de lo conocido gracias al levantamiento del secreto de las comunicaciones. El consentimiento, en este sentido, únicamente viene referido a la comunicación y a su contenido en relación con el supuesto concreto.” (Ibidem)

que se desarrollan entre los trabajadores o entre éstos y personas ajenas al centro de trabajo, como familiares o amigos.

Por ello, es importante distinguir entre comunicaciones personales, o privadas, y comunicaciones comerciales. La diferencia entre unas y otras radica en su contenido. Las primeras son aquellas que, por su contenido, son ajenas a la prestación laboral del trabajador y las segundas aquellas que este debe realizar para cumplir su prestación laboral.¹⁴² Hoy en día, son cada vez más intensas las comunicaciones que los trabajadores realizan en nombre de la empresa como parte de su actividad laboral, y en muchas ocasiones ésta consiste, principal o exclusivamente, en realizar comunicaciones.

Parece evidente que las primeras, son ajenas al poder de control del empleador, por lo cual en ejercicio de éste el empleador no puede interceptarlas ni interferir en ellas, salvo cuando el objeto de su control no sea, estrictamente, su contenido, sino detectar el eventual uso indebido por el trabajador de los equipos de comunicación de la empresa o el mal uso del tiempo que aquel debía dedicar a sus labores para realizar conversaciones personales.

Por ello, la hipótesis de que las medidas de control puedan lesionar la intimidad del trabajador y el secreto de sus comunicaciones, sólo emerge cuando aquellas al incidir sobre las comunicaciones comerciales o el uso que el trabajador hace de los equipos de comunicación puestos a su disposición para trabajar, constituyan una injerencia en las comunicaciones personales de éste.

142 MARTÍNEZ FONS, las define así: “(...) comunicaciones personales” son todas aquellas que, con independencia de que se revelen secretos relativos a la intimidad de los comunicantes u opiniones políticas sindicales, no tengan por objeto, ya sea directa o indirectamente, el cumplimiento de las obligaciones laborales. Por consiguiente, gozan de tal carácter las comunicaciones entabladas entre los trabajadores de la empresa durante la jornada de trabajo y cuyo contenido esté desconectado del cumplimiento de la prestación. *A sensu contrario*, deberá adjudicárseles la naturaleza de comunicaciones comerciales a todas aquellas que razonablemente aparezcan relacionadas con el objeto de la prestación del trabajador.” (Ídem., p. 179.)

Esta circunstancia es especialmente compleja hoy día con el gran desarrollo de la informática, en razón del cual gran parte de los trabajadores usan permanentemente o, cuando menos, durante una gran parte de su jornada laboral, computadoras personales, que les posibilitan la navegación en Internet y el correo electrónico, que son los dos aspectos de esta forma de comunicación a los que vamos a referirnos.

Respecto a la navegación en Internet, para obtener datos e información útil que está disponible en la red, se plantea el hecho de que el trabajador puede acceder durante la jornada de trabajo, a páginas web ajenas a su actividad laboral, con el objeto de obtener información de utilidad personal o familiar o simplemente entretenerse, o por cualquier otra razón. En principio parece lícito que el empleador pueda implementar un mecanismo de control destinado a conocer si al navegar en la red el trabajador lo está haciendo como parte de su actividad laboral o para facilitarla con la obtención de la información que esta requiere, o si, por el contrario, lo hace con fines distintos, de carácter personal, y de esta forma, verificar el uso real del instrumento que se le proporciona para trabajar, así como el empleo del tiempo que debe destinar a su labor. Sin embargo, se estima que una forma de control que permita al empleador acceder al conocimiento de las páginas visitadas podría afectar la intimidad del trabajador al revelar el contenido de éstas, por lo que será necesario recurrir a procedimientos que permitan tutelar el interés del empleador, sin necesidad de afectar la intimidad del trabajador.¹⁴³

En el ámbito de las comunicaciones, la otra cuestión relevante es la que se refiere al control del uso del correo electrónico, a través del cual se producen las comunicaciones de la empresa con el exterior (clientes, proveedores, etc.) y al interior (entre trabajadores de la empresa). Al res-

143 “Gracias a las nuevas tecnologías que hoy disponemos es posible llevar a cabo un control sobre la navegación de los propios dependientes en la red, sin necesidad de lesionar la intimidad ni la libertad de los trabajadores y satisfaciendo el interés empresarial. Así, por ejemplo, se pueden utilizar dispositivos que reflejen el número de horas de conexión durante el tiempo de trabajo y las páginas web visitadas no relacionadas con la actividad laboral, sin necesidad de conocer el carácter de las mismas, hecho que respeta la intimidad del trabajador.” (FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Op. cit., p. 94.)

pecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia No 1058-2004-AA/TC, estableció sostuvo que “(...) aunque una empresa o entidad puede otorgar a sus trabajadores facilidades técnicas o informáticas a efectos de desempeñar sus funciones en forma idónea y acorde con los objetivos laborales que se persigue, no es menos cierto que cuando tales facilidades suponen instrumentos de comunicación y reserva documental no puede asumirse que las mismas carezcan de determinados elementos de autodeterminación personal, pues sabido es que en tales supuestos se trata del reconocimiento de condiciones laborales referidas a derechos fundamentales que, como tales, deben respetar las limitaciones y garantías previstas por la Constitución Política del Estado.”¹⁴⁴

A criterio del TC, del hecho de que la empresa sea propietaria del sistema de comunicación utilizado por el trabajador, no se puede concluir que este no se encuentra amparado por el secreto de sus comunicaciones, previsto en el artículo 2.10 CP, pues

Aunque, ciertamente puede alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo.¹⁴⁵

En tal sentido, la llamada “monitorización” o auditoría interna del correo electrónico, sin presencia de terceros, se considera ilegítima.¹⁴⁶ En

144 STC del 18 de agosto de 2004, Expediente N.º 1058-2004-AA/TC, FJ.17). El proceso de amparo que motiva la referida sentencia, está referido al despido de un trabajador a quien se acusa de haber utilizado la computadora puesta a su servicio para enviar mensajes de contenido pornográfico a otro trabajador de la misma empresa.

145 Ibid., FJ. 18).

146 Cfr. MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, 2005. “La protección de los derechos de la personalidad en los lugares de trabajo y nuevas formas de dominación en la era de la globalización”. En *Temas Actuales de Derecho Laboral*. Jorge Luís Collantes González ((Coordinador). Trujillo, Editora Normas Legales S.A.C., p. 276. Apoya este autor dicha afirmación

la STC antes mencionada, el hecho de que las autoridades de la empresa hubieran procedido a revisar la computadora del trabajador despedido, sin presencia de éste, a quien se le impidió ingresar a la empresa, fue considerado lesivo de su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas, pues, a su juicio, “(...) si se trataba de determinar que el trabajador utilizó su correo electrónico para fines opuestos a los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo era iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la imponía, para estos casos, la propia Constitución.”¹⁴⁷

Este criterio ha sido modificado en la 412/2020, la que, de forma expresa señala que “(...) una aplicación de la actual línea jurisprudencial seguida por este Tribunal conllevaría que el empleador no cuente con la posibilidad de controlar el contenido de las comunicaciones del correo electrónico institucional. Dicho con otras palabras, no tendría posibilidad alguna de monitorear si es que existe alguna filtración de información confidencial que pueda generar grandes perjuicios a la empresa” (STC 412/2020, FJ. 22).

La mencionada sentencia, pasa revista, glosa y asume explícitamente los criterios establecidos por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en el caso *Barbulescu vs Rumanía* y, también por el Tribunal Constitucional Español, en la sentencia 170/2013, y en función a estos antecedentes establece que se “(...) debe reconocer la facultad del empleador de fiscalizar e intervenir en el correo electrónico institucional si es que previamente ha comunicado al trabajador tanto de la posibilidad de la monitorización de sus comunicaciones a través de este medio, así como de las condiciones de uso permitido por la empresa”

en sentencias de los tribunales españoles.

147 STC de 18.08.2004, Op. cit., FJ. 21). En este mismo fundamento, la sentencia agrega: “La demandada, lejos de iniciar una investigación como la señalada, ha pretendido sustentarse en su sola facultad fiscalizadora para acceder a los correos personales de los trabajadores, lo que evidentemente no está permitido por la Constitución, por tratarse en el caso de autos de la reserva elemental a la que se encuentran sujetas las comunicaciones y documentos privados y la garantía de que tal reserva sólo puede verse limitada por mandato judicial y dentro de las garantías predeterminadas por la ley.”

(STC 412/2020, FJ. 29). Agrega que la intervención del empleador debe respetar ciertos criterios relacionados con “(...) el respeto del principio de proporcionalidad entre el fin que se persigue lograr con dicha intervención y la intensidad de la eventual vulneración o amenaza de violación del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones” (STC 412/2020, FJ. 30).

En la sentencia del caso *Barbulescu II vs Rumanía*, el TEDH, preciso las condiciones en las cuales debe efectuarse el control del empleador sobre las comunicaciones realizadas por el trabajador en el equipo informático institucional, las cuales son:

- a) El trabajador debe ser informado sobre la posibilidad de que el empleador tome medidas para revisar su correspondencia y comunicaciones en general. La advertencia debe ser clara y previa a cualquier acto de supervisión¹⁴⁸. El hecho de que exista en la empresa una prohibición general de uso de los dispositivos digitales para fines personales, no exime al empleador del deber de informar al trabajador sobre la posibilidad del control de sus comunicaciones, pues la sentencia del caso *Barbulescu II* puntualiza que “(...) es una vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones vigilar los mensajes enviados por un trabajador mediante medios propios de la empresa y acceder al contenido de los mismo, si no ha sido previamente informado de esta posibilidad, incluso si existían normas en la empresa que prohíban su utilización con fines personales”¹⁴⁹.
- b) Debe tenerse en cuenta el alcance de la supervisión y el grado de intrusión de ésta en la vida privada del trabajador. El TEDH afirma al respecto que debe evaluarse si la acción de control

148 TALÉNS VISCONTI, Eduardo Enrique, 2020. *Incidencia de las Redes Sociales en el ámbito laboral y en la práctica procesal*. Madrid: Lefevre-El Derecho S.A. p. 46.

149 LUQUE PARRA, Manuel, 2020. *Acceso a dispositivos digitales del trabajador facilitados por la empresa*. En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi, p. 359.

de las comunicaciones del trabajador se ha realizado “sobre la totalidad o solo una parte de ellas y si ha sido o no limitado en el tiempo y el número de personas que han tenido acceso a sus resultados”¹⁵⁰.

- c) Para que la supervisión proceda el empleador debe tener fundadas sospechas o argumentos legítimos para iniciar el control. No se trata, por ende, de un control habitual o rutinario, sino que deben existir “(...) razones legítimas para justificar la supervisión y el alcance de la misma. Cuanto más intrusivo sea el monitoreo, más importante será la justificación que se requiera”¹⁵¹.
- d) Si se ha aplicado el juicio de necesidad a efecto de determinar si existían medios menos intrusivos para obtener el resultado deseado, “(...) es decir que la conducta pueda acreditarse sin la necesidad de leer la correspondencia electrónica y entrar en el ordenador (...)”¹⁵².
- e) Las consecuencias que tiene para el trabajador la supervisión de sus comunicaciones. “Debe tenerse en cuenta, en particular, el uso que haga el empleador de los resultados del seguimiento y si dichos resultados se han utilizado para alcanzar el objetivo declarado de la medida”¹⁵³.
- f) Finalmente, se señala que “(...) cabe efectuar un **control de proporcionalidad** en sentido estricto, ofreciendo al trabajador todas las garantías de que se ha actuado de la forma menos intrusiva posible en la esfera de su intimidad”¹⁵⁴. Tales garantías “(...) podrán consistir entre otras cosas, en informar a los trabajadores afectados o a los representantes del personal sobre la instalación y el alcance de la supervisión, en una declaración de

150 TÁLENS VISCONTI, Loc cit

151 LUQUE PARRA, Op. cit., p. 390.

152 TALÉNS VISCONTI, Loc. cit

153 LUQUE PARRA, Loc. cit.

154 TALENS VISCONTI, Loc. cit.

tal medida a un organismo independiente o en la posibilidad de presentar una reclamación”¹⁵⁵.

Contrasta la enjundia del pronunciamiento de la Gran Sala del TEDH en el caso *Barbulescu II*, con la parquedad de la reciente sentencia 412/2020 de nuestro TC la cual se limita a condicionar la validez del control ejercido por el empleador sobre los equipos informáticos a la información previa al trabajador y al respeto del principio de proporcionalidad, sin precisar si también adopta el conjunto de criterios y garantías que dicha sentencia europea establece y que son glosados, de forma incompleta, en el fundamento 25 de la sentencia 412/2020.

En la sentencia 1058-2004-AA/TC, se estableció la necesidad de la intervención judicial para acceder a las comunicaciones del trabajador contenidas en la computadora con la que trabajaba, exigencia que parece haber sido dejada de lado con la STC 412/2020, pero esta no lo afirma explícitamente. Se limita a glosar una sentencia del Tribunal Constitucional Español en la que éste señala que el control empresarial debe realizarse con garantías, como por ejemplo la intervención de perito informático y notario, pero se inhibe de señalar si adopta expresamente estos criterios, es decir si, en lo sucesivo, será suficiente el control que efectúe el empleador en presencia de un perito informático, un notario u otro profesional o, acaso, una autoridad.

Como lo puntualiza el TEDH “(...) es una vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones vigilar los mensajes enviados por un trabajador mediante medios propios de la empresa y acceder al contenido de los mismos (...); y lo reitera nuestro tribunal constitucional al señalar que “(...) debe considerarse que cualquier intervención en las conversaciones privadas representa una vulneración del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones (STC, 412/2020, FJ. 33), razones por lo que la facultad de control del empleador de las comunicaciones del trabajador debe ejercerse dentro de límites estrictos, estar rodeada de las máximas garantías y ser, a su vez, objeto de control,

155 LUQUE PARRA, Loc. Cit.

incluso concurrente mediante la presencia de la inspección de trabajo en el acto mismo de control. No se puede dejar al criterio discrecional del empleador hacer uso de esta facultad en una materia en la que la lesión de derechos fundamentales es una posibilidad latente. La tutela de la dignidad del trabajador y de sus derechos fundamentales requiere que rijan parámetros estrictos, claros y mecanismos de control efectivos.

Lima, octubre de 2020.

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN SEVILLA, Verónica, 2026. “Implantación del chip subcutáneo: protección de datos, intimidad y libertad religiosa”. *Revista Bioderecho.es*. 2016, número 3.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, 2007. *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- CAMAS RODA, Ferrán. “La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral”. En *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*. 2004. ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón y Ricardo ESTEBAN LEGARRETA (Coordinadores). Alicante: Editorial Bomarzo.
- CRUZ VILLALON, Jesús, 2020. “El impacto de la digitalización sobre los derechos fundamentales laborales”. En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi.
- CUATRECASAS, Instituto de Estrategia Legal en RRHH, 2017. *Nuevas tecnologías y gestión de recursos humanos*. Madrid: Wolters Kluwer
- EUROFOUND & ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), 2029. “Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral”. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, 2020. “Trabajo, algoritmos y discriminación”. En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodrí-

guez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi.

FERNÁNDEZ ORRICO, 2020. “Límites a la biometría como medio de identificación y control de los trabajadores: necesidad de su regulación”. En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Sonia, 2005. “Variaciones sobre el poder de control a distancia: el espejo de la madrastra”. En *El Poder de Dirección del Empresario: Nuevas Perspectivas*. Ricardo Escudero Rodríguez (Coordinador). Madrid: La ley-Actualidad S.A.

FERREIRA DOS SANTOS, Vanda y Emilce Noemi SENA CORREA, 2004, “Advenimiento de la sociedad de la información y su repercusión en ámbito laboral, cultural y económico”. *Ciencias de la Información*. Volumen 35, número 1

GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana, 2014. “Algunas consideraciones sobre los derechos humanos en Internet. Su posible colisión con las medidas adoptadas para la protección de la propiedad intelectual”. En *Nuevas Tecnologías y Derechos Humanos*, 2014. Antonio Enrique PEREZ LUÑO (Editor). Valencia: Tirant lo blanch

GOÑI SEIN, José Luis, 1998. *El Respeto a la Esfera Privada del Trabajador. Un estudio sobre los límites del Poder de Control Empresarial*. Madrid: Editorial Civitas S.A.

GOÑI SEIN, José Luis, 2017. “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*, número 78, p. 2.

IGARTUA MIRÓ, María Teresa, 2020. “Digitalización, monitorización y protección de la salud: más allá de la “fatiga informática”. En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi.

- LUQUE PARRA, Manuel, 2020. Acceso a dispositivos digitales del trabajador facilitados por la empresa. En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi
- MARTIN VALVERDE, Antonio, Fermín RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ y Joaquín GARCÍA MURCIA, 2010. Derecho del Trabajo. Madrid: Tecnos,
- MARTÍNEZ FONS, Daniel, 2020. El poder de control del empresario en la relación laboral. Madrid: Consejo Económico y Social.
- MIÑARRO YANINI, Margarita, 2020. “El sistema de prevención de riesgos laborales como garantía de efectividad del derecho a la desconexión digital”. En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, 2005. “La protección de los derechos de la personalidad en los lugares de trabajo y nuevas formas de dominación en la era de la globalización”. En *Temas Actuales de Derecho Laboral*. Jorge Luís Collantes González (Coordinador). Trujillo, Editora Normas Legales S.A.C.
- NIETO SAINZ, Joaquín, 2019. “Innovación social y transición justa para una revolución tecnológica disruptiva”. En *El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social,
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2006. *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Quinta Edición (revisada). Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2015. “Informe I de la Conferencia Internacional del Trabajo”. *Iniciativa del centenario relativo al futuro del trabajo, 104ª reunión*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2019. *Trabajar para un futuro más prometedor. Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo
- PACHECO ZERGA, LUZ, 2007. *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*. Pamplona: Editorial Aranzadi S.A.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y Manuel ALVAREZ DE LA ROSA, 2018. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- PAZOS PÈREZ, 2020. “La reputación digital mediante algoritmos y los derechos fundamentales de los trabajadores”. En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi.
- PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco Javier y Javier THIBAUT ARANDA, 2001. *El Teletrabajo en España. Perspectiva jurídico laboral*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- PÉREZ GARCÍA, Francisco (Director), 2020. *Cambios tecnológicos, trabajo y actividad empresarial: el impacto socio económico de la economía digital*. Madrid: Consejo Económico Social de España.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. “Los derechos humanos ante las nuevas tecnologías”. En *Nuevas Tecnologías y Derechos Humanos*, 2014. Antonio Enrique PEREZ LUÑO (Editor). Valencia: Tirant lo blanch,
- POQUET CATALÁ, Raquel, 2013. *El actual poder de dirección y control del empresario*. Pamplona: Editorial Aranzadi.
- POQUET CATALÁ, Raquel, 2020. “Últimos perfiles del sistema de geolocalización como instrumento del empresario”. En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi.
- PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo, 2020. *Monitorización: GPS, Wearables y especial referencia a los controles biométricos para el registro horario. Aspectos procesales*. En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi.

- PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel, 2018. “Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión: claves teóricas y prácticas, *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, 5, 95-110. <https://doi.org/105565/rev/aiet.66>
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, 2020. “Registro de jornada mediante controles biométricos: un caso de incoherencia en el Derecho del Trabajo Digital”. En *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrian Todolí Signes (Directores). Pamplona; Editorial Aranzadi.
- SALA FRANCO, Tomás, 1999. “El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral”. En *Trabajo y Libertades Públicas*. Efraín Borrajo Dacruz (Director). Madrid: La Ley-Actualidad S.A.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio V, y Carolina SAN MARTÍN MAZZUCCONI, 2005. “Vigilancia Electrónica vs Derecho a la Intimidad y a la Propia Imagen (A propósito de las nuevas tecnologías en el marco laboral)”. En *Temas Actuales de Derecho Laboral*. Jorge Luís González Collantes (Coordinador). Trujillo: Editora Normas Legales S.A.C
- TALÉNS VISCONTI, Eduardo Enrique, 2020. *Incidencia de las Redes Sociales en el ámbito laboral y en la práctica procesal*. Madrid: Lefevre-El Derecho S.A.
- VIDA SORIA, José; José Luís MONEREO PÉREZ y Cristóbal MOLINA NAVARRETE, 2003. *Manual de Derecho del Trabajo*. Granada: Editorial Comares, S.L.