

# **FACULTADES DEL EMPLEADOR Y EL USO DE LA TECNOLOGÍA EN LAS RELACIONES LABORALES**

## **Aspectos procesales**

**DANIEL ULLOA MILLARES**

Doctor en Derecho por la Universidad Castilla-La Mancha, España.  
Profesor de derecho laboral en las universidades PUCP, ESAN y  
UNMSM. Socio del estudio De Las Casas y Ulloa ([www.dyu.pe](http://www.dyu.pe))



## 1. INTRODUCCIÓN

En primer lugar, quiero agradecer al Consejo Directivo de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y a la Comisión Organizadora del presente congreso por la invitación a participar en este evento tan especial, así como felicitarlos por el intenso trabajo realizado para que, a pesar del virus, este encuentro haya mantenido su convocatoria y periodicidad bienal.

En segundo lugar, quiero remitir un afectuoso saludo a todas las personas que han podido acompañarnos en este evento y desearles que todo les marche bien. Y a la vez quiero recordar a las personas que lamentable e injustificadamente han dejado este mundo por la pandemia, en especial a quien fuera el profesor Julio Gamero Requena, que en paz descanse.

## 2. EL TRABAJO

Paso a explicar el motivo de mi presencia hoy. Delimitado el objeto de mi intervención a los aspectos procesales del uso de la tecnología en las relaciones laborales podemos confirmar que la norma vigente, la ley N.º 29497, todavía llamada Nueva Ley Procesal del Trabajo a pesar que ya tiene varios años de vigencia, permite a cada parte la presentación de todo tipo de pruebas (testigos, peritos, documentos) siempre que se ofrezcan en la oportunidad pertinente (con la demanda o con la contestación) y que ellos se actúen en la audiencia respectiva, siendo sancionable ofrecer medios probatorios inexistentes.

Este precepto sigue el principio básico de que uno debe probar los hechos que afirma, en especial cuando se invoca alguna nulidad u hostilidad, así como la existencia de un daño. La carga de la prueba, en estricto, tal como lo afirma el profesor Paúl Paredes, “*no es sino la necesidad de*

*probar para vencer explicitada en la necesidad de ofrecer medios probatorios y aportar argumentos de prueba que no aseguran ventajas pero que tienden a superar el riesgo que significaría no lograr la formación de convicción respecto a los hechos que sustentan la pretensión en el órgano jurisdiccional.”<sup>1</sup>*

De ahí que una primera conclusión que podemos postular es que cada parte puede presentar cualquier prueba en el proceso, salvo las inexistentes. Y en cualquier momento, pues si bien la norma fija la oportunidad en que ello debe ocurrir, en la práctica los jueces deciden admitir muchas veces una prueba presentada extemporáneamente a pesar de que no sea de conocimiento o creación nueva, lo cual ha relajado la aplicación de la disposición citada.

En consecuencia, las pruebas relacionadas con las facultades del empleador y el uso de las tecnologías son, por mencionar las más conocidas las siguientes:

- Correos electrónicos.
- Sistemas de comunicación interna.
- Conversaciones de *Whatsapp* (antes el Yahoo! Messenger).
- Historial de visitas de páginas web en internet.
- Audios.
- Reportes de GPS.
- Cuentas de Facebook, Instagram, etc.

Normalmente estas pruebas se guardan o archivan en los teléfonos móviles (celulares), la computadora personal, la red de la empresa o en el internet, todas ellas protegidas por los derechos constitucionales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y documentos privados previsto en los numerales 7 y 19 del artículo 2. Así, en una antigua discusión generada por algunas sentencias emitidas por nuestro Tribunal Constitucional, en adelante “el TC”, (caso Serpost, sentencia de fecha 18 de agosto del 2004,

---

1 PAREDES PALACIOS, Paúl, *Prueba y presunciones en el proceso laboral*, Ara editores, Lima, 1997, p. 352.

expediente N.º 1058-2004; casos Telefónica, sentencias de fecha 10 de enero del 2012, expediente N.º 3599-2010 y expediente N.º 114-2011), la doctrina nacional reaccionó de manera dividida avalando o no la revisión del contenido de estos medios e inclusive los elementos externos de estos elementos (el historial). Recientemente, en la sentencia de fecha 14 de julio del 2020 emitida en el expediente N.º 943-2016-PA/TC, tres miembros del citado Tribunal han relajado su posición frente a esta revisión, permitiéndola siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos. Empero, este enunciado, tal como han señalado varios comentaristas, no constituye la sentencia del caso<sup>2</sup> pues la demanda fue declarada improcedente por la decisión de los cuatro miembros restantes. Este hecho debería reiterar nuestra atención y seguir puliendo nuestra comprensión lectora para evitar seguir titulares engañosos o arribar a conclusiones erradas.

Entonces, si entendemos sin mayor discusión que cada parte podrá presentar cualquier elemento que haya existido en su relación laboral, incluyendo con ello todos los arriba citados, analizaremos a continuación la problemática que genera cada uno, empezando por los más usuales. Y así pensaremos en el impacto que conlleva este desarrollo de la tecnología en el modelo que tenemos de proceso, de prueba y en general del derecho a un debido proceso.

No descartemos que estamos esencialmente ante documentos o pruebas de declaraciones. Si bien se señaló años atrás que el nuevo proceso laboral fue diseñado para que los medios probatorios de actuación estelar sean las declaraciones, principalmente de las partes<sup>3</sup>, y que la mayor dosis de oralidad vendría dada en la actuación probatoria<sup>4</sup>, lo cierto es que el proceso laboral (inclusive post covid) sigue siendo en materia de prueba esencialmente do-

2 La sentencia se puede ver aquí: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00943-2016-AA.pdf> Última visita: 1 de octubre del 2020.

3 QUISPE MONTESINOS, Carlos, “La oralidad como sustento de la reforma procesal en el Perú”, ponencia oficial presentada en el V congreso nacional SPDTSS, octubre del 2012, p. 419.

4 PAREDES PALACIOS, Paúl, “La oralidad como herramienta para el acceso a la justicia en el nuevo proceso laboral peruano”, ponencia oficial presentada en el V Congreso Nacional SPDTSS, octubre del 2012, p. 457.

cumental, dado que generalmente se buscan satisfacciones económicas (pago de remuneraciones, beneficios o indemnizaciones) las cuales se sustentan en alguna prueba documental a cargo del trabajador para sustentar su reclamo y del empleador para acreditar su cumplimiento. Resolver un caso solamente en base a testigos parecería bastante irreal en nuestra realidad, en especial por la poca confianza a este tipo de manifestaciones.

Entonces, como escribió Ricardo Palma, *carta canta*, esto es, para poder decidir una discusión, ganará quien acredita su derecho mediante la misiva pertinente<sup>5</sup>. O como se dijo recientemente, “papelito manda”.

Pero ¿y si no existen documentos? Años atrás el profesor Sandro Nuñez se preguntaba “¿qué ocurre si se presentan como medios probatorios un video, un audio y un facsímil?” para luego responderse que “el juez debe proceder a leer, escuchar o visualizar la parte pertinente del documento materia de actuación, consultando para tal efecto al oferente” logrando con ello “oralizar el documento” dejando constancia de ello en la grabación de la audiencia<sup>6</sup>, acción esta que supone para el citado autor un acto similar a la actuación de una prueba testimonial o una declaración de parte. Volver oral la prueba documental es, según Nuñez, conocer directamente el contenido del documento.

Veamos entonces estas pruebas, cómo podrían presentarse y *oralizarse*:

### 3. LAS PRUEBAS

- **El correo electrónico y los sistemas de comunicación interna**

Si la parte que presenta el mensaje ha participado de la conversación registrada en ella (sea como emisor o como receptor) no hay dudas que

5 La tradición “Carta canta” es la quinta de la tercera serie de la recopilación de las Tradiciones Peruanas. Se puede revisar en este enlace: [http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/tradiciones-peruanas-tercera-serie--0/html/01559788-82b2-11df-acc7-002185ce6064\\_4.html](http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/tradiciones-peruanas-tercera-serie--0/html/01559788-82b2-11df-acc7-002185ce6064_4.html). Última visita 28 de setiembre del 2020.

6 NUÑEZ PAZ, Sandro “La oralización de la prueba documental en la audiencia de juzgamiento”, ponencia libre presentada en el V Congreso Nacional SPDTSS, octubre del 2012, pp. 563-564.

pueda presentar la impresión de la misma. Los problemas surgen cuando se presenta el contenido de correos en los cuales no ha participado la parte que los ofrece.

Queda claro que el empleador no puede usar o imprimir los correos que existen en su sistema, si bien en la práctica tiene acceso a leer todo lo que figura en su servidor o dominio. El hecho que en la última sentencia del TC antes citada los miembros del tribunal que elaboraron el voto no acogido hayan reconocido la facultad de fiscalizar e intervenir en el correo electrónico institucional, ello lo aprueban siempre que haya sido previamente advertido al trabajador y que debe ser proporcional entre el fin que se busca lograr y la intensidad de la vulneración o amenaza al derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones<sup>7</sup>. No es, por tanto, una posición que permita la revisión descontrolada de estos mensajes, que en realidad constituyen la modernización de las cartas manuscritas en papel: es simplemente entender que el correo es una herramienta más que exige por parte del dueño el debido respeto a su contenido (como ocurre con los casilleros o los cajones de un escritorio). Y su intervención debe contar con un respaldo laboral claro.

Claro está que nos referimos a los aspectos internos de esta comunicación (el contenido) porque creemos que todos los elementos externos (ver más adelante nuestro comentario al uso de la computadora) si serían pasibles de ser expuestos como documentos sin autorización de los usuarios.

Lo mismo podríamos decir de los mensajes incluidos en las herramientas de comunicación interna, las cuales viajan y existen por cables antes que en un papel. Los chats de zoom, de Google meet, de blackboard, de intranet, todo puede ser susceptible de grabación y exhibición por lo que el usuario de las mismas no debería esperar la misma privacidad que le puede generar una conversación oral directa o el uso de alguna plataforma privada. Su ejercicio de la libertad de expresión debe ser pensado, adecuado y razonable, dado que no está utilizando bienes personales ni se encuentra en su tiempo libre. Alegar su derecho a la privacidad o a la

---

7 Numeral 29 de la ponencia del juez Espinoza en el exp. N.º 943-2016.

intimidad durante el desempeño de su relación laboral no debería generar una defensa absoluta sino que dependerá del caso concreto (por ejemplo, atender una urgencia en casa) y de la existencia de ciertos elementos (por ejemplo, el aviso anticipado). Esto no significa que aceptemos que el empleador puede revisar todo: él también debe comportarse de manera objetiva y razonable. Lo que llaman *ponderación*.

Por ejemplo, en un caso en el que se discutió el uso de la extinta aplicación de mensajería instantánea Yahoo! Messenger<sup>8</sup>, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió con sentencia de fecha 5 de setiembre del 2017, que un empleador no podía invadir ni intervenir, sin aviso, en este sistema de comunicación utilizado a su pedido por un trabajador y que debía buscar métodos menos invasivos o perjudiciales al derecho de intimidad del mismo. Esta posición, poco a poco fue cambiada por el citado tribunal, como veremos más adelante.

- **El teléfono celular**

Complejo aparato que nació siendo solamente teléfono y paulatina-mente, cual navaja multiusos suiza, empezó a incluir otros servicios tales como:

- Notas de voz.
- Mensajes.
- Agenda.
- Radio y televisión.
- Apps de comunicación, como *WhatsApp* o *We Chat*.
- Cámara fotográfica y de video grabación.
- Plataforma de juegos.

---

8 Demanda N.º 61496/08, Sr. Barbulescu contra Rumania. Se puede ver en el siguiente enlace: [http://portal.ugt.org/actualidad/2017/NEG\\_COL\\_NUM\\_31/S5.pdf](http://portal.ugt.org/actualidad/2017/NEG_COL_NUM_31/S5.pdf) Última visita: 29 de setiembre del 2020.

Ello sin perjuicio de no depender de un sitio fijo sino solamente de una señal de conexión. En todos estos casos la prueba supone una manifestación concreta, sea un audio grabado, una conversación grabada (al estilo de un espía), una foto, un “pantallazo”, todo lo que físicamente se pueda evidenciar para que un tercero que no forma parte de la comunicación pueda conocer estos hechos.

No parece generar muchos inconvenientes aceptar este tipo de pruebas, como se indicó antes, si uno participa de la conversación. Sin perjuicio de la facilidad de falsificar estas pruebas, lo cual veremos más adelante, ser el dueño del teléfono no permite al empleador entrometerse en las conversaciones que se den con él. Y lo manifestado en estos medios genera sin mayor problema efectos jurídicos.

El profesor uruguayo Federico Rosenbaum comenta un caso resuelto mediante sentencia de fecha 11 de setiembre del 2019 por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de Uruguay en la cual se analizaba si una conversación por *WhatsApp* podía sustentar una renuncia por esa vía. Tal como lo describe en su página web<sup>9</sup> la discusión no se basó en la admisión de la prueba sino en si ella era real, aspecto que fue confirmado por la emisora del mensaje, pues en el acta de constatación de la conversación no figuraba el número del abonado del que provenían los mensajes.

Y es que, como veremos más adelante, podría resultar sencillo recrear conversaciones por *WhatsApp* poniendo el nombre y la foto de la persona que queremos comprometer. De ahí que la presentación de estas pruebas debería ir junto con algunos elementos que acrediten al autor del mensaje.

- **La computadora personal**

Sobre este punto consideramos que el empleador puede presentar en un proceso y sin autorización del usuario todo tipo de información

---

9 <https://federicorosenbaum.blogspot.com/2020/01/el-whatsapp-como-prueba-en-el-proceso.html> Última visita: 29 de setiembre del 2020.

relacionada a los elementos externos del uso de la computadora que ha entregado a un trabajador, a saber:

- Días y horas de uso.
- Páginas web que se visitaron (historial).
- Relación con el nombre de todas las descargas de imágenes, videos o documentos realizadas, así como su peso.
- Tiempo de conexión al servidor de la empresa.
- Dirección de los correos electrónicos que le escribieron y a los cuales ha escrito (sin entrar al contenido).

En el entendido que la computadora se otorga como herramienta de trabajo y no para fines personales, el trabajador no puede pretender que su uso sea indiscriminado o como si fuera un bien privado. Por tanto, y sin necesidad de aviso previo, creemos que en virtud del principio de buena fe contractual nos llevaría a entender que el uso de este bien está destinado para fines laborales y no para fines de recreación o personales.

El empleador, por tanto, puede obtener los reportes de estos elementos externos de su sistema, mejor aún con el aval de un notario público, para alejar cualquier duda sobre su contenido y del usuario que realizó dichas conductas. De ahí la importancia de que todo acceso se realice con una clave personal del trabajador, la misma que no debería ser pasible de compartirse, para así vincular al usuario de la computadora con el trabajador, situación que no siempre podría ocurrir.

- **Cámaras de video vigilancia**

Antes eran los supervisores quienes con sus testimonios podían determinar los hechos que ocurrían en un lugar de trabajo. Hoy son las cámaras las que nos pueden ofrecer dicha información.

Como un ejemplo de esa vieja práctica, nuestro TC resolvió mediante sentencia de fecha 22 de octubre del 2012<sup>10</sup> una demanda de hábeas

---

10 Expediente N.º 3955-2012-PHC/TC que se puede ver en <https://tc.gob.pe/jurispru->

corpus presentada por un sindicato de trabajadores contra su empleador para que esta retire, deje sin efecto y cese la vigilancia efectuada por veinte policías y vigilantes luego de la huelga de ocho días que realizaron. El sindicato alegó que con ello se “militarizaba” el centro de trabajo para así amedrentar y vigilar los movimientos de los afiliados. Como la empresa mantuvo su posición, el sindicato la discutió judicialmente.

El TC señaló sin mayor detalle que la conducta anotada es una medida regular establecida para “*brindar seguridad al interior del referido centro del trabajo, lo cual no tiene incidencia directa a la libertad individual*” y por ello declaró improcedente la demanda. En la sentencia, de dos hojas, no se señalan los motivos por los cuales la presencia de estos vigilantes podría resultar intimidante.

Reemplazados los humanos por las máquinas, tal como analiza Harari sobre el desarrollo tecnológico en el trabajo<sup>11</sup>, la discusión sobre la presencia de cámaras en los centros de trabajo se viene resolviendo por algunos tribunales con los inconcretos conceptos de razonabilidad y proporcionalidad, los cuales permitirán o no la existencia de estas herramientas de vigilancia según cada caso.

Algunos años atrás, en un país cercano, en la sentencia T 768 de fecha 31 de julio del 2008<sup>12</sup>, la sala novena de revisión de la Corte Constitucional de Colombia decidió negar la tutela presentada por un trabajador de un banco que consideró vulnerados sus derechos fundamentales a la intimidad, a la dignidad humana, al debido proceso y al trabajo en condiciones dignas y justas cuando cuestionó la grabación realizada mediante una cámara oculta en su hora de almuerzo cuando besaba a una compañera de trabajo. Anteriormente a este hecho, el trabajador había tapado algunas cámaras del trabajo y por ello la empresa colocó esta cámara adicional que sirvió para conocer el afecto del trabajador.

---

dencia /2013/03955-2012-HC%20Resolucion.pdf Última visita: 4 de octubre del 2020.

11 HARARI, Yuval Noah, “21 lecciones para el siglo XXI”, Debate, 2018, pp. 38-64.

12 La sentencia citada se puede revisar en el siguiente enlace: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-768-08.htm> Última visita: 4 de octubre del 2020.

La Corte estableció que “*no es desproporcionado que se hubieran instalado cámaras de video en el lugar donde el actor desarrollaba sus tareas, más aún cuando este ejercía sus funciones en el Departamento de Sistemas*”, inclusive hacerlo “*de manera subrepticia no resulta ilegítima o desproporcionada, pues no fue instalada con fin distintos a los de determinar la razón de la obstrucción de las cámaras de monitoreo conocidas por el actor a fin de garantizar la seguridad y el control del lugar de trabajo del actor, resultando idónea y necesaria para dicho fin. Cabe recordar, que la instalación de la misma, de manera subrepticia, obedeció a la sospecha de la concreción de irregularidades que se encontraban razonadas con el objeto de verificar el comportamiento laboral del actor, en la medida en que éste, según el banco, tapaba la cámara conocida.*”

Es más, la Corte aceptó la validez de la grabación ocurrida en su hora de descanso porque ello ocurrió “*en su lugar de trabajo*”, circunstancia que en nuestra opinión podría ser discutible dado que el horario de refrigerio no forma parte de la jornada de trabajo. Empero, al no salir del centro de trabajo, la conducta del trabajador no estaría exenta de ser vigilada ni tampoco exonerada su obligación de comportarse adecuadamente.

Otro ejemplo lo encontramos en la sentencia de fecha 28 de noviembre del 2017 emitida por la segunda sección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Antovic y Mirkovic contra Montenegro<sup>13</sup>, en la cual se prohibió introducir cámaras de vigilancia en los salones de clase, inclusive con aviso previo, para supervisar el trabajo de los docentes universitarios, por más que se hayan alegado razones de seguridad.

Pero al año siguiente, en otro caso en el que se utilizaron cámaras de vigilancia ocultas para probar conductas deshonestas de los trabajadores<sup>14</sup>,

13 Demanda N.º 70838/13. Se puede revisar (en inglés) en el siguiente enlace: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-178904%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-178904%22]}) Última revisión: 29 de setiembre del 2020.

14 Casos N.º 1874/13 y 8567/13, Lopez Ribalda y otros contra España. La nota de prensa (en inglés) se puede ver en el siguiente enlace: <https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/TribunalEconomicoDerechosHumanos.pdf>. Última visita: 29 de setiembre del 2020.

la Gran Sala del citado tribunal europeo declaró válido el uso de cámaras de seguridad encubiertas, las mismas que consideró no violaban los derechos de privacidad de los trabajadores. En este caso ponderaron los derechos de ambas partes para evaluar la justificación de la videovigilancia oculta, la sospecha razonable de mala conducta y las pérdidas que sufría el empleador por la conducta de sus trabajadores (varios de los que robaron, que fueron 14, conciliaron reconociendo su participación en los robos).

Nuestro TC y la Corte Suprema utilizan muchas veces estos conceptos de razonabilidad y proporcionalidad para aceptar o no el uso de estas herramientas de control. Su pertinencia dependerá, como siempre, de las circunstancias de cada caso, a pesar de que muchas veces los supuestos puedan ser parecidos. En un país con un pasado reciente de violencia y con un presente de inseguridad, las cámaras se han aceptado como parte habitual de un centro de trabajo, en especial en las áreas de atención al público o de uso de dinero (cajas).

En este tema conviene recordar la reciente directiva N.º 1-2020-JUS/DGTAIPD<sup>15</sup> que regula en su numeral 7.9 en adelante el tratamiento de datos personales mediante sistemas de videovigilancia en ámbitos distintos a los fines de seguridad, en este caso para el control laboral y al cual pueden acceder los trabajadores imputados en algún incumplimiento (numeral 7.22.). En esta norma se faculta al empleador a realizar este tipo de controles (numeral 7.9.), solo para fines de control y supervisión de la prestación laboral (numeral 7.11.) para lo cual debe informar de su existencia a través de carteles, avisos informativos o de manera individual (numeral 7.10.) y cumpliendo con ser pertinente, adecuado y no excesivo (numeral 7.13.). Por tanto, en ningún caso se admite la instalación de sistemas de grabación en los lugares destinados al descanso o esparcimiento como vestuarios, servicios higiénicos, comedores o análogos (numeral 7.15.). Esto último puede resultar complicado pues crea “zonas liberadas” de control por video, siendo necesario de ser el caso el control personal

---

15 Aprobada por Resolución Directoral N.º 2-2020-JUS/DGTAIPD de fecha 10 de enero del 2020 y publicada el 16 de enero del mismo año.

en esos ambientes. De existir esta norma en Colombia la posición de su Corte no podría haber sido emitida como se ha descrito.

La directiva prohíbe el uso de las imágenes obtenidas para fines comerciales o publicitarios (numeral 7.17.), estableciendo un plazo máximo de conservación de 60 días (numeral 7.18.) salvo que exista un interés legítimo en la conservación (numeral 7.20.). Si la imagen deja constancia de la comisión de presuntas infracciones laborales o accidentes de trabajo, el plazo de conservación será de 120 días (numeral 7.21.).

Pero también las cámaras ocultas pueden ser usadas por los trabajadores y para fines no tan razonables. Por ejemplo, en un caso recientemente difundido en España<sup>16</sup>, un bombero había colocado a fines de setiembre del 2015 una cámara oculta en el vestuario femenino del parque de bomberos de Barcelona en San Andreu, donde trabajaban cuatro de sus compañeras. Era un lápiz de memoria que tenía una cámara donde se habían grabado las actividades en las duchas durante tres meses y cuyo autor se descubrió porque su cara aparecía en una grabación mientras colocaba la cámara, quien ante esto aceptó su responsabilidad y fue condenado penalmente en primera instancia a cuatro meses y 15 días de prisión y la suspensión de su empleo por ese tiempo.

La memoria, con cámara incluida, fue considerada como una prueba de actuación como cualquier otra y, evidentemente, base de la decisión tomada.

Por tanto, los videos que registre el empleador (o de repente, algún trabajador, ahora que los teléfonos también son video grabadoras) pueden ser válidamente utilizadas como pruebas, siendo importante que incluyan en ellas la fecha y hora de grabación para no crearnos una falsa actualidad.

---

16 Se puede ver en: <https://elpais.com/espana/catalunya/2020-08-12/al-bombero-que-me-grabo-desnuda-en-el-vestuario-solo-le-han-caido-cuatro-meses-de-carcel-es-humillante.html> Última visita: 4 de octubre del 2020.

- **El GPS (Global Positioning System o sistema de posicionamiento global)**

Tal como ocurre con su inclusión en cualquier teléfono celular, la jurisprudencia comparada ha entendido que el uso de este sistema de navegación por satélite en los vehículos, disponible sin costo para uso civil desde fines del siglo pasado, es válido para supervisar las prestaciones laborales siempre que de ello haya sido advertido al trabajador.

Años atrás, la sala 9 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de Argentina resolvió mediante decisión de fecha 10 de julio del 2015 el caso Pavolotzki Claudio y otros c/ Fischer Argentina S.A. estableciendo que es válido que el empleador controle la labor desplegada por sus trabajadores, pero siempre que dicho ejercicio no deje de lado su dignidad e intimidad. Ello no permitió entonces que en ese caso los viajantes de comercio, que no tienen jornada fija ni eran exclusivos, estén expuestos con un software incluido en sus celulares (“*show position*”), dado que con ello la empresa podía conocer en todo momento y en tiempo real la ubicación geográfica de los trabajadores, violando con ello también las disposiciones sobre la protección de datos personales. La Cámara permite el uso de este sistema de control solamente durante la jornada laboral y con conocimiento de la forma en que funciona por parte del trabajador.

En otro país latinoamericano, el Ministerio de Trabajo de Colombia ha señalado en un informe de noviembre del 2019<sup>17</sup> que la activación de los GPS en los teléfonos celulares de los trabajadores es válida siempre que dicha conducta respete “*la honra, dignidad y la vida privada de sus trabajadores, lo que nos lleva a concluir que no es aceptable la implementación de las disposiciones que desconozcan estos derechos.*” En otras palabras, la activación es permitida “*siempre y cuando se encuentre fundada sobre la base del respeto a la dignidad de la persona y siempre que no se viole el derecho a la intimidad y la privacidad del trabajador.*” No es una respuesta clara o contundente pues todo dependerá de cada caso y de las circunstancias utilizadas por el empleador.

---

17 La noticia se puede revisar acá: <https://accounter.co/laboral/activacion-de-gps-en-celulares-de-trabajadores-concepto-49742-mintrabajo-de-2019.html> Última visita: 4 de octubre del 2020.

Aquí en Perú un sindicato de trabajadores de cobranza reclamó retirar el GPS de los teléfonos celulares de sus afiliados por considerarlo invasivo. Como la empresa no lo hizo, simplemente los apagaban, sin que puedan ser supervisados en su trabajo.

Finalmente, en España se viene entendiendo sin mayor discusión que es válido usar un GPS en el coche de la empresa, siempre que ello se comunique al trabajador y pueda ser deshabilitado una vez finalizada la relación laboral. Ello fue señalado por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias mediante decisión de fecha 27 de diciembre del 2017<sup>18</sup>, resultando coherente con lo resuelto años atrás por otro tribunal superior, esta vez de Madrid, mediante decisión de fecha 21 de marzo del 2014<sup>19</sup>, el cual declaró nulo un despido porque el empleador no había informado al trabajador del uso que hacía con las mediciones del dispositivo.

Por su parte, la instancia superior, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha validado los despidos que se basan en los datos del GPS de los vehículos de trabajo siempre que cumplan los requisitos antes indicados: ser comunicados con anticipación y usados para controlar la actividad laboral. Ello puede verse en el auto de fecha 19 de julio del 2018<sup>20</sup> y en la comunicación del Poder Judicial de fecha 5 de octubre del 2020<sup>21</sup> por

18 Esta decisión, sentencia 3058/2017 se puede ver en <https://diariolaley.laleynext.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbH1CjUwMDAzMDY1NjJ-RK0stKs7Mz7Mty0xPzStJBfEz0ypd8pNDKgtSbdMSc4pT1RKTivNzSktSQ4sybUOKSIMBRPr-hEUAAAA=WKE> Última visita: 4 de octubre del 2020.

19 Sentencia 260/2014, recurso 1952/2013 que se puede ver en el siguiente enlace: <https://diariolaley.laleynext.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAA AAAAAEAMtM-SbH1CjUwMDA1MDMyNzFSK0stKs7Mz7Mty0xPzStJBfEz 0ypd8pNDKgtSbdMSc4pT1RKTivNzSktSQ4sybUOKSIMBvneFTkUAAAA=WKE> Última visita: 4 de octubre del 2020.

20 Se puede revisar acá: <https://diariolaley.laleynext.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbH1CjUwMDAzNDM1MrBUK0stKs7Mz7Mty0xPzStJBfEz0ypd8pNDKgtSbdMSc4pT1RKTivNzSktSQ4sybUOKSIMBAv-UBEUAAAA=WKE> Última visita: 5 de octubre del 2020.

21 <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-considera-licitos-los-datos-del-geolocalizador-GPS-en-un-vehiculo-de-empresa-si-el-trabajador-esta-informado-de-su-instalacion> Última visita: 5 de octubre del 2020.

la cual se comenta la decisión de la Sala IV del citado tribunal por la cual ha considerado lícito el uso de los datos obtenidos por un geolocalizador GPS si se cumplen los requisitos antes indicados.

Según se señala en el comunicado:

*"El Supremo estima el recurso de una empresa dedicada al comercio al por menor de equipos de telecomunicaciones y considera procedente el despido disciplinario de una supervisora, acordado por la compañía ante la "utilización intensa" del coche de empresa que tenía asignado en un periodo en que ella estaba de baja médica y el fin de semana inmediatamente anterior, pese a la prohibición del uso del vehículo para fines ajenos a la actividad laboral. Dicho uso fue registrado por el sistema de localización por GPS del coche, de cuya instalación fue informada en su día la trabajadora.*

*En sentencia de la que ha sido ponente la magistrada María Lourdes Arastey, el Supremo destaca que "la trabajadora conocía que el vehículo no podía ser utilizado fuera de la jornada laboral y, junto a ello, que el mismo estaba localizable a través del receptor GPS. De ahí que no apreciamos ninguna invasión en sus derechos fundamentales con la constatación de los datos de geolocalización que permiten ver que el indicado vehículo es utilizado desobedeciendo las instrucciones de la empresa en momentos en que no existía prestación de servicios", subraya."*

Para sustentar su reclamo:

*"La empresa presentó un recurso de unificación de doctrina contra la decisión del TSJ andaluz planteando como sentencia contradictoria una dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que consideró procedente el despido de una trabajadora de Cruz Roja cuya función consistía en la observación y tratamiento de tuberculosis y VIH, para lo cual se desplazaba en una unidad móvil de la empresa a atender a los usuarios asignados en distintos puntos de la Comunidad de Madrid. El vehículo estaba dotado con GPS, lo que la trabajadora conocía. La empresa detectó que el mismo se hallaba detenido durante la jornada laboral y ello sirve de justificación a la decisión extintiva por razones disciplinarias.*

*La Sala de Madrid valoró también la licitud de ese medio de prueba y, a continuación, señaló que no estaba afectado el derecho a*

*la intimidad de la trabajadora, dado que conocía la permanente transmisión de datos sobre su posición en las rutas de trabajo y limitándose ese dato a constatar únicamente cuándo arrancaba y se detenía el vehículo así como cuál era su localización."*

Vemos entonces que no se cuestiona el uso de esta forma de control durante el horario de trabajo y siempre que sea advertido el trabajador. Su presentación en un proceso supondrá acompañar el registro respectivo lo cual debería contar con una explicación del sistema. Esto es, no creemos que sea suficiente presentar una hoja impresa o un Excel con los datos a probar sino que ello debe contar con un reporte técnico debidamente elaborado. Y cuya política de registro haya sido previamente conocida por el trabajador.

De ahí la importancia de que todas estas formas de control sean objeto de una política específica realizada por el empleador.

#### **4. LA VERACIDAD DE LAS PRUEBAS**

A pesar de trabajar con toda esta tecnología, no deberíamos creer de inmediato lo que se nos muestra dada los numerosos programas de modificación de datos existentes. En tiempos de inesperadas ficciones y recreaciones de casos como exponen las series *black mirror* o *los simuladores* (o para citar un ejemplo local reciente, los supuestos mensajes por *WhatsApp* de la periodista Paola Ugaz difundidos por *Expreso* el domingo 4 de octubre del 2020<sup>22</sup> y cuestionados con mucha evidencia en *Twitter*) debemos ir de manera cautelosa cuando nos presentan pruebas de este tipo. Y lo primero que debería hacer quien quiera creer en estas pruebas es lograr la constatación de su veracidad, por ejemplo, con una revisión exhaustiva y, de ser necesario, con un perito, para que así podamos estar seguros de que nos encontramos con una prueba real y no con una prueba fabricada.

---

22 La noticia se puede ver aquí: <https://www.expreso.com.pe/politica/otro-chat-de-paola-ugaz-desaparece-todo-lo-mio-por-favor/> Última visita: 5 de octubre del 2020.

El ya citado profesor Rosenbaum nos presenta la discusión de esta problemática en una reciente entrada de su blog<sup>23</sup> referida a la prueba de trabajo en sobretiempo, al comentar una sentencia emitida por un juzgado de trabajo uruguayo. Expone el caso de una trabajadora que laboraba en régimen semi presencial que reclamó, entre otros conceptos, el pago de horas extras, para lo cual la demandada incorporó como prueba para acreditar la inexistencia de ese concepto un reporte obtenido del sistema Google Analytics por el usuario de la trabajadora, con el cual se registraron las visitas y los tiempos en página de los usuarios del campo virtual, reporte agregado mediante acta de constatación notarial y confirmado por testigos.

Por tanto, un destinatario de un correo, el texto del mismo, un pantallazo de un número, una foto, una grabación, todo puede ser falsificado dada la facilidad de editar estos elementos, no siempre con la misma pulcritud evidentemente. Y ante ello presentamos algunos elementos que sugerimos deberían considerarse en cada caso para verificar la autenticidad del documento:

- De un correo electrónico: fecha de emisión (o recepción), existencia de diálogo en los correos (intercambio de mensajes) por que un solo mensaje o parte del mismo podría ser pre fabricado, verificación notarial de la emisión o recepción del correo mediante el sistema de la empresa, esto es, elementos que acrediten que la copia que se presenta sea real.
- De un *WhatsApp*: fecha de emisión (o recepción), existencia de diálogo en los mensajes, veracidad del número emisor (cualquiera puede cambiar los datos), verificación notarial de la emisión o recepción de los mensajes o del número receptor. En todo caso, lo mejor será presentar el teléfono con el diálogo abierto, para que el juez pueda revisar el número del receptor y también el número del emisor. Y tema importante, registro del número o el teléfono de la persona a quien se le imputa el mensaje.

---

23 <https://federicorosenbaum.blogspot.com/2020/09/la-prueba-del-tiempo-de-trabajo-en-el.html> Última visita: 29 de setiembre del 2020.

- De un audio: claridad de la grabación, que esté sin cortes o editado, y con hora y día de recepción del mismo. Mientras más largo, mejor para compararlo. Y si se puede, opinión de un perito sobre la posibilidad de que la voz escuchada sea la del imputado.
- De un video: que sea claro y evidente. Manipular un video es más difícil aunque no complicado si se tienen los elementos. Por ejemplo, recientemente se emitió una noticia en la cual se presenta la “resurrección” en video de un joven asesinado en 2018 en Parkland, Florida, para hacer campaña política en Estados Unidos y pedir a la gente que vote<sup>24</sup>. Al igual que en los casos anteriores, será mucho mejor para la veracidad del video si contiene la hora y la fecha de grabación.
- De una foto o una publicación en Facebook o Instagram: la fecha de publicación. Mucho mejor si tiene comentarios o respuestas, porque ello probaría su difusión o existencia. Ya son conocidos muchos comentarios realizados (y hasta investigaciones políticas) por los denominados *memes*.

Para evitar suplantaciones (por ejemplo, para el registro de asistencia, en el cual los trabajadores se prestan sus contraseñas o pases) aunque ello pueda suponer una invasión intolerable a la intimidad, es mejor utilizar medios de identificación biométrica, tal como ha iniciado Amazon en algunas de sus tiendas para proceder a los pagos, solicitando solamente la exposición de la palma de la mano del cliente<sup>25</sup> y ya no la presión de la huella digital, presente en algunos registros de asistencia, conducta

24 Mediante la actuación de una persona y la técnica *deepfake* (“ultra falsa”) recrearon la voz e imágenes de Joaquín Oliver, asesinado a sus 17 años. La noticia (en inglés) con el video se puede revisar en el siguiente enlace: <https://miami.cbslocal.com/2020/10/02/parents-parkland-shooting-joaquin-oliver-digitally-new-voting-initiative/> Última visita: 4 de octubre del 2020.

25 “Amazon quiere ahora que pagues con la palma de tu mano”, noticia publicada en la edición web del diario El País el 29 de setiembre del 2020. Se puede ver en <https://elpais.com/tecnologia/2020-09-29/amazon-quiere-ahora-que-pagues-con-la-palma-de-tu-mano-y-a-los-expertos-no-les-hace-mucha-gracia.html> Última visita: 30 de setiembre del 2019.

que la pandemia ha limitado temporalmente. Habrá que ver si ello se va generalizando.

## 5. CONCLUSIÓN

En un país donde la credibilidad es una virtud escasa y donde se presentan demandas sin mayor estudio del caso, resulta una labor esencial del juez realzar su protagonismo en el proceso y poder exigir a la parte que presente cualesquiera de estas pruebas que las acompañe con todos los elementos pertinentes para descartar alguna manipulación. Y, de repente, contar con peritos o con capacitaciones específicas para determinar la veracidad de estos medios. Caso contrario, podremos ingresar a un universo bastante complicado que nos lleve a generar o promover sentencias injustas, algo que siempre deberíamos evitar pues, y en esto coincidimos con Sócrates, el mayor de los males es cometer injusticias antes que sufrirlas<sup>26</sup>.

Lima, octubre del 2020

---

26 PLATÓN, Gorgias, p. 170. Se puede encontrar en <http://www.filosofia.org/cla/pla/img/azf05115.pdf> Última visita: 8 de octubre del 2020.