

# APLICACIÓN EN LA EMPRESA DE NUEVAS TECNOLOGÍAS: LÍMITES DEL PODER DE CONTROL DEL EMPLEADOR

Por Alejandro Castello<sup>1</sup>

## 1. Problemática derivada de la utilización de nuevas tecnologías para realizar controles en el centro de trabajo.

La utilización de medios tecnológicos por parte del empleador para el control y fiscalización de la actividad laboral del trabajador, muchas veces puede representar un conflicto entre los legítimos derechos e intereses del primero de verificar la forma en que el trabajador utiliza las herramientas confiadas para cumplir los servicios y la forma en que se ejecutan los mismos (rendimiento), y los derechos y libertades reconocidos al trabajador, especialmente en lo que concierne a su dignidad, intimidad o privacidad, lo que implica restringir, limitar o derechamente prohibir el conocimiento, acceso y tratamiento del empleador sobre datos del trabajador, su imagen y otros aspectos reservados de su vida<sup>2</sup>.

El uso de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones en el proceso de producción de bienes y servicios, ha potenciado el riesgo de violación de la intimidad del trabajador y hasta del derecho a su propia identidad, debido a que se trata de herramientas que permiten controlar la actividad del trabajador de forma mucho más incisiva y permanente que en el pasado, así como también recopilar, tratar, conservar y transmitir datos personales de manera mucho más eficaz, ilimitada e indiscriminada.

Así, en cuanto a esto último, la recopilación y sistematización de datos y su conexión con otra información que figura en otras bases de datos, puede permitir al empleador (y a terceros) no solamente conocer el perfil laboral del trabajador (rendimiento, calificaciones, ausentismo, etc.) sino también aspectos de índole familiar, moral, religiosa, ideológica, sexual, etc., lo que representar un grave peligro de intromisión en la vida íntima del trabajador e inclusive para la puesta en práctica de medidas discriminatorias.

Además, la utilización de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones en el ámbito laboral no se limita a los problemas de la protección de datos del trabajador (especialmente aquellos considerados como sensibles), sino que también se proyecta en otros planos que pueden dar lugar a la vulneración de la dignidad e intimidad del trabajador, como por ejemplo, ante el monitoreo de los correos electrónico, el control de la navegación en Internet y el uso del ordenador, la video-vigilancia, la supervisión indirecta por la vía de la utilización de tarjetas magnéticas y etiquetas electrónicas, el monitoreo de las comunicaciones telefónicas, etc.

Sobre este último aspecto, José Ramón Agustina afirma que “el avance de las nuevas tecnologías plantea nuevos desafíos en la privacidad de los individuos; no obstante, el binomio *nuevas tecnologías* y *privacidad* no sólo afecta las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Una de las

---

1 Abogado. Magister en Derecho del Trabajo. Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay. Miembro del Grupo de los Miércoles y de la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

2 BORGHI, Paola y MIELI, Giorgio. *Guida alla privacy nel rapporto di lavoro*. Bancaria Editrice, Milano, 2005, pág. 11 y ss. Los autores señalan que en el campo específico del Derecho del trabajo, la consideración de los poderes del empleador en relación a su interés en obtener información sobre el trabajador, no puede prescindir de derechos muy sensibles como son el respeto de la libertad, la dignidad y la intimidad, los cuales se encuentran reconocidos en los arts. 2, 3, 15 y 21 de la Constitución italiana.

características de esta nueva *era de las tecnologías* es la generación de mayores facilidades y nuevas oportunidades para acceder a la esfera íntima o de mera privacidad de la persona: la *capacidad intrusita* que aporta la tecnología no depende tanto *de facto* del previo consentimiento o cesión de datos del sujeto, o del empleo de fuerza física o habilidad subrepticia”<sup>3</sup>.

En la misma dirección, Antonio Sempere y Carolina San Martín señalan que “las nuevas tecnologías han revolucionado el mundo laboral de nuestros días. Cada vez son más numerosas las actividades donde, en mayor o menor medida, se utilizan instrumentos telemáticos o informáticos, generándose una realidad plagada de situaciones que hasta hace relativamente pocos años resultaban impensables en todos los órdenes (economía de costes, perfección de las tareas, rapidez de ejecución, volumen de informaciones manejadas, reconversión de empleos, cambios en los hábitos laborales, renovación continua de infraestructuras y programas, vulnerabilidad empresarial, globalización económica, interdependencia productiva, trabajo a distancia, aumento de controles y un largísimo etcétera)”<sup>4</sup>.

## 2. Poder de control del empleador.

Existe acuerdo en doctrina y jurisprudencia respecto a que el empleador es titular del derecho a controlar y fiscalizar la actividad laboral del trabajador. Así, el autor español Daniel Martínez Fons señala que “en el ámbito del contrato de trabajo nadie pone en duda que el acreedor de la prestación de desarrollo continuo debe tener derecho de controlar la ejecución de la actividad que lo integra”, agregando que “no puede negarse que la actividad de control consiste en una actividad de observación del comportamiento del trabajador destinada a obtener el material informativo que permita la evaluación del mismo”<sup>5</sup>.

Mediante la potestad de control y fiscalización el empleador verifica si el trabajador ha cumplido con sus deberes y obligaciones. En cierto modo, esta potestad es un apéndice o anexo de las demás potestades (organización, dirección, instrucción, *ius variandi*, etc.) y del estado de subordinación. El control alcanza no solamente la forma en que se realiza el trabajo (el curso de ejecución de los servicios), sino también la obra o resultado del mismo y la forma en que se utilizan las herramientas, recursos y medios que el empleador confía al trabajador para el cumplimiento del trabajo.

El empleador también tiene interés (y derecho) a verificar el rendimiento del trabajador en sus aspectos más variados (horarios, descansos, diligencia empleada para realizar la tarea, relación con sus compañeros y superiores, etc.). De igual modo, el empleador tiene interés en poner a resguardo los bienes y la información reservada de la empresa, sus proveedores y clientes, especialmente frente a posibles filtraciones, lo que exige la instrumentación de medidas de control y vigilancia. En ese orden, Sergio Gamonal señala que el control tecnológico ha sido justificado por parte de los empleadores en la necesidad de proteger los bienes de la empresa, conocer el desempeño de los trabajadores en sus puestos de trabajo y la adopción de medidas adecuadas de seguridad e higiene en el establecimiento<sup>6</sup>.

---

3 AGUSTINA SANLLEHI, *José Ramón, Privacidad del trabajador versus deberes de prevención del delito en la empresa*, Ed. BdeF, serie Europa-América, Madrid-Buenos Aires, 2009, pág. 30.

4 SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTIN MAZZUCCONI, Carolina. *Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales*. Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 31.

5 MARTINEZ FONS, Daniel, *El poder de control del empresario en la relación laboral*. Colección Estudios, n° 120, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002, pág. 25 y 26.

6 GAMONAL CONTRERA, Sergio. “El derecho del trabajo y las nuevas tecnologías en Chile”. *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, número 1, Ed. Bomarzo, Buenos Aires, 2006, pág. 215. El autor expresa que la Dirección del Trabajo de Chile ha sostenido que el control tecnológico debe limitarse al ámbito infranqueable de la dignidad e intimidad del trabajador, de lo que concluye que sólo son válidos los mecanismos de vigilancia audiovisuales cuando sean objetivamente

El poder de control, como parte del poder de dirección, no es absoluto ni puede ser arbitrario, sino que reconoce varios límites y regulaciones. Así, existe acuerdo en que el primer límite es la propia relación de trabajo: el empleador sólo puede ejercer ese poder dentro del ámbito de la relación laboral, por lo que está fuera de su alcance la denominada “conducta extralaboral del trabajador”. El segundo límite claro es el respeto a los derechos y libertades del trabajador, entre los que se encuentran la dignidad, libertad, igualdad, no discriminación, intimidad, etc. El tercer límite es el que marcan las normas sobre realización de la prestación laboral (condiciones de trabajo, condiciones de seguridad e higiene, etc.).

En igual dirección, Alfredo Montoya Melgar refiere a límites externos e internos. Respecto de los primeros, señala que son aquellos impuestos por los derechos que la Constitución, leyes, convenios y contratos reconocen a los trabajadores, por lo que las órdenes patronales que contraríen tales derechos serán nulas. A su vez, los límites internos refieren a que el poder de dirección debe ser ejercido de forma regular, lo que implica que las órdenes que emite el empleador no puede ser abusiva, no puede imponer conductas antijurídicas o nocivas. Por su parte, en lo que concierne específicamente al poder de vigilancia y control, el autor señala que las medidas que adopte el empleador deben respetar la dignidad, honor e intimidad del trabajador<sup>7</sup>.

Además, como señala Santiago González Ortega, la actividad de control no puede tener otra finalidad que no sea la de comprobar el correcto funcionamiento de la organización productiva y el adecuado cumplimiento contractual del trabajador. De allí que quede fuera del control todo aquello que no sea relevante desde el punto de vista laboral (vida personal, aspectos reservados, secretos, vida extralaboral, etc.)<sup>8</sup>.

### 3. El control del empleador a través de recursos tecnológicos.

Son muy diversos, complejos y sutiles los medios y recursos que actualmente ofrecen las tecnologías de la información y las comunicaciones al empleador para ejercer su poder de control. En esa dirección, Arturo Bronstein hace referencia a varios mecanismos y formas de control que pueden dar lugar a conflictos entre el poder de dirección del empleador y los derechos fundamentales de los trabajadores (intimidad, dignidad, libertad, autodeterminación, imagen, igualdad, etc.)<sup>9</sup>:

- a) el acopio, clasificación, almacenamiento, utilización y posible comunicación da terceros de información relativas a la vida privada del trabajador o postulante a un empleo;
- b) el uso personal de Internet y el correo electrónico puestos a disposición del trabajador por el empleador;
- c) el monitoreo de las comunicaciones telefónicas hechas por el trabajador desde su lugar de trabajo o de su propio hogar;
- d) el uso de cámaras o de otros medios electrónicos para monitorear al trabajador, tanto en el lugar de trabajo como fuera del mismo;
- e) entrega de información del trabajador a agencias de seguridad por exigencia de leyes anti-

---

necesarios por requerimientos o exigencias técnicas de los procesos productivos o por razones de seguridad (ob. cit. págs. 216 y 217).

7 MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del trabajo*, ob. cit., pág. 352. El autor expresa que el art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores autoriza al empresario a adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para comprobar el cumplimiento por los trabajadores de sus obligaciones, acotando que el art. 18 impone como limite que toda medida de control debe respetar la dignidad e intimidad de los trabajadores.

8 GONZALEZ ORTEGA, Santiago. “*La informática en el seno de la empresa. Poderes del empresario y condiciones de trabajo*” en *Nuevas Tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del trabajo*; Manuel Alarcón y Ricardo Esteban (coordinadores), Ed. Bomarzo, Alicante, pág. 39.

9 BRONSTEIN, Arturo. *La protección de la vida privada en el lugar de trabajo*. Inédita.

terrorismo.

Daniel Martínez Fons menciona otros ejemplos de aplicación de recursos tecnológicos en el ámbito de la empresa que pueden dar lugar a conflictos de derechos, como son los casos de los “active badges” o “badge systems” que incluyen un microprocesador y transmisores de infrarrojos que permiten la identificación del sujeto que los utiliza y pueden ser empleados para autorizar el acceso a determinadas áreas de trabajo, los cuales pueden servir para controlar horarios, tiempo de duración de una tarea, elaboración de perfiles del comportamiento del trabajador, monitoreo de movimientos internos, etc. Otro mecanismo tecnológico de control es el propio ordenador o computador, el cual según Daniel Martínez Fons puede ser usada por el empleador para obtener información sobre el ritmo de trabajo e inclusive deslocalizar el empleo (teletrabajo)<sup>10</sup>.

Antonio Sempere y Carolina San Martín realizan una enumeración similar sobre las nuevas tecnologías que pueden generar una colisión con los derechos del trabajador al ser implementadas por el empleador. Así, los autores incluyen en la lista al uso del correo electrónico y su monitoreo, la navegación por Internet, el uso del ordenador o computadora personal, el almacenamiento y transmisión de datos del trabajador, la firma electrónica, la dimisión electrónica, las notificaciones electrónicas, el teletrabajo, las tarjetas magnéticas, las etiquetas electrónicas, entre otros<sup>11</sup>.

#### **4. Los límites del poder de control y el uso de medios tecnológicos en el centro de trabajo.**

En la gran mayoría de los países no existe regulación legal del uso de los recursos tecnológicos por parte del empleador, y mucho menos sobre la forma en que se debe solucionar el conflicto u oposición de derechos e intereses que se derivan de su aplicación en el centro de trabajo.

La posición de la doctrina y jurisprudencia que se puede considerar actualmente como la más recibida, es aquella que sostiene que debe buscarse un equilibrio justo entre el derecho de intimidad y privacidad del trabajador, con el derecho a organizar y controlar el trabajo, tratando de que ninguno de estos derechos sea completamente vaciado y desconocido por la aplicación del otro.

Por tratarse de un conflicto entre libertades y derechos fundamentales, los cuales se caracterizan por ser universales, indisponibles, imprescriptibles y regirse por la regla de la mínima injerencia o intervención de terceros, el criterio más utilizado para analizar la legitimidad y licitud de la medida de control implementada por el empleador suele ser el de someter la misma al **test de proporcionalidad**.

Para comprobar si la medida restrictiva de un derecho fundamental supera el test de proporcionalidad, el tribunal debe analizar si el mecanismo de control electrónico (cámaras, audio, software, etc.) cumple con **tres requisitos o condiciones**: a) es idónea, b) es necesaria y c) es ponderada o equilibrada.

El **juicio de idoneidad** refiere al análisis de si la medida adoptada por el empleador es susceptible de conseguir el objetivo propuesto. En el caso específico del control tecnológico, la idoneidad apunta a determinar si la medida es adecuada para poder conocer el comportamiento del trabajador y verificar la forma en que éste utiliza las herramientas confiadas para el cumplimiento de la tarea.

---

10 MARTINEZ FONS, Daniel, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, ob. cit., pág. 185 y 186.

11 SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTIN MAZZUCCONI, Carolina; *Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales*, ob. cit., pág. 63 y ss.

El **juicio de necesidad** se dirige a apreciar si la medida es imprescindible y por ende, no existe otro mecanismo o recurso más moderado e igualmente eficaz para obtener el mismo resultado. Si la medida no es estrictamente indispensable entonces puede entenderse que la limitación del derecho o libertad del trabajador (privacidad o intimidad) es ilegítima.

El **juicio de ponderación o equilibrio** apunta a determinar si existe una relación razonable entre los beneficios y perjuicios que ocasiona la medida. Esto es, se analizan las ventajas que genera para el empleador y los daños que ocasiona a los derechos y valores del trabajador.

Además del **test de proporcionalidad** existen otras reglas, pautas y principios que deberían tenerse en cuenta a la hora de examinar la legitimidad o no de las medidas de control tecnológico adoptadas por el empleador.

En primer lugar, la medida debe ser **fundada y justificada**, lo que implica que el empleador no puede utilizar recursos de control tecnológico por motivos antojadizos, arbitrarios o meramente subjetivos. La medida debe basarse en causas sólidas y objetivas, como aquellas que provienen de razones tecnológicas, organizativas o funcionales. Se debe identificar un interés empresarial suficientemente relevante, como por ejemplo, la seguridad de bienes, secretos o personas.

En segundo lugar, para apreciar la forma en que el empleador ha hecho uso de su potestad de dirección y control, se debe tener en cuenta el **principio de buena fe**. De ese modo, se busca apreciar cuáles son las razones que llevaron al empleador a adoptar un recurso de control pero también cómo utilizó el mismo en el caso concreto. Así, a vía de ejemplo, como regla general no será considerado de buena fe implementar medidas ocultas y clandestinas de fiscalización de la conducta del trabajador. En base a dicho principio también se entiende que el empleador tiene interdictado colocar sistemas de control en lugares ajenos al cumplimiento del trabajo en sentido estricto, como es el caso de vestuarios, comedores y baños.

En tercer lugar, vinculado con lo que se viene de decir, es un lugar común señalar que el empleador debe comunicar previamente a los trabajadores la existencia de mecanismos de control y monitoreo (cámaras, audio, ordenadores, comunicaciones telefónicas, etc.) y explicitar claramente la política empresarial sobre el uso de los medios tecnológicos mencionados.

En cuarto lugar, asociado con lo anterior, también se entiende que el empleador debe notificar -antes de poner en práctica los recursos tecnológicos- al comité de empresa, el sindicato y los representantes de los trabajadores, si éstos existiesen.

La excepción a la comunicación previa referida en los dos casos anteriores, se da cuando existe una sospecha cierta acerca de incumplimientos graves o fraude por parte del trabajador. En tal sentido, Daniel Martínez Fons señala que la transparencia en el ejercicio de los poderes empresariales se ha conectado con un deber de información acerca de las técnicas de control utilizadas y de las circunstancias concurrentes, tales como los trabajadores sometidos a control, su duración, etc., por lo que existe un principio de interdicción del control oculto.

Sin embargo, el autor español puntualiza que “la presencia de circunstancias excepcionales permiten, de acuerdo con la jurisprudencia, excepcionar el mencionado principio. Se trata de aquellos supuestos en que la vigilancia de la actividad del trabajador tiene lugar en relación con el proceso de investigación de actividades fraudulentas que se producen en la empresa. Así, inicialmente se admitió el control oculto de los trabajadores fuera de la empresa y por personal ajeno a la

organización, así como el control oculto a través de videocámaras en el lugar de trabajo. Admitiendo que la verdad no puede conseguirse a cualquier precio, la mencionada jurisprudencia se construye sobre dos elementos: en primer lugar, la existencia de indicios que permitan sospechar que el trabajador o trabajadores realizan actuaciones fraudulentas, y, en segundo término, la imposibilidad de acudir a otros medios que permitan obtener el conocimiento de la actividad del trabajador. El autor concluye que “a nuestro parecer, el control oculto únicamente debe ser considerado legítimo si existe una sospecha cierta acerca de incumplimientos graves que afecten a bienes de relevancia constitucional y que se produzcan con ocasión del desarrollo de la prestación del trabajador vigilado”<sup>12</sup>.

En quinto lugar, por regla general el control debe ser impersonal y moderado. Se entiende que es vulneratorio de la dignidad e intimidad del trabajador que se utilicen mecanismos de control dirigidos únicamente a un sólo trabajador o grupo específico de trabajadores, lo que podría llegar a configurar una situación de discriminación laboral. Además, el contralor no puede ser permanente, constante sino intermitente.

Por último, en la apreciación de la licitud de las medidas de fiscalización adoptadas por el empleador se debe tener en cuenta el principio de razonabilidad. Como enseña Américo Plá Rodríguez, el principio de razonabilidad consiste en la afirmación esencial de que el ser humano, en sus relaciones laborales, procede y debe proceder conforme a la razón. Según el autor este principio sirve para medir la verosimilitud de determinada explicación o solución laboral<sup>13</sup>.

Dicho principio resulta especialmente fecundo para examinar las causas, motivos, fines, forma, modalidad y otros aspectos vinculados al ejercicio del poder de dirección y facultad de contralor y determinar su legitimidad.

---

12 MARTINEZ FONS, Daniel, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, ob. cit., pág. 102 a 104.

13 PLA RODRIGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del trabajo*. 3º ed. actualizada, Depalma, Buenos Aires 1998, pág. 368 y ss.