

La ejecución a distancia de las relaciones laborales: desafíos organizacionales en su implementación¹

The remote execution of labor relationships: organizational challenges in its implementation

Cecilia Calderón Paredes²

Resumen. El trabajo realizado a distancia conlleva retos organizativos, que implican la necesaria adaptación de las partes de la relación laboral a estas nuevas circunstancias. El presente artículo analiza algunas situaciones en las que el control ejercido por el empleador puede resultar controvertido, a la luz de la normativa sobre protección de datos personales.

Abstract. The work carried out remotely carries out organizational challenges, which imply the necessary adaptation of the employment relationship parties to these new circumstances. This article analyzes some situations in which the control exercised by the employer can be deemed controversial, considering the regulation on personal data.

Palabras claves. Trabajo remoto / Privacidad / Poder de dirección / Fiscalización / Derecho laboral

Keywords. Remote working / Right to privacy / Power of direction / Fiscalization / Labor Law

1 El presente artículo fue enviado para su publicación el 1 de julio de 2022.

2 Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magister en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la PUCP y cuenta con un Master en Transacciones Internacionales por el Centro de Estudios Garrigues España. Docente de la Escuela de Posgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Asociada Senior en Cornejo & Santivañez Laboralistas. Correo electrónico: ccalderon@cslaboralistas.pe.

1. Introducción

La pandemia de la Covid-19 ha generado un gran impacto en la forma cómo los seres humanos organizamos nuestras vidas e, inclusive, en cómo valoramos nuestro tiempo, el contacto con otras personas y, desde luego, la salud de cada uno.

La llamada nueva normalidad, introducida en marzo del año 2020 cuando el gobierno peruano dispuso la vigencia del estado de emergencia nacional y, con él, la limitación del derecho constitucional a la libre circulación generó un cambio profundo en las relaciones laborales, las que hasta ese momento se desarrollaban de forma predominantemente presencial.

De acuerdo con la información recopilada por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en los Anuarios Estadísticos que publica de acuerdo a cada ejercicio fiscal, hacia febrero del año 2020 -es decir, el mes previo al inicio de las medidas más radicales adoptadas como consecuencia de la proliferación de la Covid-19- únicamente un 0.08% de los trabajadores del Sector Privado realizaba alguna forma de teletrabajo -ya sea mixto o completo-, estadística que presentó un cambio importante a raíz de la pandemia, pues hacia diciembre de ese mismo año el número de trabajadores sujetos a alguna forma de teletrabajo se multiplicó por setenta y cinco (75)³.

Al respecto, conviene indicar que, aunque a la fecha el Anuario Estadístico correspondiente al año 2021 no ha sido publicado por la Autoridad de Trabajo, dadas las nuevas “olas” de la Covid-19 así como la mayor aceptación de los empleadores por el trabajo a distancia, estimamos que el volumen de personas declaradas como teletrabajadores ha continuado en aumento.

Ahora bien, el incremento de personas que realizan actividad laboral subordinada de forma remota ha traído consigo diversos retos, entre los cuales destacan aquellos referidos a la organización y control de la actividad laboral, surgiendo la necesidad de idear nuevas formas de dirección y fiscalización de esta, lo que puede implicar, eventualmente, adentrarse en el terreno de la normativa sobre datos personales.

3 Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Anuario Estadístico Sectorial 2020. Cuadro N° 30 – Trabajadores del sector privado por mes, según situación especial (teletrabajo).

Sobre este punto, es necesario señalar que, para cualquiera de nosotros, puede ser complicado entender qué abarca la protección que tenemos todas las personas respecto de nuestros datos personales; ello se debe a que este es un derecho poco difundido y al que, además, los conceptos asociados a él -entre ellos, el propio término “datos personales” o, inclusive, la acción emblemática de la normativa referida al “tratamiento” de ellos- no resultan ser esclarecedores a partir de su sola lectura.

En este contexto, el presente artículo tiene como objetivo plantear algunas cuestiones problemáticas que hemos identificado a partir de la nueva normalidad, las que no solo se refieren a la gestión de las relaciones laborales a distancia, sino también a la implicancia de algunas decisiones de naturaleza laboral frente al derecho a la protección de los datos personales de los trabajadores.

2. El trabajo a distancia y la Covid-19: el necesario cambio de paradigma

Como se había adelantado, la organización de las relaciones laborales pre pandemia era predominantemente presencial y, por ello, un gran número de tareas asociadas a su gestión se materializaban presuponiendo la proximidad física de las personas.

Pensemos, por ejemplo, en actividades comunes en toda empresa, como la selección de personal, la inducción de los nuevos trabajadores a la cultura empresarial y a sus funciones o el día a día de cualquier equipo de trabajo, el que implica la distribución de encargos, las coordinaciones para su ejecución y la supervisión correspondiente.

En todos estos casos, lo habitual sería ejecutar estas actividades valiéndose de la proximidad de los intervinientes: en los procesos de selección, se solicitaba a los candidatos acudir a la empresa con el objetivo de realizar pruebas psicotécnicas o para sostener entrevistas personales con las áreas de Recursos Humanos o posibles jefes. Una vez seleccionados, los nuevos trabajadores solían ser capacitados en sesiones de formación generales, que reunía a todos los ingresantes por categoría, área o sección de trabajo; inclusive, en las nuevas formas de organización -las ya famosas metodologías ágiles-, los equipos de trabajo prestan servicios juntos, reunidos en mesas compartidas, buscando optimizar los recursos y favorecer

el proceso de propuesta-solución del equipo a partir de la generación de ideas en conjunto; las jefaturas solían impartir indicaciones y supervisar el cumplimiento de estas a partir de una verificación presencial; entre otros.

Como se aprecia, vivíamos en un entorno laboral en el que la comunicación y el contacto presencial era la piedra angular de muchas realidades empresariales, ello pese a que la gran mayoría de las compañías cuenta desde hace muchos años con herramientas que favorecen la comunicación remota -las más difundidas, el correo y las líneas telefónicas corporativas y, en algunos casos, las salas de chat empresarial- y permiten, por tanto, que no se dependa de la asistencia física a las instalaciones de la empresa para que gran parte de sus actividades se ejecute. Nos referimos a gran parte de ellas pues sabemos que, en algunos casos, existen tareas que, por su naturaleza, solo podrían realizarse de forma presencial.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, el obligado aislamiento social domiciliario impuesto a raíz de la pandemia de la Covid-19 significó un cambio radical en la forma de organizar las relaciones laborales, y ha hecho a los empleadores cuestionarse cómo gestionar en remoto sus vínculos laborales y, sobre todo, qué herramientas se tiene para hacerlo. No falta quien se ha preguntado si, como empleador, se tiene el derecho de monitorear al trabajador haciendo uso del IP o de la cámara web de las computadoras portátiles con las que trabaja o si constituye una falta laboral conectarse a prestar servicios desde un lugar distinto al domicilio conocido por la empresa.

Estos son aspectos que, en algunos casos, encuentran su solución en instituciones propias del Derecho como, por ejemplo, cuáles son las fuentes de las obligaciones o cuáles son los poderes del empleador y a qué lo facultan. Mientras que, en otros casos, presentan problemas más complejos, en los que se involucran otros derechos como la imagen, la intimidad e, indirectamente, la protección de datos personales de los trabajadores.

En este entendido, en las siguientes secciones abordaremos brevemente tres situaciones controvertidas que hemos identificado en el desarrollo de la nueva normalidad, lo que realizaremos a partir de recordar cuáles son las reglas vigentes en materia de protección de datos personales en el marco de la relación laboral.

3. La problemática sobre la fiscalización y/o vigilancia del personal en remoto

3.1. Concepto y reglas para el tratamiento de los datos personales de acuerdo con la legislación vigente

A efectos de realizar una revisión sobre si la posible problemática derivada de la nueva realidad organizacional de las empresas genera alguna vulneración al derecho a la protección de datos personales de los trabajadores, el primer aspecto relevante consiste en determinar qué puede ser objeto de esta normativa.

Para tales efectos, recurrimos tanto a la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, como a su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-2013-JUS, normas que contienen apartados en los que se define el concepto “datos personales”, señalando que se entenderá como tal a “(...) toda información sobre una persona natural que la identifica o la hace identificable a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados (...)” (Ley de Protección de Datos personales, 2011, Artículo 2) (sic) y, más precisamente, a “(...) información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica, sobre hábitos personales o de cualquier otro tipo concerniente a las personas naturales que las identifica o las hace identificables (...)” (Reglamento de la Ley de Protección de Datos personales, 2013, Artículo 2) (sic), respectivamente.

Como se aprecia, ambas normas son expresas en señalar que un “dato personal” no es únicamente aquel que identifica indubitablemente a una persona, sino también aquel que puede “hacerla identificable”, siendo esta última situación la que incrementa el espectro de información protegida por la normativa.

Conforme a ello, existe información que indiscutiblemente se considerará un “dato personal”, como, por ejemplo, los nombres y apellidos de una persona o sus documentos de identidad y firma; así como también existe información más amplia que, aunque de primera instancia no la identifica, sí la hace identificable, como podría suceder con la fecha de nacimiento o el domicilio de una persona o, inclusive, su historial académico o profesional.

Sumado a ello, es necesario tener presente que existe también una categoría especial de datos personales, conformada por los “datos sensibles”⁴, que son aquellos que resultan particularmente críticos, pues, mal utilizados, podrían generar consecuencias negativas en perjuicio de su titular.

Se trata, específicamente, de información biométrica -los rasgos físicos de una persona, sus huellas digitales o su iris- e información por la cual el Estado comúnmente despliega esfuerzos para prevenir la discriminación -como podría ser el origen, la religión, sexualidad, salud, creencias y convicciones e, inclusive, afiliación sindical de una persona-, siendo particularmente relevante que en este grupo se incluya, además, información propia del ámbito personal, afectivo y familiar de una persona⁵.

Habiéndose determinado qué son los datos personales, corresponde que nos refiramos a las reglas para su tratamiento.

El criterio general se encuentra previsto en el numeral 5) del artículo 13º de la Ley N° 29733, que dispone que los datos personales solo pueden ser objeto de tratamiento con consentimiento previo, informado, expreso e inequívoco del titular de ellos, siendo que el numeral 6) del mismo artículo precisa que, en el caso de los datos sensibles, dicho consentimiento debe constar por escrito.

No obstante, resulta relevante señalar que el artículo 14º de la Ley N° 29733 prevé un listado de situaciones excepcionales en las que no será necesario recopilar el consentimiento del titular para realizar el tratamiento de sus datos personales, entre las que destacamos las incluidas en el numeral 5). Estas se refieren situaciones propias de la preparación, celebración y ejecución de una relación contractual de naturaleza laboral, para las que se exceptúa la obligación

4 De conformidad con el artículo 2º de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, los datos sensibles se definen como: “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” (sic).

5 De conformidad con el artículo 2º del Reglamento de la Ley N° 29733, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-2013-JUS, los datos sensibles se definen como: “aquella información relativa a datos personales referidos a las características físicas, morales o emocionales, hechos o circunstancias de su vida afectiva o familiar, los hábitos personales que corresponden a la esfera más íntima, la información relativa a la salud física o mental u otras análogas que afecten su intimidad” (sic).

de obtener el tratamiento de los datos personales, siempre que la información recopilada sea necesaria para la ejecución -a grandes rasgos- del contrato de trabajo, lo que incluye tanto los actos previos a su inicio como aquellos vinculados a su desarrollo⁶.

Bajo este entendido, conviene cuestionarnos, ¿cómo evaluamos que se cumpla el citado requisito de necesidad? Por nuestra parte, consideramos oportuno recurrir a uno de los criterios contenidos en el conocido Test de Proporcionalidad desarrollado en reiterada jurisprudencia por el Tribunal Constitucional peruano, en el que como uno de los criterios para ponderar entre dos derechos se analiza si determinada medida supera un examen de necesidad (Tribunal Constitucional. STC N° 045-2004-AI/TC, Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima; 29 de octubre de 2005).

De acuerdo a lo expuesto por el Tribunal Constitucional, el examen de necesidad implicará realizar un análisis de “medio-medio”, por el que se determine si existen medios alternativos -igualmente idóneos- que no sean gravosos frente al derecho que se busca proteger o que, de serlo, lo sean en menor intensidad que el medio elegido.

Siendo ello así, aplicado al caso en concreto, el tratamiento de datos personales de los trabajadores superará el examen de necesidad -y, por tanto, no requerirá del consentimiento previo de su titular- si la información aludida no solo es idónea, sino también estrictamente necesaria para el fin que se busca -la celebración o la ejecución del contrato de trabajo-, pues solo así estaremos frente a la ejecución de una facultad del empleador que resulta no intrusiva de cara a los derechos del trabajador.

6 De conformidad con el artículo 14° de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales: “No se requiere el consentimiento del titular de datos personales, para los efectos de su tratamiento, en los siguientes casos: (...) 5. Cuando los datos personales sean necesarios para la preparación, celebración y ejecución de una relación contractual en la que el titular de los 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” (sic).

3.2. Tres situaciones enmarcadas en la relación laboral que podrían determinar contingencias respecto del tratamiento de los datos personales de los trabajadores

3.2.1. Registro de control de asistencia

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1º y 3º del Decreto Supremo N° 004-2006-TR, todo empleador que realice actividades en el sector privado está obligado a llevar un registro permanente de control de asistencia, en el que sus trabajadores -así como los beneficiarios de modalidades formativas laborales y el personal destacado o desplazado por terceros- consignen de manera personal el tiempo de trabajo, lo que se deberá realizar en un medio físico o digital, teniéndose como único requisito que el mismo incluya medidas de seguridad que impidan su adulteración, deterioro o pérdida.

En principio, es importante mencionar que la normativa antes aludida no se detiene en desarrollar qué entiende por medio digital y que, por ello, por nuestra parte, lo asimilaremos al concepto más amplio del término, considerando que será todo aquel que funcione generando un código legible para una máquina; por lo que un software, las imágenes y/o videos digitales, los programas y sitios web, entre otros, forman parte de esta categoría.

Ahora bien, pese a la ausencia de una definición, el solo hecho de que la norma prevea la posibilidad de que el registro de control de asistencia se almacene en un medio digital nos anticipa que una situación como el trabajo a distancia no vuelve anacrónica la obligación, pues, mientras la empresa implemente alguna forma digital para que cada trabajador desde el lugar donde preste servicios registre el inicio y fin de su jornada de trabajo, estará en cumplimiento de la misma. Recordemos, pues, que la normativa vigente no contiene un catálogo cerrado de medios para almacenar el registro de asistencia y que, por ello, la obligación no se ve satisfecha únicamente a través de un registro llevado en forma física, o por lectores de tarjetas de proximidad o de características físicas de las personas -como el rostro o las huellas digitales-; por lo que, aunque estas opciones puedan ser las más comunes en el mercado laboral peruano, no son limitativas.

¿Cuál sería, entonces, la dificultad? En principio, ninguna, más que la necesaria inversión en un medio digital que permita el registro del inicio y fin

de la jornada haciendo uso de medios electrónicos -computadoras o teléfonos celulares- y que, desde luego, prevea determinadas características que garanticen que los trabajadores, a distancia, cumplan personalmente con su obligación de registro, como lo establece la norma.

Se deberá implementar, entonces, un sistema que no solo permita garantizar la conservación del formato, sino que, además, garantice la fiabilidad e invariabilidad posterior de cada registro.

Siendo ello así, y teniendo como premisa que el registro de control de asistencia es un medio que tiene su origen en una obligación legal, lo primero que debemos destacar en su vinculación con la recopilación de datos personales es que nos encontramos ante una de las excepciones previstas en el numeral 13.5) de la Ley N° 29733, pues el control del inicio y fin de la jornada de trabajo es necesario para la ejecución del contrato de trabajo, no solo porque se trata de una obligación legal impuesta al empleador sino porque, además, será necesaria para la retribución del personal.

Teniéndose ello resuelto, un segundo aspecto a analizar es qué tipo de dato personal podría ser tratado por el empleador para, unilateralmente, establecer un sistema de control de asistencia que le permita cubrir la obligación dispuesta por la normativa y, a su vez, ser lo menos intrusivo en la esfera de derechos del trabajador, garantizando así que se trate de información estrictamente necesaria.

Habíamos señalado que la obligación consiste en conocer el inicio y fin de la jornada de trabajo de cada persona, a partir del registro que cada individuo debe realizar personalmente. Siendo ello así, y pensando en utilizar solo aquellos datos personales que sean imprescindibles para lograr estos objetivos, la marcación de ambos momentos tendría que hacer indubitable que es determinado individuo quien realiza el registro, lo que podría realizarse a partir de la utilización de un código personal de trabajador -el que, desde luego, debe ir asociado a la obligación de no divulgar y/o compartir esta información con terceros, siendo usuario exclusivo del mismo, bajo responsabilidad- o, inclusive, de algún software que verifique la imagen de la persona que realiza el registro, activándose la cámara de la computadora o del equipo de telefonía que se utilice para tal fin.

En este caso en específico, dado que la norma implica la necesidad de que el registro sea realizado de manera personalísima, nos parece que el uso de la imagen del trabajador es una forma adecuada, pertinente y acorde a la obligación,

siendo necesario tener presente que, sin embargo, la captura de la imagen del personal únicamente deberá ser utilizada y limitarse a los fines para los cuales es obtenida.

¿Por qué es esto relevante? Porque si el examen de necesidad de capturar la imagen del trabajador al momento que realiza el registro del inicio o fin de su jornada de trabajo tiene como único objetivo validar que es el trabajador -y nadie más que él- quien cumple con la acción, la imagen que se requiere será únicamente la de su rostro. Siendo ello así, el plano a capturar deberá limitarse a este y no incluir el entorno que rodea a la persona, pues este, por sí mismo, representa también información que califica como un dato personal. Ciertamente, es necesario tener presente que los hechos o circunstancias de la vida familiar o afectiva de una persona e, inclusive, lo que resulte indicativo de sus hábitos personales, son datos personales y, particularmente, son datos sensibles, y que en este caso no son necesarios para el cumplimiento de la finalidad buscada con el registro de asistencia, por lo que su tratamiento requerirá de una autorización previa y expresa, no estando cubierto por la excepción.

Sobre este punto, es relevante señalar que la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales aprobó la Directiva N° 01-2020-JUS/DGTAIPD, Directiva para el tratamiento de datos personales mediante sistemas de videovigilancia, que prevé disposiciones expresas sobre las reglas aplicables para la videovigilancia en el ámbito laboral, actividad que se define como la realización de “(...) monitoreo y captación de imágenes, videos o audios de lugares, personas u objetos (...)” (Resolución Directoral N° 02-2020-JUS/DGTAIPD [Ministerio de Justicia y Derechos Humanos].14 de febrero de 2020) (sic). Por lo que, la verificación de la identidad de un trabajador a partir de la captura fotográfica de su persona se encuentra dentro de su ámbito de aplicación.

Esta norma se pronuncia en idéntico sentido al que venimos comentando, reconociendo que, en virtud del poder de dirección del empleador, este se encuentra facultado para realizar controles o tomar medidas destinadas a vigilar el ejercicio de las actividades laborales de sus trabajadores, entre las que se encuentra la captación y/o tratamiento de datos a través de sistemas de videovigilancia, sin que para ello sea necesario obtener el consentimiento previo del personal.

Para estos efectos, sin embargo, el empleador se deberá restringir la videovigilancia al cumplimiento de determinadas condiciones⁷, entre las cuales destacan los siguientes deberes u obligaciones:

- Informar a sus trabajadores de la existencia de videovigilancia.
- Limitar el tratamiento de los datos personales de los trabajadores a las finalidades propias del control y supervisión de la relación laboral, siendo fines legítimos la protección de bienes y recursos del empleador y la verificación de la adopción de medidas de seguridad en el trabajo, entre otros.
- Limitar la realización de actividades de videovigilancia a aquellos casos en los que sea pertinente, adecuada y no excesiva para el cumplimiento del fin.
- Restringir el ámbito de captación de las imágenes a los espacios indispensables para satisfacer las finalidades de control laboral.

Consideramos que la claridad de los requisitos nos exime de realizar mayores comentarios sobre el particular, restando únicamente destacar que la normativa especial sobre protección de datos personales armoniza con la regulación laboral, tal y como venimos planteando.

3.2.2. Validación de la actividad laboral: la eficiencia como una necesidad ante la crisis y su relación con la posibilidad de monitorear la actividad de los trabajadores.

Habiendo mencionado en el numeral precedente la jornada de trabajo, queremos empezar este apartado recordando que el contrato de trabajo regula “(...) la puesta a disposición de la fuerza de trabajo de un individuo para que un tercero haga uso de ella (...)” (sic) (Ferro, 2019, p. 17).

Conforme a ello, ni el contrato ni la jornada de trabajo se refieren a la realización de trabajo efectivo, sino al tiempo en que un trabajador está a disposición

⁷ Ibid. Véase numerales 7.10 a 7.16

de su empleador, quien es el encargado de dirigir su prestación haciendo uso de las facultades⁸ que la normativa laboral le confiere para ello.

¿Por qué resulta esto importante? Porque, en el contexto de la pandemia y considerando la imposibilidad de supervisar y/o fiscalizar presencialmente la ejecución de actividades por parte del personal, algunos empleadores se han preguntado si es posible implementar registros de asistencia que, además de controlar el inicio y el fin de la jornada de trabajo, sean utilizados para supervisar su ejecución de forma más frecuente -no solo en dos ocasiones al día- y/o exhaustiva.

Sobre el particular, debemos recordar que el objetivo del registro de asistencia no es realizar una revisión pormenorizada de la jornada de trabajo y que, por ello, su implementación no cubre la supervisión permanente de las actividades del personal -incluso cuando ello fuera tecnológicamente viable-; por lo que una propuesta como la reseñada no se encuentra amparada por los fines previstos en la normativa sobre la materia.

Sin perjuicio de ello, esto no quiere decir que la intención del empleador de controlar y/o vigilar la realización de actividad laboral durante el tiempo dispuesto para la jornada de trabajo sea un fin ilegítimo. Como hemos mencionado, el artículo 9º del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR, confiere al empleador un conjunto de facultades que le permiten dirigir la actividad laboral que ha contratado, potestades entre las que se encuentran no solo la reglamentación de la actividad y la impartición de órdenes, sino también la supervisión y/o fiscalización de las labores, lo que se complementa con la posibilidad de sancionar disciplinariamente cualquier incumplimiento cometido por el trabajador.

Siendo ello así, la base jurídica que permite el control -a distancia- de la ejecución de los servicios contratados es la propia existencia de la relación laboral y, en particular, la facultad de supervisión y/o control que tiene todo empleador respecto de los servicios y actividades ejecutadas por sus trabajadores en el marco del contrato de trabajo. Se trata, pues, de un requerimiento empresarial que deriva de la ejecución de la relación jurídica que vincula a las partes y que, por tanto,

8 Véase artículo 9º del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

permite el tratamiento de los datos personales de los trabajadores sin necesidad de obtener su consentimiento previo para ello.

Ahora bien, el hecho de que nos encontremos -nuevamente- ante una excepción a la regla general prevista por la normativa de protección de datos personales, obliga a que el tratamiento de estos se realice atendiendo al criterio de necesidad antes mencionado, debiéndose procurar que los datos personales solicitados y/o recopilados por el empleador sean aquellos que menor impacto causen respecto de los derechos de privacidad e intimidad de las personas.

¿Cuál sería la implicancia práctica de esto? Que si lo que se requiere es conocer si los trabajadores se encuentran prestando servicios durante el tiempo destinado a su jornada de trabajo, se implementen los medios de control idóneos que permitan la verificación de ello -es decir, que logren la finalidad buscada- siendo lo menos invasivos posible.

Sobre el particular, es oportuno recordar que el Tribunal Constitucional peruano ha señalado ya que la facultad de fiscalización que el ordenamiento jurídico concede al empleador no es un derecho absoluto que pueda limitar de forma desproporcionada e injustificada los derechos de los que, como persona goza un trabajador -entre ellos, los derechos a la intimidad, privacidad, imagen, entre otros-, incluso reconociendo que toda relación laboral implica el cumplimiento de obligaciones por parte del trabajador y el derecho del empleador de fiscalizarlo, "(...) ello no quiere decir que el trabajador deje de ser titular de los atributos y libertades que como persona la Constitución le reconoce (...)" (Tribunal Constitucional. STC N° 1058-2004-AA/TC, Rafael Francisco García Mendoza; 18 de agosto de 2004) (sic).

Así las cosas, aunque el Tribunal Constitucional reconoce que el empleador puede ejercer su poder fiscalizador durante el desarrollo y/o cumplimiento de la relación laboral, la validez de este ejercicio se determinará considerando si los mecanismos implementados son razonables y permiten, sin afectar innecesariamente el contenido de los derechos involucrados, cumplir los objetivos laborales propios del contrato de trabajo⁹.

Desde nuestra perspectiva, un análisis de esta naturaleza determinará que videovigilar indiscriminadamente a cualquier trabajador haciendo uso de las cá-

9 Ibid. Fundamento Jurídico N° 20.

maras instaladas en las computadoras otorgadas como herramientas de trabajo no es razonable y/o proporcional a la finalidad perseguida, pues, tratándose de personas que pueden ejecutar su trabajo de forma remota que están dotadas de una computadora para tales fines, la forma menos lesiva a su derecho a la intimidad consistirá en medir el uso o la actividad de esta herramienta de trabajo durante la jornada laboral.

¿Es posible llegar a esta información sin necesidad de capturar imágenes o videos de las personas? Desde luego, para ello existen herramientas informáticas que, instaladas en las computadoras, informan sobre (i) el uso que se ha dado al equipo, pormenorizando los programas y aplicaciones utilizados en cada momento, así como el tiempo de actividad en cada uno; o, (ii) la actividad e inactividad de una persona, en base al uso que le ha dado al teclado de la computadora.

En este entendido, para monitorear el uso del equipo individual otorgado como herramienta de trabajo no se requiere de la autorización del trabajador, aunque, desde luego, la sola posibilidad de esta verificación debe ser previa y debidamente informada a cada persona -pues podría implicar el acceso a comunicaciones o archivos propios de la vida privada de ella-, algo que puede realizarse al momento en que se hace entrega del equipo de trabajo. Sobre el particular, resulta relevante recordar que la Directiva N° 01-2020-JUS/DGTAIPD, Directiva para el tratamiento de datos personales mediante sistemas de videovigilancia, contiene reglas aplicables a la videovigilancia en el ámbito laboral, y que, aunque esta norma no se refiere a la geolocalización, consideramos que para efectos del análisis que nos encontramos realizando, resulta útil tener presente los criterios que propone, entre los cuales se encuentra el deber de informar a los trabajadores de la posibilidad de monitoreo.

Adicionalmente, no queremos dejar de mencionar que, desde nuestra perspectiva, una solución informática menos intrusiva y, quizás, más práctica y menos compleja podría consistir en implementar una herramienta destinada a que, siempre que la computadora esté encendida, efectúe periódica y aleatoriamente preguntas al usuario, las que podrían aparecer a manera de ventana emergente. Este mecanismo permitiría validar si un equipo de trabajo encendido, del que aparentemente se estaría haciendo uso durante la jornada laboral, efectivamente tiene a un usuario frente a él, atento a la pantalla: formulada la pregunta, el equi-

po permanecerá bloqueado hasta obtener una respuesta satisfactoria, generando alertas que midan el tiempo en que se ha permanecido en inactividad -es decir, el tiempo en que no se ha dado respuesta a lo requerido- desde iniciado el bloqueo.

Para facilitar esta solución, las preguntas deberían ser de respuesta objetiva y sencilla como, por ejemplo, qué hora es en este momento, qué programa informático te encuentras utilizando o cuál es el nombre de la persona que ocupa determinado puesto de trabajo. Ello se debe a que el objetivo de efectuar la interrogante no será evaluar la capacidad de respuesta ante un problema complejo sino determinar si el trabajador está en uso del equipo en algún momento de la jornada laboral elegido aleatoriamente, pues, por estarlo, podrá responder rápidamente a lo consultado, evidenciando que se encuentra a disposición de los requerimientos de su empleador.

Finalmente, resulta relevante señalar que, aunque el encontrarse en uso del equipo informático y responder prontamente ante un requerimiento pueden ser indicadores de que la persona se encuentra a disposición del empleador y que, por tanto, está cumpliendo con su obligación principal del contrato de trabajo, lo cierto es que ninguna de estas situaciones acredita de forma fehaciente la eficiencia de una persona en la prestación de servicios -es decir, que emplee el tiempo de trabajo de la mejor manera posible para las tareas que le son encomendadas-.

Si, como presumimos, lo que a un empleador interesa es determinar si la inversión que realiza al contratar a una persona es acorde a sus objetivos y maximiza sus recursos en un contexto económico adverso como el generado por la crisis económica global que ha dejado la pandemia de la Covid-19, quizás la herramienta más eficiente resulte ser reestructurar la organización del trabajo para medirlo por la consecución de metas u objetivos más que por el tiempo en que la persona se encuentra “conectada” a la red empresarial.

Así lo ha dejado a entrever, por ejemplo, la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR), la que al pronunciarse sobre el “control de asistencia en el trabajo remoto” ha señalado que el trabajo remoto debería medirse por la consecución de metas u objetivos, es decir, “(...) por el cumplimiento de encargos y

no por la cantidad el tiempo que el servidor se encuentre conectado a los medios digitales que emplea para realizar sus funciones (...)”¹⁰ (sic).

De acuerdo con este pronunciamiento, el trabajo remoto sería “incompatible” con la implementación de un registro de control de asistencia, pues el objetivo de este régimen sería que las personas desarrollen sus actividades “(...) en los horarios que mejor se adapten a sus actividades rutinarias, cuidando el balance entre la vida laboral y la familiar (...)”¹¹ (sic).

Por nuestra parte, discrepamos de la supuesta incompatibilidad entre el régimen y la obligación de control de asistencia, pues, si bien el trabajo remoto es más flexible en cuanto a los momentos en los que se presta el servicio, sigue siendo un régimen en el que el trabajador se sujeta a una jornada de trabajo y al pago de sobretiempo. Ciertamente, en el trabajo remoto continúa siendo necesario medir el tiempo de dedicación de las personas a las actividades laborales, pues la mayor flexibilidad no significa, de forma alguna, la eliminación del número de horas de la jornada de trabajo.

Pese a esta discordancia, el Informe Técnico N° 1234-2020-SERVIR-GPGSC representa un pronunciamiento que, aunque no vinculante, introduce un criterio relevante sobre cómo adaptar la organización de la relación laboral a los retos del trabajo a distancia: a efectos de medir la productividad, el empleador puede recurrir a determinar cuáles son las actividades asociadas a cada puesto de trabajo y su producción “regular” en un periodo de tiempo determinado -por ejemplo, una semana o un mes- de forma tal que los encargos asignados durante el trabajo remoto sean equivalentes o proporcionales a los que comúnmente desarrollaba de forma presencial¹².

3.2.3. Ubicación física del trabajador: la geolocalización

Adentrándonos en las múltiples posibilidades que permite el uso de tecnología, encontramos la geolocalización, que no es otra cosa que una herramienta

10 Véase numeral 2.5 del Informe Técnico N° 1234-2020-SERVIR-GPGSC, de fecha 11 de agosto del año 2020.

11 Ibid. Numeral 2.7.

12 Ibid. Numeral 2.6.

que permite ubicar geográficamente a una persona u objeto en un momento determinado.

Siendo ello así, conviene preguntarnos, ¿es necesario situar geográficamente a un trabajador para el desarrollo y/o cumplimiento de su contrato de trabajo? Desde nuestra perspectiva, la respuesta será depende: depende de cuál sea la forma de su relación laboral; depende de si, por sus funciones, el trabajador necesita encontrarse en un lugar específico para la prestación del servicio -o si, visto de forma inversa, se necesita que no preste servicios en determinados espacios-; y, finalmente, depende de qué ha sido acordado en el contrato de trabajo.

Comencemos refiriéndonos a este último aspecto. No debemos perder de vista que la relación laboral puede basarse en la suscripción de un contrato de trabajo y que, de ser el caso, estaríamos ante un acuerdo expreso de voluntades, regulado a partir de las cláusulas del documento que las partes han suscrito.

Bajo este entendido, si en el contrato de trabajo las partes acuerdan que la prestación de servicios a distancia se realice exclusivamente en determinado lugar -por ejemplo, en el domicilio del trabajador- o dentro de un ámbito geográfico específico -el que podría ser un distrito, una provincia, un departamento, una región o, inclusive, un país-, parece razonable que, advertido de la posibilidad, el trabajador pueda ser sometido a una revisión que alerte al empleador cuando el equipo informático otorgado para la prestación del servicio se encuentre fuera de la zona geográfica para la que ha sido asignado.

Esto podría efectuarse, por ejemplo, identificando a qué red de internet se conecta la computadora entregada como herramienta de trabajo. Para ello, bastará con implementar un sistema que remita alertas cuando el IP con el que el equipo se conecte al sistema empresarial provenga de una red ubicada en un lugar distinto al que, por contrato, le corresponde.

En cuanto al segundo aspecto, relativo a las funciones del trabajador, consideramos que se trata de una característica que debe abordarse desde dos aspectos: el primero, referido a la geolocalización como fin en sí misma; y, el segundo, referido a la geolocalización como un medio para un fin.

En el primero de estos casos -la geolocalización como fin en sí mismo-, nos referimos a trabajadores cuyos servicios hayan sido contratados para desarrollarse en determinadas zonas geográficas y que, por tanto, deban limitarse a ellas. Se nos ocurre, por ejemplo, casos como el del personal comercial, repartido

estratégicamente a lo largo de un territorio y que, por cuestiones de orden y de organización del negocio, debe ejecutar sus actividades sin interferir en zonas ajenas a la designada; o a personal que, por sus funciones y por la información de la que disponen, estén prohibidos de prestar servicios en lugares públicos -ya sea a vista de cualquiera o conectándose a redes abiertas- o en lugares distintos a su domicilio o, inclusive, de transportar y/o movilizar constantemente el equipo informático otorgado, pues realizar cualquiera de estas acciones expone innecesariamente al empleador a una pérdida de información crítica para la empresa.

En el segundo de estos casos -la geolocalización como fin medio para un fin-, nos referimos a supuestos en los que conocer la ubicación geográfica de la persona no es el fin perseguido, pero es la forma cómo salvaguardar otros bienes jurídicamente protegidos, como podría ser garantizar la seguridad de bienes y personas. Este sería el caso de la geolocalización realizada en unidades de transporte de caudales o de vehículos de transporte de pasajeros, casos en los que suele ser necesario conocer que se está cumpliendo con la ruta y el itinerario previsto para llegar al punto de destino sin mayor contratiempo, pues, de existir alguno, será necesario activar un protocolo de respuesta por tratarse de una situación insegura o irregular.

En todo caso, consideramos que en ambas situaciones la geolocalización sí resulta ser una herramienta válida para verificar la ejecución de la relación de trabajo pues, para prestaciones de servicios como las aludidas, el lugar donde se ejecuten las actividades resulta ser consustancial al cumplimiento de la obligación del trabajador o, en su defecto, relevante para garantizar el resultado esperado.

Finalmente, en cuanto al primer aspecto, referido a la forma de la relación laboral, nos referimos a un criterio más coyuntural que los dos anteriores, pues está vinculado con el elemento jurídico que habilita el trabajo a distancia: la regulación del trabajo remoto o del teletrabajo.

Como es sabido, el teletrabajo, tal y como está hoy regulado en la Ley N° 30036, Ley que regula el teletrabajo, es un régimen que habilita la prestación de servicios dentro del territorio nacional¹³, por lo que la ubicación geográfica de la persona contratada resulta ser un elemento relevante al momento de evaluar la

13 Véase artículo II del Decreto Supremo N° 009-2015-TR, Reglamento de la Ley 30036, Ley que regula el teletrabajo.

prestación del servicio. Por su parte, el trabajo remoto¹⁴, propio de una coyuntura de emergencia, no nació limitado al territorio nacional sino que, en realidad, surgió para facilitar la prestación de servicios de los trabajadores, donde fuere que estos se encontrasen en el mes de marzo del año 2020, sea que su lugar de aislamiento coincidiera con su domicilio o no, pudiendo encontrarse dentro o fuera del territorio nacional -recordemos que el trabajo remoto fue la respuesta que dio el Gobierno tras haber dispuesto el cierre de fronteras del territorio, lo que dejó en el extranjero a buena cantidad de ciudadanos-.

Esta diferencia entre ambos regímenes determina que, mientras una persona permanezca realizando trabajo remoto, la geolocalización para identificar si se encuentra en su domicilio o dentro o fuera del país devenga en innecesaria, pues el lugar físico desde donde el trabajador se conecta a ejecutar sus obligaciones laborales no es consustancial al régimen que lo habilita. Distinta solución podría tenerse en un régimen de teletrabajo, pues la regla de este es que el servicio se ejecute dentro del territorio nacional, por lo que su validez dependerá del lugar de la prestación.

4. Conclusiones

- La llamada nueva normalidad ha obligado a que muchas empresas reorganicen sus procesos internos, lo que incluye no solo la ejecución de los estos sino, además, la forma cómo se controla y/o vigila la actividad laboral.
- En el contexto de la prestación de servicios remota, el ejercicio de la facultad de fiscalización del empleador podría vulnerar derechos constitucionales de los trabajadores, como el derecho a la intimidad de la persona y el derecho a la autodeterminación informativa, siendo este último el que permite que toda persona controle el acceso y/o suministro que se

14 Decreto de Urgencia N° 026-2020, Establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del coronavirus (Covid-19) en el territorio nacional, y Decreto Supremo N° 010-2020-TR, Desarrolla disposiciones para el Sector Privado, sobre el trabajo remoto previsto en el Decreto de Urgencia N° 026-2020.

tiene de información que puede afectar su intimidad, lo que desde luego incluye sus datos personales.

- De acuerdo a la normativa de protección de datos personales, aunque la regla para el tratamiento de estos consiste en obtener el consentimiento previo e informado de su titular, cuando se trate de datos necesarios para la celebración y ejecución de la relación laboral, el empleador se encontrará exento de obtenerlo.
- Para encontrarse amparado por la excepción, el empleador deberá garantizar que los datos personales tratados superan un examen de necesidad, es decir, que se trata de información estrictamente necesaria e idónea para el fin que se busca cubrir -esto es, la ejecución del contrato de trabajo- y que, además, se ha informado al trabajador del ejercicio de esta facultad.
- Dado que el poder de dirección y las facultades inherentes al mismo habilitan al empleador a supervisar la ejecución de los servicios de su personal, este es un fin lícito que el empleador puede alegar para prescindir del consentimiento previo del trabajador y gestionar el vínculo laboral tratando sus datos personales.

Pese a ello, esta habilitación no es absoluta, sino que deberá evaluarse en cada caso si el dato recopilado por el empleador es pertinente para el fin que se busca y si no existe alguna forma menos intrusiva de lograr el mismo resultado; de haberla, no se superaría el examen de necesidad y el tratamiento realizado sería desproporcionado o excesivo, no estando amparado por la normativa.

Bibliografía

Decreto Supremo N° 003-97-TR [Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo]. Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. 21 de marzo de 1997.

Decreto de Urgencia N° 026-2020 [Presidencia de la República del Perú]. Establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del coronavirus (Covid-19) en el territorio nacional.

- Decreto Supremo N° 010-2020-TR [Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo]. Desarrolla disposiciones para el Sector Privado, sobre el trabajo remoto previsto en el Decreto de Urgencia N° 026-2020.
- Ferro Delgado, Víctor (2019). *Derecho individual del Trabajo en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Ley de Protección de Datos Personales. Por la cual se garantiza el derecho fundamental a la protección de los datos personales a través de su adecuado tratamiento, en un marco de respeto de los demás derechos fundamentales que en ella se reconocen. 02 de julio de 2011.
- Ley N° 30036. Por la cual se regula el teletrabajo, como una modalidad especial de prestación de servicios caracterizada por la utilización de tecnologías de la información y las telecomunicaciones (TIC), en las instituciones públicas y privadas, y promover políticas públicas para garantizar su desarrollo. 04 de junio de 2013.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Directiva N° 01-2020-JUS/DG-TAIPD aprobada por Resolución Directoral N° 02-2020-JUS/DGTAI-PD. 14 de febrero de 2020.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Anuario Estadístico Sectorial 2020. Serie Histórica /27. Edición Mayo, 2021.
- Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales. 21 de marzo de 2013. Decreto Supremo N° 003-2013-JUS.
- Reglamento de la Ley N° 30036, Ley que regula el teletrabajo. 02 de noviembre de 2015. Decreto Supremo N° 009-2015-TR.
- Tribunal Constitucional. STC N° 1058-2004-AA/TC, Rafael Francisco García Mendoza; 18 de agosto de 2004.
- Tribunal Constitucional. STC N° 045-2004-AI/TC, Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima; 29 de octubre del año 2005.