

EL EJERCICIO DEL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR Y SUS LÍMITES FRENTE A LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

THE USE OF THE EMPLOYER'S MANAGEMENT POWER AND ITS LIMITS AGAINST THE RIGHTS OF WORKERS

Carlos Jiménez Silva

Universidad ESAN, Perú

<https://orcid.org/0000-0002-8338-8068>

Xiomara Jacqueline Ramírez Sarmiento

Universidad ESAN, Perú

<https://orcid.org/0000-0002-4744-0025>

Mónica Francesca Charre Quispe

Universidad ESAN, Perú

<https://orcid.org/0000-0001-5134-9710>

Resumen

Las tecnologías de la información y la comunicación aplicadas en las relaciones laborales tienen una serie de implicancias constitucionales sobre los límites del ejercicio del poder de dirección, del cual se han emitido distintos pronunciamientos. De ahí surge el interés académico por desarrollar este tema. Se ha recurrido a la doctrina y, desde un punto de vista práctico, a las sentencias del Tribunal Constitucional y a casaciones de la Corte Suprema. El artículo aborda una breve introducción, seguida de algunos conceptos generales so-

bre el poder de dirección, el cual se disgrega en tres poderes: reglamentario, fiscalizador y sancionador, incluyendo en cada apartado el análisis y notas a los diversos casos jurisprudenciales.

Palabras clave: poder de dirección, función reglamentaria, función fiscalizadora, función sancionadora, límites del ejercicio del poder de dirección.

Abstract

The information and communication technologies applied in labor relations have a series of constitutional implications on the limits of the use of the power of management, of which there have been different pronouncements, hence the academic interest. In order to develop this topic, we have resorted to the doctrine and, from a practical point of view to the Constitutional Court Rulings and Supreme Court Cassations. The article then deals with a brief introduction, followed by some general concepts on the power of direction, which is broken down into three powers: Regulatory Power, Supervisory Power and Sanctioning Power, including in each section the analysis and notes to the various case law cases.

Keywords: management power, regulatory function, supervisory function, sanctioning function, limits to the exercise of management power.

1. Introducción

En los últimos años se ha podido apreciar el uso masivo de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), las cuales constituyen una herramienta fundamental para el desarrollo de diferentes actividades empresariales. Ahora bien, en el marco de una relación laboral es muy común que, por un lado, los trabajadores la utilicen para facilitar sus labores, a lo que se agrega su uso para mandar correos electrónicos, publicar en las redes sociales dentro del horario de trabajo o fuera de este, o que los empleadores recurran a este medio por una necesidad de vigilar y controlar a sus trabajadores (propio de su facultad de dirección), para monitorearlos de diversas formas, entre ellas a través de dispositivos de videovigilancia. Esto último puede constituir una extralimitación de las facultades del empleador, pues de alguna forma se está invadiendo la esfera privada del trabajador; y por parte del trabajador, de-

viene en una ampliación de su autonomía al disponer de estas herramientas tecnológicas sin restricciones.

Es así que esta herramienta aplicada al derecho laboral trae consigo una serie de implicancias de índole constitucional y laboral, las cuales se tratarán de resolver con las herramientas jurídicas para lograr un equilibrio entre los derechos laborales, el derecho de propiedad y la libertad de empresa, aunque muchas veces se genere una suerte de discrepancias cuando se toma una posición muy proteccionista hacia el trabajador, como se puede apreciar en algunas resoluciones del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema en sus diversos pronunciamientos.

En el presente artículo se tratará de efectuar un análisis de los principales problemas que surgen como consecuencia del empleo de las TIC, a partir de los pronunciamientos efectuados por el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema y la Corte Superior de Justicia, adoptando medidas que permitan reducir el conflicto entre los derechos del empleador —que derivan del derecho constitucional de la libertad de empresa y propiedad, y se materializan en su poder de dirección como gestor de la actividad empresarial— y los derechos del trabajador. Ciertamente, existen derechos constitucionales específicos e inespecíficos. Los primeros se ejercen dentro de una relación de trabajo. Los segundos son aquellos que cada persona tiene como ciudadano y se convierten en específicos dentro de una relación laboral; estos derechos se refieren a la intimidad, al secreto de las comunicaciones, a la imagen, y muchas veces entran en confrontación con otros derechos del empleador que este ejerce en uso de su facultad directriz. Es en tal orden de ideas que se establece una ponderación de derechos partiendo del test de proporcionalidad, a partir de lo señalado por el Tribunal Constitucional, a efectos de establecer una preferencia al resolver el conflicto o incertidumbre jurídica.

2. El poder de dirección del empleador

El poder de dirección, entendido tradicionalmente como la facultad del empleador de mandar y la correlativa obligación de obedecer del trabajador cambia, pasa a primer plano la subordinación económica; el trabajador sirve a los intereses del empresario sin que sea controlado o reciba órdenes para el efecto. Esto se materializa en la libertad del trabajador al no tener este horarios ni

recibir instrucciones de cómo realizar la prestación y la jornada, lo que origina muchas veces que el trabajador se autoexplote para mantener el empleo.

El trabajador es responsable del cumplimiento de las metas con independencia del tiempo que emplee para ello; si no cumple los objetivos, podrá ser despedido por motivo de capacidad.

En algunos casos no le interesarán al empleador ni el lugar ni el tiempo que se emplee en la labor contratada, sino que esta se realice con la calidad esperada, de cara a las preferencias del consumidor final. De este modo, cualquier lugar y momento es adecuado para prestar servicios. Y con ello no se separa la vida laboral, personal y familiar del trabajador¹.

No obstante lo señalado, el control empresarial, que eventualmente puede ser ejercido por medios tecnológicos, orientado a determinar los resultados esperados de la contratación —y que parte de la libertad de empresa regulada en el artículo 59 de la Constitución— tiene límites, que son los derechos inespecíficos que posee el trabajador como ciudadano y que se convierten en específicos dentro de una relación laboral. Estos son el derecho a la intimidad, al honor y a la imagen, regulados en el artículo 2 de la Constitución, que se refiere a los derechos de la persona.

A nivel infraconstitucional, el poder de dirección del empleador se define, a partir de la subordinación del trabajador, como la facultad del empleador «para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador»².

Ahora bien, es importante tener presente que el poder de dirección debe ejercerse dentro de los márgenes legales permitidos y en observancia de los derechos fundamentales que les asisten a los trabajadores aun por encima de su condición de tales. Así, «los derechos fundamentales extienden sus alcances dentro y fuera de las relaciones laborales, prevaleciendo aún, sobre la facultad directriz que nuestra legislación le concede al empleador, la misma que debe observar y garantizar el respeto por la dignidad y libertad de la persona humana, pilares fundamentales de nuestra sociedad, que no son ajenos a la

1 Adrián Todolí Signes, *Regulación del trabajo y política económica: de cómo los derechos laborales mejoran la economía* (Pamplona: Aranzani, 2021).

2 Artículo 9 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobada mediante Decreto Supremo 003-97-TR.

condición de trabajador, sino que, por el contrario, mantienen su vigencia y primacía»³. Esto significa que, aun cuando el trabajador ingrese en una relación laboral, conservará todos los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política, que en la doctrina se denominan *derechos inespecíficos*.

Según Roig, la Constitución protege también el principio de la autonomía de la voluntad. Así, «los poderes empresariales derivan del ejercicio del derecho de propiedad, la existencia de un contrato de trabajo, así como el reconocimiento de la libertad de empresa, siendo las facultades del empresario la organización del trabajo, el control de las obligaciones contractuales y la sanción en caso de incumplimiento»⁴.

2.1. Función reglamentaria y sus límites

La función reglamentaria deriva de la facultad de dirección del empleador. Este poder generalmente se manifiesta mediante el reglamento de empresa o reglamento interno. A través de esta función, el empleador establece las reglas generales sobre la organización de la empresa, su funcionamiento, las funciones de cada trabajador, así como las sanciones disciplinarias respectivas en caso de incurrir en alguna falta.

Ahora bien, este poder tiene dos limitaciones. El primero, de carácter normativo, parte de la Constitución, las leyes y los reglamentos respectivos; la segunda limitación está dada por el principio de razonabilidad. Con respecto a este, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente: «El principio de razonabilidad supone que la medida restrictiva se justifique en preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso: Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que se persiga un fin legítimo y, además con rango constitucional»⁵.

El derecho constitucional que se persigue aplicar es el derecho constitucional a la libertad de empresa, lo que supone el ejercicio de las facultades del poder de dirección del empresario, entre ellas, la facultad normativa. Esta,

3 Javier Dolorier Torres y Paola del Villar Jara, «El principio constitucional a la igualdad y a las diferencias remunerativas establecidas por el empleador: ¿límite al ejercicio de la facultad directriz», *Gaceta Constitucional* 20 (agosto 2009): 225.

4 Antonio Roig Battalla (coord.), *El uso laboral y sindical del correo electrónico e Internet en la empresa: aspectos constitucionales, penales y laborales* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2007), 35.

5 Tribunal Constitucional, Expediente 2235-2004-AA/TC, fundamento 6, segundo párrafo. Citada en la Resolución 691-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, del 28 de diciembre de 2021.

ciertamente, se puede materializar en la implementación por el empleador de un reglamento interno de trabajo o de directivas vinculadas a la prestación de servicios, que tendrán como límite los derechos específicos o inespecíficos del trabajador, regulados como derechos de la persona en el artículo 2 de la Constitución: el derecho a la opinión, derecho de información, derecho a la imagen, el derecho al secreto de las comunicaciones y otros derechos vinculados con la dignidad del trabajador.

Este poder de dirección de carácter funcional, que atiende a los fines de la empresa y a las exigencias de la producción, tiene, entonces, límites que buscan preservar los derechos del trabajador tanto personales como patrimoniales. Y es en tal orden de ideas que pasamos a desarrollar algunos pronunciamientos. A continuación, veremos algunos casos donde se han emitido diversos pronunciamientos en los que hay una contradicción entre dos derechos que parten de la Constitución: el ejercicio del poder de dirección y la protección de derechos constitucionales específicos e inespecíficos del trabajador.

a) Caso Sunat

En este caso, un grupo de trabajadores fueron sancionados por utilizar el correo electrónico institucional, otorgado por su empleador, es decir la Sunat. Esta había prohibido su uso para hechos ajenos a la prestación de servicios, y ello supone que no se puede recurrir al correo institucional para fines sindicales.

La Sunat, en ejercicio de su poder de dirección, materializó dicha prohibición a través de documentos de gestión normativa, Reglamento Interno de Trabajo y otros de carácter institucional; con base en ello, y para confirmar la sentencia materia de apelación que declaró infundada la demanda, la segunda instancia laboral consideró que esta prohibición es válida, en tanto no se ha demostrado que se lesione el ejercicio de la libertad sindical de los trabajadores de la Sunat.

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente que resuelve el recurso de casación consideró que se ha violado el deber a la debida motivación, en tanto no se ha tenido en consideración la doctrina del Tribunal Constitucional, que se desarrolla sobre la base del artículo 23 de la Constitución. Esta supone que el Estado asume la siguiente responsabilidad con respecto al trabajo: ninguna relación de trabajo puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador, los cuales

se habrían infringido al prohibir el uso del correo electrónico para actividades sindicales.

Añade que el ejercicio de la libertad sindical, garantizada en el artículo 28, inciso 1 de la Constitución, no ha sido analizado por los jueces de segunda instancia judicial. Así, se protege en su dimensión plural la autonomía sindical, esto es, la posibilidad de que el sindicato pueda funcionar libremente, sin injerencias o actos externos que lo afecten⁶.

Al respecto, es importante analizar si este ejercicio del poder de dirección supone alguna violación de la Constitución, norma o reglamento, o implica un uso irrazonable del poder de dirección del empleador.

En este caso, claramente se puede observar la existencia de un conflicto entre el derecho constitucional a la libertad de empresa, que permite gestionar de la mejor manera su producción y eficiencia, y el ejercicio, también constitucional, de la libertad sindical de los trabajadores, el cual se puede ver afectado por la prohibición del uso del correo institucional para difundir información propia de la dinámica sindical.

Frente a estos dos derechos constitucionales en conflicto, se puede mencionar lo siguiente:

- La proporción del correo institucional es para facilitar las labores de los trabajadores y su uso debe concordar con el principio de buena fe laboral, que debe regir las relaciones de trabajo.
- El empleador no se encuentra en obligación de tolerar el uso de los medios informáticos para otros fines distintos de los laborales dentro del horario de trabajo.
- El empleador no se encuentra obligado a cubrir los costos derivados del uso de los medios informáticos para fines distintos de los laborales.

Sobre esta base, se puede señalar que cuando el empleador proporcione un correo institucional, este debe ser usado razonablemente, conforme al principio de «buena fe laboral». Este es un principio indispensable que debe regir toda relación laboral en la cual «el trabajador vinculado jurídicamente a un empleador asume el compromiso de desempeñar con eficiencia y esmero, mediante una ejecución de Buena Fe, lo concerniente a su actividad; la Buena Fe impone al trabajador la obligación de abstenerse de todo acto que pueda perjudicar al empleador, de igual manera éste también queda limitado para

6 Casación 003939-2011-TACNA, del 18 de mayo de 2012.

realizar conductas lesivas que perjudiquen al trabajador»⁷. De esta manera, ambas partes se encuentran limitadas a realizar conductas que puedan perjudicarlos entre sí. Por ello es mejor que este tema sea negociado entre los trabajadores y el empleador, consiguiendo con ello legitimidad.

En suma, la prohibición resultará razonable siempre que se justifiquen los motivos por los cuales no es posible brindar la facilidad requerida al trabajador, si consideramos que brindar el correo institucional es una facilidad material. Entonces, sí sería razonable siempre que se justifique esta prohibición. Se puede tener como referencia el Convenio de la OIT 143, que señala que el empleador debe «poner a disposición de los representantes de los trabajadores las facilidades materiales y la información que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones, con las condiciones y medidas que establezca la ley nacional o el convenio colectivo»⁸.

Se puede establecer que la prohibición no limita el ejercicio de la libertad sindical, toda vez que existen mecanismos alternos para que los sindicatos puedan ejercer su derecho; el sindicato puede establecer cuentas con un dominio distinto al correo institucional (ejemplo: ***@sindicato.com). De esta manera, queda claro que el empleador no puede ingresar a verificar el contenido de los correos personales del trabajador; por el contrario, cuando se trata de correos institucionales, puede acceder al contenido de los correos asignados al trabajador, por métodos no invasivos, como, por ejemplo, viendo los destinatarios del correo y el tiempo empleado en ello, en tanto la dirección electrónica no le pertenece al trabajador, y partiendo del supuesto que advirtió previamente al trabajador de dicha posibilidad de control.

Tal como señala Roig, las fiscalizaciones deben centrarse en el correo profesional, que se reserva a las gestiones del trabajador relacionadas con la empresa. Si bien es más fácil justificar la conveniencia del control del correo profesional, ello no excluye las garantías del secreto de las comunicaciones a estos mensajes profesionales. Por ello, las fiscalizaciones deben estar justificadas, ser proporcionales y razonables. La revisión del correo personal del trabajador, según este autor, será muy excepcional, únicamente cuando no

7 Leopoldo Gamarra Vilchez, «El deber de buena fe del trabajador: faltas graves derivadas de su transgresión», en *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano* (Lima: SPDTSS, 2004), 485-486.

8 Este convenio no ha sido ratificado por el Perú, pero se puede tomar como referencia.

hay un medio menos gravoso para comprobar una actuación indebida del trabajador⁹.

b) Caso Nestlé

El segundo caso por analizar es el resuelto por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República¹⁰. La Sala considera que la empresa Nestlé vulnera el derecho del secreto de las comunicaciones del trabajador al estipular en los artículos 44 y 45 del Reglamento Interno de Trabajo lo siguiente:

Artículo 44°.- Son herramientas de trabajo de propiedad de Nestlé, entre otros, las computadoras —*incluidas las cuentas de correo electrónico (e-mails)*— la página web, los programas e información que haya en las mismas.

El personal de la empresa no debe mantener almacenado en los servidores de Nestlé archivos que no tienen relación con las necesidades del negocio, esto es: almacenamiento de música, videos, cadenas, juegos y diversos archivos ajenos a las actividades propias de la compañía.

[...]

Artículo 45°.- En el caso que el colaborador tenga un correo electrónico asignado por la empresa, este es el responsable de su uso, estando reservado exclusivamente para actividades propias de su labor en Nestlé, por tanto, la empresa está facultada para revisar el contenido de los mismos. Los mensajes deberán ser redactados como si fuera un documento que pudiera llegar a ser parte de los archivos de la Compañía y que podría ser utilizado como evidencia por las autoridades judiciales¹¹.

La Corte Suprema argumenta que, aunque el soporte de los instrumentos tecnológicos (computadoras, correos electrónicos) pertenece a la empresa, esto no significa que pueda asumir la propiedad única y exclusiva del contenido de tal información o comunicación, ya que ello distorsiona el esquema de los

9 Roig Battalla (coord.), *El uso laboral y sindical...*, 83.

10 Casación 14614-2016-LIMA, del 10 de marzo de 2017.

11 Corte Suprema, Expediente 14614-2016, del 10 de marzo de 2017. Se refiere al exceso del empleador al señalar que es propietario del correo electrónico y de la colisión de derechos a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones de los trabajadores (Lima, 10 de marzo de 2017, sala Arévalo Vela, Yrivarren Fallaque, Rodas Ramírez, De la Rosa Bedriñana y Malca Guaylupo).

atributos de la persona, como es el secreto de las comunicaciones. Asimismo, señala que la empleadora no puede justificarse en su poder de fiscalización para poder acceder a los correos de sus trabajadores, pues evidentemente se encuentra prohibido por la Constitución.

Es así como el colegiado termina alegando que constituye un exceso que Nestlé Perú S. A. señale que es propietaria de los correos electrónicos, así como de su contenido y se encuentre facultada a revisarlos. Admitir como válida tal posibilidad, de que el empleador ingrese a las cuentas de correo de sus trabajadores, como se menciona en los artículos 44 y 45 del Reglamento Interno de Trabajo, significa colisionar con las normas constitucionales¹².

Para sustentar la resolución, la Corte Suprema señala la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, el cual menciona que, si se trata de determinar que se usó el correo electrónico en forma desproporcionada en horas de trabajo para fines distintos de los que imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acceder al contenido de los correos es iniciar una investigación de tipo judicial, otorgándose las garantías del caso¹³.

Asimismo, señala que es importante que el empleador determine su política respecto del uso exclusivo de los medios informáticos de la empresa y que justifique las razones de la posibilidad de realizar los monitoreos necesarios para verificar el uso adecuado de dichos recursos tecnológicos.

Opinamos que, en este caso, podría establecerse dicha posibilidad de acceder al correo institucional a través de métodos no invasivos previamente advertidos al trabajador; por ejemplo, determinar quiénes son los destinatarios de los correos enviados por el trabajador y el tiempo empleado en ello.

Existe jurisprudencia extranjera en este sentido. En España el Supremo Tribunal, Sala Social, ha dispuesto que, de acuerdo con las reglas de la buena fe, una empresa, antes de acceder a los correos electrónicos proporcionados al trabajador, debe establecer algún tipo de reglas para los usos de los correos electrónicos institucionales, con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales, informando a los trabajadores de que se procederá a su control para determinar su uso correcto, así como medidas para garantizar la efectividad laboral del medio informático proporcionado, de ser el caso.

12 Corte Suprema, Expediente 14614-2016, del 10 de marzo de 2017.

13 Tribunal Constitucional, Expediente 04224-2009-PA/TC, del 19 de julio de 2011. Se refiere al acceso de los empleadores a los correos electrónicos de su personal a fin de fiscalizar su uso adecuado (Lima, 19 de julio de 2011, sala Mesía Ramírez, Eto Cruz y Beaumont Callirgos).

c) Caso Serpost

En este proceso el empleador imputa falta grave a su extrabajador. Este afirma, en cambio, que su empleador le habría atribuido, de manera arbitraria, el uso indebido de los recursos de la empresa —computadora y correo electrónico— dentro del horario de trabajo para realizar actividades de carácter personal, ajenas al servicio para el que fue contratado. Por su parte, lo que señala exactamente el empleador es que su extrabajador había enviado material pornográfico a través de los recursos tecnológicos proporcionados, lo cual representa una falta grave, por lo cual podía despedir a su trabajador por el incumplimiento de sus obligaciones de trabajo, en sentido estricto, por el quebrantamiento de la buena fe laboral y el incumplimiento del RIT¹⁴.

En esa sentencia el tribunal analizó la acción de amparo interpuesta por un trabajador, a través de la cual solicitaba su reposición a su puesto de trabajo. También analizó si los medios informáticos proporcionados por la empresa pueden considerarse de su dominio exclusivo o si, por el contrario, existe un campo de protección hacia los trabajadores.

Finalmente, el Tribunal Constitucional concluyó que la facultad fiscalizadora del empleador no lo habilita a acceder a los correos de carácter personal de sus trabajadores, debido a la «reserva elemental a la que se encuentran sujetas las comunicaciones y documentos privados y la garantía de que tal reserva solo puede verse limitada por mandato judicial y dentro de las garantías predeterminadas por la ley»¹⁵.

En nuestra opinión, la posición tomada por el tribunal no es la correcta, en tanto no establece límites al derecho constitucional del secreto a las comunicaciones, el cual no es un derecho absoluto, de acuerdo con el derecho de propiedad, la libertad de contratación y de empresa. Así, el Tribunal Constitucional precisa lo siguiente:

... si bien el empleador goza de las facultades de organizar, fiscalizar y sancionar, de ser el caso, si el trabajador incumple sus obligaciones; esto no quiere decir que se vean limitados los derechos constitucionales de los trabajadores, como lo establece el artículo 23, tercer párrafo, de la Constitución; y *tampoco significa que tales*

14 Artículo 25, inciso a) del Texto Único Ordenado del D. L. 728, del 21 de marzo, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Lima, 27 de marzo de 1997).

15 Tribunal Constitucional, Expediente 1058-2004-AA/TC.

*atributos puedan anteponerse a las obligaciones de trabajo, de manera tal que estas últimas terminen por desvirtuarse*¹⁶ (cursivas añadidas).

En tal orden de ideas, es necesario implementar medidas o lineamientos del uso de las TIC en el marco de la actividad laboral. Una medida sería regular previamente el uso de estos mecanismos de comunicación, en el cual la fiscalización y el control sean implementados de forma proporcional y razonable.

Jorge Luis Acevedo propone, al respecto, los siguientes requisitos para controlar el uso de los correos corporativos:

- 1.º El empleador deberá haber comunicado previamente al trabajador que podrá monitorear el correo electrónico corporativo.
- 2.º El empleador deberá informar al trabajador de manera previa acerca de las condiciones del uso del correo electrónico corporativo.
- 3.º Si el empleador ha cumplido con estos requisitos previos entonces se encuentra facultado para revisar los mensajes del correo electrónico proporcionado a los trabajadores para el desarrollo de sus labores¹⁷.

Ahora bien, es importante señalar que dicha intervención de los correos debe observar el principio de proporcionalidad, de tal forma que el fin que se persiga con la revisión de los correos electrónicos otorgados por la empleadora sea proporcional a la intensidad de la posible vulneración o amenaza al derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.

2.2. Función fiscalizadora y sus límites

La facultad de fiscalización se ejerce dentro del marco de la relación de trabajo y sobre las labores contratadas; dentro de los límites constitucionales, legales, reglamentarios y contractuales, con base en el principio de razonabilidad y ponderación cuando está en contradicción con otros derechos del trabajador.

Así, esta fiscalización que realiza el empleador puede hacerse mediante cámaras de videovigilancia, pero se halla condicionada por ciertos límites vinculados al derecho de intimidad y honor del trabajador, así como al trata-

16 Tribunal Constitucional, Expediente 1058-2004-AA/TC.

17 «Sentencia del TC previene mal uso de los correos electrónicos», *Actualidad empresarial*, 2 de octubre de 2020, <https://actualidadempresarial.pe/noticia/sentencia-del-tc-previene-mal-uso-de-los-correos-electronicos/542ccabd-5efa-4aad-89c8-34806fac1eeb/1>

miento de datos personales, dados a través de una directiva del Ministerio de Justicia¹⁸. Entonces, de acuerdo con esta norma, es posible poner una cámara de videovigilancia en el lugar donde se presta el servicio; esta, sin embargo, no debe estar oculta, y el uso de dicho medio debe advertirse al trabajador; es decir, se le tiene que comunicar que se está haciendo uso de cámaras para fiscalizar su labor y cuál es el motivo por el que se han implementado. Dichas cámaras no pueden ubicarse en ambientes sociales, como comedores, baños o vestidores.

En suma, si bien resulta válido que el empleador pueda hacer uso de sistemas de videovigilancia para fiscalizar la labor de sus trabajadores, esto debe establecerse bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y respetando los datos personales del trabajador. Se puede justificar el uso de las cámaras de videovigilancia donde se necesite vigilar que los empleados cumplan con determinadas medidas de seguridad a efectos de evitar infortunios laborales, o cuidar que hagan uso correcto de máquinas.

A continuación, se analizan dos resoluciones vinculadas a la fiscalización del empleador a través de cámaras de videovigilancia.

a) Caso D'onofrio

El Tribunal Constitucional analizó la demanda presentada por el representante de un sindicato, en la cual se solicitaba que no se instalen cámaras en el área del trabajo, ya que con ello se estaría vulnerando el derecho a la dignidad e intimidad del personal¹⁹. Al respecto, el tribunal señaló que la compañía sí vendría actuando conforme al Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo, en los lineamientos referentes al deber del empleador de garantizar a sus empleados la seguridad industrial dentro de las instalaciones de la fábrica.

Entonces, se menciona que el acondicionamiento de cámaras dentro de la fábrica tiene como finalidad apoyar a la empresa en la prevención de accidentes industriales, controlar riesgos, etc.; asimismo, que se instalaron en áreas

18 Directiva 01-2020-JUS/DGTAIPD, del 1 de enero, Directiva de Tratamiento de Datos Personales mediante Sistemas de Videovigilancia (Lima, 16 de marzo de 2020).

19 Tribunal Constitucional, Expediente 02208-2017-PA/TC, del 25 de setiembre de 2020. Se refiere a la instalación de redes de cámaras de video en el lugar de trabajo (29 de setiembre de 2020, sala Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini y Sardón de Taboada).

públicas donde el personal transita libremente y no en áreas privadas. De esta manera, se estaría justificando la implementación de tecnología de vigilancia.

Además, se puede diferenciar que el acondicionamiento de cámaras dentro de la fábrica tiene como objetivo dar seguimiento a los procesos de elaboración de los productos y, de ser el caso, poder examinar algún problema que podría ocurrir en la producción o que pueda generar un riesgo para la seguridad del personal; por ejemplo, revisar que todas las vías de evacuación rápida se hallen libres, conservar todas las áreas seguras libres de cualquier peligro, vigilar que las fuentes de energía se encuentren en buen estado y, por último, poder verificar los videos de seguridad cuando se presenten reclamos relacionados con la presencia de cuerpos extraños en los productos.

Finalmente, el Tribunal Constitucional tomó en cuenta que la contraparte no habría sido clara en precisar de qué manera las cámaras de videovigilancia contravenían los derechos a la dignidad, intimidad o salud del personal, dado que solo se limitó a mencionar que las cámaras de videovigilancia se habían instalado con la finalidad de tener un control total, permanente y estricto de la jornada laboral del personal, imposibilitando de esa manera, que trabajen sin ninguna perturbación.

En consecuencia, se desestimó la demanda de amparo al no haberse probado los derechos constitucionales alegados por la representación del Sindicato de Obreros y D'Onofrio S. A.

b) Caso Sinatracmac

Esta caso se refiere al despido de un trabajador por haber utilizado indebidamente el equipo de cómputo y correo electrónico institucional para fines personales, distintos de las funciones otorgadas, y afectar la imagen del empleador y del propio trabajador al divulgar información protegida y sensible, como lo era el estado de salud de un compañero de trabajo, sin contar con la autorización correspondiente²⁰.

20 Tribunal Constitucional, Expediente 04386-2017-PA/TC, del 27 de octubre de 2020. Se refiere al uso indebido del correo institucional y al derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (27 de octubre de 2020, sala Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera).

En esta sentencia se llegan a establecer una serie de lineamientos que protegen al trabajador frente a un despido que se justifica en pruebas que vulneren el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

En el sustento del despido se indicaba que el empleador habría sustraído estos datos infiltrándose en el correo del trabajador sin permiso de este, y sin autorización judicial. Esa información había sido obtenida mediante el hackeo de la cuenta del correo electrónico por parte del empleador.

Frente a ello, el Tribunal precisó que en el caso se observaban dos importantes puntos de análisis: la utilización indebida del correo institucional por parte del empleado y la utilización por parte del empleador del correo electrónico por el trabajador como instrumento para sustentar la falta grave que llevó al despido.

Según precisa la sentencia, los medios probatorios que justificaron el despido habrían sido obtenidos de manera ilícita, afectando, de esta manera, el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, de acuerdo con lo señalado en el inciso 10 del artículo 2 de la Constitución. Esta norma señala: «Toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley».

En tal orden de ideas, el tribunal decidió declarar fundada la demanda de amparo, al haberse vulnerado los derechos constitucionales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones por el ejercicio abusivo del poder de dirección del empleador.

2.3. Función sancionadora y sus límites

En la relación entre el empleador y trabajador debe existir disciplina y orden para un adecuado funcionamiento de la empresa. Por ello, se le otorgan al empleador facultades para dictar medidas de carácter obligatorio siempre y cuando estas cumplan con los alcances y límites señalados por la Constitución, la ley, los reglamentos y el principio de razonabilidad al momento de aplicar la sanción al trabajador.

La facultad sancionadora es importante debido a que su aplicación puede llegar a dar por finalizado el vínculo laboral, respetando ciertos límites que condicionan la aplicación de la sanción máxima de desvinculación empresa-

rial, tales como el principio de legalidad, proporcionalidad, imputación, demostración y *non bis in idem*.

La finalidad de la función sancionadora es poder «castigar un incumplimiento actual para poder prevenir otros futuros»²¹. Asimismo, según el laboralista Guillermo Cabanellas, citado por Fernández, «la facultad disciplinaria se define como la facultad patronal de sancionar los actos del trabajador que constituyen faltas en la prestación de los servicios. Dichas faltas pueden consistir en acciones u omisiones, perjudiciales para el régimen de producción, perturbadoras de la organización interna o corrosivas de la disciplina de la empresa»²².

En tal sentido, la facultad sancionadora surge con la finalidad de garantizar un adecuado y correcto desarrollo de la labor del trabajador en el proceso productivo, procurando disminuir conductas que puedan perjudicar el cumplimiento de las obligaciones de la relación laboral.

Desarrollamos un caso que puede graficar el uso excesivo de la facultad de sanción por el empleador a través de las redes sociales.

Caso Ripley

En este proceso la materia controvertida gira en torno a determinar si el despido de un trabajador de Ripley es nulo, por haberse vulnerado sus siguientes derechos²³:

- a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales.
- b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en calidad de tal.

21 Javier Espinoza Escobar, «Los requisitos para el ejercicio válido de la potestad sancionatoria del empleador», *Soluciones Laborales*, n.º 125 (mayo 2018): 13-24, https://www.researchgate.net/publication/352192690_Los_requisitos_para_el_ejercicio_valido_de_la_potestad_sancionatoria_del_empleador

22 Víctor Fernández Álvarez, «El derecho disciplinario laboral o derecho penal laboral», *Revista Ensayos Penales*, n.º 8 (febrero 2014): 89-92, <http://bivice.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblio/texto/EP/08.pdf#page=91>

23 Poder Judicial del Perú, Expediente 12945-2013-0-1801-JR-LA-11, del 13 de noviembre de 2015. Se refiere al incumplimiento de disposiciones y normas laborales (13 de noviembre de 2015, Ángel Tomás Ramos Rivera). Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación por el demandante, pero mediante auto S/N de fecha 14 de setiembre de 2015, se tiene por desistido del recurso de casación interpuesto por el demandante, con lo cual concluye el proceso, declarándose infundada la demanda sobre reposición.

- c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del artículo 25.

Los hechos son los que se describen a continuación. El demandante habría publicado en su perfil de Facebook, en tres oportunidades, lo siguiente:

- Fotografía con la imagen del director ejecutivo y la gerente de Recursos Humanos de la empresa, con la descripción «OYE NORBERTO Y SI EN VEZ DE DECIR CRECER, CRECER, CRECER, DECIMOS HAY QUE PAGAR, PAGAR, PAGAR».
- El trabajador compartió en su muro de Facebook un fotomontaje o «meme» en donde el director ejecutivo de la empresa se encontraba acompañado de Natalia Málaga y el artista Melcochita, y en el que todos tenían puesta la camiseta de la selección peruana. Los personajes se dirigían al director diciéndole: «¡Desahuevate mierda!» y «Quítate esa camiseta IMBÉCIL».
- El trabajador publicó una fotografía de una mano sosteniendo una tarjeta con la palabra «INCOMPETENTE», donde se mencionaba lo siguiente: «¿A quién se le cayó la tarjeta? ¿En qué oficina puedo dejarla?» etiquetando a diversas personas del sindicato de Ripley.

Asimismo, se señala en el proceso que los comentarios que se hicieron en dicha publicación fueron consecuencia del reclamo que se estaba haciendo debido a las horas extras que no se habían pagado a un grupo de trabajadores, procedimiento que se había iniciado por el Ministerio de Trabajo.

Las publicaciones hechas por el trabajador ocasionaron que las personas de la red social sigan con los insultos, burlas y críticas hacia la empresa. Además, en cada publicación el demandante daba «Me gusta» a cada comentario ofensivo.

Es como consecuencia de ello que se despidió al trabajador.

El demandante sostiene que se ha vulnerado su derecho a la libertad de expresión, porque las publicaciones realizadas no contienen actos de injuria o faltamiento de palabra en contra de la empresa y lo hizo en calidad de Secretario de Defensa del Sindicato. Señaló también que el ingreso a su cuenta de Facebook era ilegal.

La empresa responde que no hay un despido nulo, sino que el extrabajador en cuestión fue despedido por incurrir en faltas graves tipificadas en el

artículo 25 de la LPCL²⁴, referidas al «incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral...», la vulneración del Reglamento Interno de Trabajo, la injuria y faltamiento de palabra en contra del empleador, sus representantes u otros trabajadores.

De esta manera, el empleador menciona que la sanción estaba debidamente justificada, en tanto que el trabajador había cuestionado la moralidad y legitimidad de las actuaciones de la empresa, ofendiendo y emitiendo comentarios denigrantes.

En primera instancia, la sentencia fue emitida por el Décimo Primer Juzgado de Trabajo Permanente, que declaró fundada la demanda por despido nulo y ordenó la reposición del demandante, con los siguientes fundamentos:

- La cuenta de Facebook tenía carácter público, por lo cual, no habría vulneración a la intimidad del extrabajador.
- *El juzgado sostuvo que lo que se expresó en la cuenta de Facebook no se considera como una injuria o faltamiento de la palabra, porque solo se ponía de manifiesto la deuda que se tenía con los trabajadores, lo que no configura una falta grave. El juzgado mencionó que para que sea considerado injuria, es necesario que las ofensas sean proferidas de manera directa por el trabajador.*
- Asimismo, sobre los comentarios, el juzgado menciona que la publicación sí resulta ofensiva pero que no bastaba con revisar la parte objetiva, sino que se tiene que analizar el ánimo de causar una injuria.
- En la tercera publicación no se ve que haya una ofensa hacia la empresa o compañero de trabajo, porque la palabra «incompetente» se presenta de manera genérica. De igual manera, con los «Me gusta» no se estaría constituyendo injuria.

En tal sentido, el Juzgado de Primera Instancia sostuvo que no se podía acreditar el actuar ilegítimo por parte del demandante, por cuanto no existían elementos suficientes para considerar que el despido fue objetivo y razonable. Por tanto, ordenó su reposición por la configuración de despido nulo.

Esta sentencia fue revocada por la Cuarta Sala Laboral Permanente de Lima. La demanda fue declarada infundada por los siguientes fundamentos:

- *El acceso al perfil del demandante era público y, por tanto, susceptible de intervención de terceros sin autorización, por lo cual no había lesión del derecho a su intimidad.*

24 Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobada por Decreto Supremo 003-97-TR.

- En el Reglamento Interno de Trabajo de Ripley S. A. hubo una obligación expresa que prohibía perjudicar la buena imagen de la empresa.

En razón de ello no hay justificación para vulnerar tal prohibición con las publicaciones del trabajador despedido a través de la red social Facebook.

Asimismo, la Sala menciona que el demandante, como secretario de Defensa, tiene la obligación de mostrar una conducta diligente en las relaciones laborales.

Ahora, si bien el caso le da la razón al empleador sobre la sanción que impuso al trabajador por el mal uso de las redes sociales, cabe preguntarse si realmente se estaría restringiendo la libertad de expresión y opinión debido a que las publicaciones fueron hechas en el perfil personal de Facebook del trabajador. Entonces, sería válido preguntarse: ¿qué límite tiene el empleador para sancionar a un trabajador por publicaciones en su perfil personal?

Lacalle menciona que un primer límite para tomar en cuenta como medio de prueba las publicaciones que se realizan en una red social es que estas se obtengan sin vulnerar ningún derecho fundamental. Además, menciona que es importante revisar si la red social es de carácter privado o público, ya que si tiene información «abierta», no se estaría vulnerando el derecho a la intimidad del usuario de Facebook²⁵.

En tal sentido, como un primer requisito para resolver la controversia del presente caso es revisar si el perfil del trabajador sancionado por publicar contenido ofensivo en contra de Ripley era público, como efectivamente lo fue. Ahora, si bien el trabajador alega que se estaría vulnerando su derecho a la libertad de expresión y opinión, sería cuestionable por los argumentos anteriormente expuestos.

La Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su artículo 19 dice que: «Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión»²⁶. Además, en la Constitución Política del Perú (1993), título 1, capítulo 1, artículo 2,

25 Alejandra Lacalle Muls, «El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral», *IusLabor*, n.º 1 (2018): 232-252, <https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/337811>

26 Naciones Unidas, *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948; (2015), https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf

inciso 4 se consigna lo siguiente: «A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley». Estos derechos del trabajador, sin embargo, tienen límites.

Si bien el derecho a la libertad de opinión y expresión son derechos constitucionalmente protegidos y se consideran como derechos inespecíficos de los trabajadores, el hecho de que el trabajador haya hecho publicaciones en su cuenta personal estaría vulnerando el Reglamento Interno de Trabajo de Ripley, en el que hay una obligación de no violar la imagen de la empresa. Es así que la sanción tiene sustento en la afectación para la empresa y no en una restricción de tales derechos, debido a que si el trabajador hiciera alguna publicación que no tenga consecuencias para la empresa donde trabaja, entonces no podría ser cuestionada.

3. Conclusiones y recomendaciones

1. El poder de dirección del empleador, derivado del derecho de propiedad, de la libertad de empresa, y la existencia del contrato de trabajo no son ilimitados. Tienen límites que están vinculados a los derechos constitucionales inespecíficos de la persona, como el derecho a la intimidad, la imagen y el secreto de las comunicaciones. Estos derechos que se tienen como ciudadano se convierten en laborales dentro de una relación de trabajo.
2. Es importante establecer estos límites al ejercicio del poder de dirección del empleador a partir de la Constitución, las leyes, reglamentos, y el principio de razonabilidad.
3. Frente a la concurrencia conflictiva de dos derechos constitucionales, por ejemplo la libertad de empresa —de la cual deriva el poder de dirección del empleador—, y derechos inespecíficos, como el secreto de las comunicaciones, se debe adoptar el principio de proporcionalidad, con base en los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*.
4. Las redes sociales que se definen como una plataforma tecnológica que permite a sus usuarios vincularse entre sí a través de sus diversos perfiles, creando información que los conecta. Puede adoptar dos formas: una social, vía Facebook, y otra profesional, a través de LinkedIn. Estas redes

sociales se han convertido en un instrumento de gestión de las empresas y de colaboración entre sus empleados; en tal sentido, es necesario establecer límites al acceso a la red social frente al ejercicio del poder de dirección del empleador cuando la red social es privada, como se ha advertido en algunas resoluciones analizadas en este trabajo.

5. Las cámaras de videovigilancia son razonables en tanto el empleador es garante de la seguridad y salud de sus trabajadores, pero su implementación debe respetar determinados límites, como son: no estar ocultas, que sean colocadas en lugares donde se realiza la prestación del servicio y que se señale el motivo por el cual se decide instalarlas. En algunos supuestos donde se hayan presentado robos en la empresa, y exista la sospecha de que han sido trabajadores de ella, consideramos que en forma excepcional debería permitirse grabar a los trabajadores que prestan servicios en el lugar de las apropiaciones donde se desarrolla la prestación del servicio. En este caso, se deben aplicar los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

REFERENCIAS

- «Sentencia del TC previene mal uso de los correos electrónicos». *Actualidad Empresarial*, 2 de octubre de 2020. <https://actualidadempresarial.pe/noticia/sentencia-del-tc-previene-mal-uso-de-los-correos-electronicos/542ccabd-5efa-4aad-89c8-34806fac1eeb/1>
- Dolorier Torres, Javier y Paola del Villar Jara. «El principio constitucional a la igualdad y a las diferencias remunerativas establecidas por el empleador: ¿límite al ejercicio de la facultad directriz?». *Gaceta Constitucional* 20 (agosto 2009): 223-231.
- Espinoza Escobar, Javier. «Los requisitos para el ejercicio válido de la potestad sancionatoria del empleador». *Soluciones Laborales*, n.º 125 (mayo 2018): 13-24. https://www.researchgate.net/publication/352192690_Los_requisitos_para_el_ejercicio_valido_de_la_potestad_sancionatoria_del_empleador
- Fernández Álvarez, Víctor. «El derecho disciplinario laboral o derecho penal laboral». *Revista Ensayos Penales*, n.º 8 (febrero 2014): 89-92. <http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/EP/08.pdf#page=91>
- Gamarra Vílchez, Leopoldo. «El deber de buena fe del trabajador: faltas graves derivadas de su transgresión». En *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano*, 485-486. Lima: SPDTSS, 2004.
- Lacalle Muls, Alejandra. «El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral». *IusLabor*, n.º 1 (2018): 232-252. <https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/337811>
- Naciones Unidas. *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948; 2015). https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf
- Roig Batalla, Antonio (coord.). *El uso laboral y sindical del correo electrónico e Internet en la empresa: aspectos constitucionales, penales y laborales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007.
- Todolí Signes, Adrián. *Regulación del trabajo y política económica: de cómo los derechos laborales mejoran la economía*. Pamplona: Aranzani, 2021.

Sobre los autores

Carlos Jiménez Silva

Abogado. Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Curso de posgrado en Gestión de Talento Humano en la Universidad ESAN. Profesor en la Maestría de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad San Martín de Porres. Profesor en la Universidad ESAN en la carrera de Derecho Corporativo. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Xiomara Jacqueline Ramírez Sarmiento

Bachiller en Derecho Corporativo por la Universidad ESAN. Curso de Intercultural Management in International Business and Global Business en la Universidad ESAN. Asistente Legal del Estudio Jurídico Ramírez EIRL.

Mónica Francesca Charre Quispe

Estudiante de la Facultad de Derecho Corporativo de la Universidad ESAN. Gracias al programa VirtualEx: Transforming Knowledge participó en dos cursos: Gestión Ambiental, y Modelos de Negocios Circulares, en la Universidad de La Sabana, Colombia. También estudia pedagogía en la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle e inglés en la Asociación Cultural Peruano Británica.