

DOS MINUTOS DE DOCTRINA

27 de octubre de 2015

“¿DÓNDE ESTÁS CORAZÓN? ¡NO OIGO TU PALPITAR!”

A los nostálgicos, el título les hará recordar una famosa “canción mejicana” con letra y música del compositor Luis Martínez Serrano (1900-1970), estrenada en 1924. A nosotros nos sirve para identificar el problema creado a raíz de un mecanismo de seguimiento del personal de una empresa.

En agosto de 2012, Fischer Argentina SA decidió instalar en los teléfonos celulares de sus empleados una aplicación denominada “Show Position” que, actuando como un localizador geográfico, permitía conocer en todo momento y en tiempo real su ubicación; sobre todo de aquellos que se desempeñaban como viajantes.

Varios de éstos (con una antigüedad de nueve a treinta y seis años de trabajo en la empresa) se presentaron ante la justicia para que se restablecieran las condiciones laborales que imperaban antes de la introducción del sistema.

Los reclamantes entendieron que éste “ampliaba” sus tareas (pues los obligaba a oprimir diversos botones cuando llegaban al domicilio de un cliente, concretaban una venta o cobraban su valor). Un esfuerzo seguramente sobrehumano...

En su opinión, el nuevo sistema también constituía una intromisión en sus vidas privadas, porque Fischer pasaba a conocer, *durante las veinticuatro horas del día*, dónde desarrollaban sus actividades laborales y extralaborales, “lo que

redundaba en su preocupación e inseguridad, puesto que se trataba de información que ponía en peligro sus bienes y sus familias”, por cuanto desconocían quién recababa la información y cuál era su destino final. También objetaron desconocer las razones que llevaron a implementar ese sistema de control y seguimiento personal.

Fischer, por su parte, sostuvo que sólo pretendió optimizar las tareas habituales (como el diseño de itinerarios de los vendedores sin duplicaciones de trayectos, la transmisión de novedades sobre visitas, ventas, cobranzas, causales de ausentismo, etc.)

Pero además Fischer alegó que el uso de los celulares donde estaba instalada la aplicación era voluntario, surgía de la propia decisión de los empleados y no constituía un requisito impuesto por la empresa. Nada impedía que aquellos encendieran sus equipos al realizar su primera visita y los desconectarán luego de la última o, incluso, apagarlos entre visitas.

El empleador mencionó que la resistencia de los demandantes obedecía a su interés

en no revelar cuántas visitas “cara a cara” realizaban a los clientes, puesto que aquéllos preferían concertar operaciones por vía telefónica antes que mediante encuentros presenciales, una técnica de menor eficacia que los encuentros personales.

En primera instancia se dio la razón a los demandantes, por lo que Fischer apeló.

La Cámara¹ anticipó que confirmaría el fallo. Dio por probado que los reclamantes no debían cumplir un horario de trabajo determinado, que podían usar sus teléfonos celulares sin restricciones y aún fuera de la jornada laboral si deseaban hacerlo y que cada uno de ellos se hacía cargo de los gastos de telefonía en que incurría.

Los jueces entendieron que desde la instalación de la aplicación, Fischer tuvo acceso, en todo momento y al instante, a la información relativa a la precisa localización geográfica de sus empleados. Como éstos no tenían un horario predeterminado, “resultaría difícil determinar el momento de inicio o finalización [de sus tareas] al efecto de apagar los aparatos”; una exigencia que sería injustificada y arbitraria puesto que el uso de los equipos no se encontraba sujeta a ningún tipo de restricción, puesto que los empleados podían usarlos para llamadas de índole personal, ya que eran ellos mismos quienes solventaban los gastos correspondientes.

En consecuencia, la Cámara sostuvo que la implementación del software “implicó, más allá de la incorporación de tareas inherentes a su manipulación” —¿pero se trataba acaso de reactores atómicos o apenas de simples teléfonos celulares?— “una

inadmisible intromisión en la esfera íntima y privada de los demandantes en abierta violación a los derechos y garantías constitucionales, la normativa nacional e internacional vigente y los principios generales del derecho”. ¡Caramba!

Para los magistrados, “se trató de un sistema invasivo, que mostraba la posición del trabajador a partir del encendido de su teléfono, a lo que se agregó la incertidumbre provocada por desconocer, a ciencia cierta, quiénes poseían la información acerca de su ubicación geográfica en todo momento”.

La Cámara entendió que Fischer omitió rebatir estos argumentos, y su apelación se limitó a sostener dogmáticamente que no se vulneraban los datos personales de su personal como consecuencia del nuevo software. El tribunal entendió que el empleador no aportó ninguna prueba para demostrar que el sistema relevaba a los empleados de tener que realizar tareas administrativas, ni para desvirtuar “su desautorizado avance por sobre la vida privada de los dependientes” o “la aplicabilidad de las normas que fundaron la sentencia anterior”. Fischer, en opinión de los jueces, no mencionó “articulación o compatibilidad alguna entre sus facultades como empleador y los derechos personalísimos de los reclamantes”.

El argumento de que Fischer no tuviera “un operador *on line* siguiendo los pasos de los vendedores pues el sistema producía reportes y no era un sistema de vigilancia” fue rechazado, porque el tribunal consideró que la mera posibilidad de conocer la ubicación de sus empleados durante las veinticuatro horas (aunque no se usaran los datos correspondientes a su vida extra laboral) era cuestionable.

¹ In re “Pavolotzki c. Fischer”, CNTrab (IX), 2015; LL 21/10/2015; AR/JUR/28356/2015

Para la Cámara, la solución propuesta por Fischer (desconectar los dispositivos) fue arbitraria, ya que su sistema de geolocalización se activaba automáticamente al encendérselos. Como se los usaba también para comunicaciones personales, no había modo de evitar que el empleador entrara en posesión de datos personales.

Los jueces entendieron que Fischer no sólo omitió criticar suficiente y fundadamente la sentencia anterior, sino que no logró demostrar la razonabilidad de su necesidad de contar con un relevamiento de datos con la magnitud y extensión señaladas para que sus empleados cumplieran sus tareas.

Existió por parte de Fischer, en opinión de los magistrados, “una dogmática discrepancia con lo decidido” en la instancia anterior, pero no una elaboración crítica idónea ni precisión o detalles acerca del funcionamiento de la aplicación, el tratamiento y destino concreto de la información obtenida y las características de seguridad del desarrollo técnico en cuestión. Finalmente, la Cámara entendió que la política de Fischer violaba la Ley de Datos Personales, puesto que no contaba con el consentimiento de su personal para legitimar la obtención de la información relativa a su ubicación física.

En resumen, si bien *el empleador cuenta con la facultad de controlar la labor de los trabajadores mediante diversos medios técnicos, ello no puede llevarse a cabo sin*

considerar la dignidad y la intimidad del dependiente y las garantías constitucionales.

El fallo nos produce cierta hesitación. En primer lugar, argumentar que apretar botones de un nuevo teléfono implica una *ampliación de tareas* del personal habría impedido, por ejemplo, que las empresas de transporte reemplazaran las mulas por camiones, o que en las oficinas se sustituyera la pluma de ganso por procesadoras de texto.

En segundo lugar, ¿fue un problema de prueba el que hizo que Fischer perdiera el pleito, o realmente el intento de identificar dónde se encontraba su personal en todo momento violó irremisiblemente los derechos humanos? El fallo no responde a la pregunta acerca de si un sistema de geolocalización del personal (pero separado del sistema telefónico) podría llegar a ser lícito. Una empresa minera, con obreros dispersos en campamentos en zonas cordilleranas, ¿no podría usar un sistema semejante? ¿Y una empresa de transportes por camión? ¿Y quien distribuye dinero en cajeros automáticos? ¿Y una empresa naviera con personal embarcado o de asistencia médica?

Nos parece peligroso que de este interesante fallo intenten deducirse conclusiones de alcance general. ¿Es intrínsecamente ilegal que el empresario pregunte a sus empleados “dónde estás, corazón” o que lo averigüe por su cuenta?

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**