

El poder empresarial de control a distancia en Italia

The employers' power of remote control in Italy*

Juan Gil Plana*

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-6212-9032

Recibido: 11/7/2022

Aceptado: 4/11/2024

doi: 10.20318/labos.2024.9122

Resumen: A diferencia de lo que durante mucho tiempo ha sucedido en el derecho del trabajo español, caracterizado por una referencia escueta al poder de control en el artículo 20.3 de nuestro Estatuto de los Trabajadores, en el ordenamiento italiano desde la década de los setenta del siglo pasado se han implementado varias previsiones en materia de control empresarial, entre las que se encuentra la posibilidad de utilizar sistemas de control a distancia o remotos. En este ensayo se ofrece una aproximación a la configuración jurídica del control empresarial a distancia contenida en el Estatuto de los Trabajadores italiano, dando cuenta tanto de la versión original como del alcance de su reforma al amparo del *Jobs Act*.

Palabras clave: Poderes de control, control a distancia, instrumentos tecnológicos, datos, intimidad.

Abstract: In the Italian legal system, in contrast to what happened in Spanish labour law, since the seventies of last century, several provisions have been configured in the field of employer control, among which is the possibility of using remote control systems, without there being a similar provision in our legislation. This essay offers an approach to the legal configuration of remote company monitoring contained in the Italian Workers' Statute, giving an account of both the original version and the scope of its reform under the *Jobs Act*.

Keywords: Power of control, remote control, technological tools, data, privacy.

* Este ensayo es fruto de mi estancia de investigación en la Università degli Studi de Padova, actualizado a septiembre de 2024.

** juangil@der.ucm.es

1. Introducción

El objetivo de este estudio es ofrecer al operador jurídico español una aproximación a la regulación del poder de control a distancia del empresario en el ordenamiento jurídico italiano, también (y sobre todo) a la luz de las importantes transformaciones que se han producido recientemente, no sólo a nivel normativo y jurisprudencial, sino también en la práctica, en respuesta a los cambios económicos, sociales y tecnológicos que también han afectado al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; evitaremos la comparación con nuestro ordenamiento porque se ha descartado realizar un estudio comparado en esta primera aproximación.

Sin embargo, este objetivo no puede perseguirse sin un sucinto examen previo de cómo se configura en el Derecho Italiano la relación subordinada entre empresario y trabajador, que –incluso ante la expansión de los tipos de contrato y las nuevas formas de trabajo (incluidas las formas digitalizadas)– sigue siendo el modelo típico¹ de la relación en Italia. El Código Civil italiano (en adelante CCI) no contiene una definición de lo que ha de concebirse como relación laboral por cuenta ajena ni de “contrato de trabajo”. El artículo 2094 del CCI contiene, de hecho, únicamente la definición de “trabajador por cuenta ajena”, identificado como aquel que “se obliga, a cambio de una remuneración, a colaborar en la empresa, prestando su propio trabajo intelectual o manual a la dependencia y bajo la dirección del *empresario*”.² Doctrina y jurisprudencia italiana han identificado unánimemente como rasgo significativo del citado precepto su inciso final referido a los conceptos de “dependencia” y “dirección”, de la que se desprenden los rasgos más destacados de la relación entre las partes del contrato de trabajo.³

En particular –y por lo que aquí interesa– se señala cómo, en el contexto de la relación de trabajo por cuenta ajena, la figura del empresario desempeña un papel crucial y complejo. En efecto, el cumplimiento de las obligaciones que incumben al trabajador implica inevitablemente su inclusión en la organización de la empresa, dentro de la cual el riesgo de afectar –entre otras cosas– la privacidad del trabajador es elevado.⁴

¹ Sobre lo que en Italia se conoce como la “tesis de la indisponibilidad del tipo”, véase SCOGNAMI-GLIO, Renato: “La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº 2, 2001, p. 116; M. PEDRAZZOLI, Mario: “Dal lavoro autonomo al lavoro subordinato”, in *Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro. Atti delle Giornate di Studio di diritto del lavoro. Salerno, 22-23 maggio 1998*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 95 y p. 138; D’ANTONA, Massimo: “Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, nº 1, 1995, p. 73.

² Es interesante, a este respecto, señalar que el legislador italiano ha incluido esta disposición en el Libro V (“Del lavoro”) del CCI, que se basa en el concepto de empresa, y no dentro del Libro IV (“Delle obbligazioni”), que regula en cambio las principales relaciones de intercambio; ver, por todos, MAGNANI, Mariella: *Diritto del Lavoro*, 1º ed., G. Giappichelli Editore, Turín, 2019, p. 5.

³ BALLESTRERO, María Victoria. y DE SIMONE, Gisella: *Diritto del lavoro*, 2ª ed., G. Giappichelli Editore, Turín, 2015, pp. 96 y ss.

⁴ Por lo que respecta específicamente a *la intimidad de los trabajadores*, véase, por todos PISANI, Carlo, PROIA, Giampiero y TOPO, Adriana (dir): *Privacy e lavoro: la circolazione dei dati personali ei controlli nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milán, 2022.

De hecho, el empresario es titular de un poder que va más allá de la mera gestión de la empresa y que le permite incidir directamente en la vida profesional y potencialmente también en la vida personal de los trabajadores. La configuración clásica de la relación de trabajo por cuenta ajena sitúa de hecho al empresario en una posición de preeminencia con respecto al trabajador, reconocida explícitamente por el apartado 1º del artículo 2086 del CCI,⁵ según el cual “el emprendedor es el jefe de la empresa y de él dependen jerárquicamente sus colaboradores”. En línea con lo anterior, el apartado 2º del artículo 2104 del CCI, viene a establecer que el trabajador debe “observar las instrucciones que para la ejecución y disciplina del trabajo imparta el empresario a los empleados de éste los cuales dependen jerárquicamente”.

De las dos disposiciones que se acaban de mencionar se desprende claramente la característica emblemática de la relación de trabajo por cuenta ajena, a saber: la sujeción del trabajador a las directrices del empresario en la realización de la prestación pactada en el contrato. Por lo tanto, el CCI hace hincapié en la forma en que se realiza el trabajo y, en consecuencia, entre los indicios sintomáticos de subordinación se encuentra la obligación por parte del trabajador de realizar su actividad de forma continuada, acatando las directrices dadas por el empresario (al que está jerárquicamente subordinado) en cuanto al tiempo, lugar y forma de realización del trabajo.

Otra norma importante relativa a la figura del empresario es el artículo 2082 del CCI, que define al empresario como “quien ejerce profesionalmente una actividad económica organizada con el fin de producir o intercambiar bienes o servicios”. El corolario de esta previsión normativa es, sin duda, el reconocimiento del poder de dirección atribuido al empresario, a través del cual puede coordinar la prestación del servicio y utilizarlo en función de las necesidades de su actividad empresarial. Sin embargo, como ya sabemos dicho poder no es más que uno de los tres poderes reconocidos al empresario, ya que a él se añaden el poder de control y el poder disciplinario.

La tríada de poderes de que dispone el empresario presupone la titularidad de éste de una serie de facultades discrecionales para la persecución de los intereses y fines de la empresa. Este supuesto encuentra su fundamento constitucional en el artículo 41 de la Constitución Italiana (en adelante CI),⁶ que sanciona la libertad de organización empresarial, aunque sujeta a límites externos e internos. En efecto, dicha libertad, por una parte, no debe en ningún caso comprometer ni la dignidad y la personalidad de los trabajadores, ni la seguridad y la salubridad de los ambientes de trabajo (“límites externos”) y, por otra, no puede en modo alguno legitimar actos discriminatorios en virtud de

⁵ VITAGLIANO, Chiara: “Potere di controllo datoriale: nuove tecnologie e tutela dei lavoratori nella società digitale”, en *European Journal of Privacy Law & Technologies*, nº 1, 2022, p. 351.

⁶ El artículo 41 de la CI establece que “la iniciativa económica privada es libre. No puede realizarse en conflicto con la utilidad social o de forma que perjudique la salud, el medio ambiente, la seguridad, la libertad o la dignidad humana. La ley determina los programas y controles adecuados para que la actividad económica pública y privada pueda orientarse y coordinarse con fines sociales y medioambientales”.

las disposiciones combinadas de los artículos 2,⁷ 3⁸ y 41 de la Constitución italiana con el artículo 15⁹ del Estatuto de los Trabajadores italiano –Ley n° 300, de 20 de mayo de 1970, en adelante ET– (“límites internos”).

En virtud de las facultades atribuidas a la figura del empresario, la relación laboral difiere de otras relaciones contractuales ordinarias y de las posiciones conocidas por el Derecho civil italiano en la medida en que el empresario dispone de ciertas prerrogativas que exceden de las comúnmente concedidas al contratista. Desde esta perspectiva, las facultades del empresario representan uno de los rasgos distintivos de la subordinación, ya que, en el caso de otros contratos de prestación de servicios, civiles o mercantiles, no se reconocen tales facultades a ninguna de las partes, limitándose el poder de control en estos supuestos a verificar la exacta ejecución de la obra o servicio comprometido.

2. Los poderes empresariales en el Derecho del Trabajo Italiano

2.1. *El poder de dirección*

Entre los poderes reconocidos al empleador, el fundamento del desarrollo de un trabajo por cuenta y organización ajena se encuentra en el poder directivo, respecto del cual los poderes disciplinarios y de vigilancia son subsidiarios, siendo aquél la capacidad del empresario para configurar, dirigir y organizar su empresa. El poder directivo atribuido al empresario incorpora en sí mismo una doble vertiente: una dinámica, en la medida en que tiene el poder de organizar su propia empresa y a sus empleados, proporcionando a estos últimos directrices específicas en cuanto a la forma en que debe realizarse el trabajo, incluida la disciplina del llamado “*ius variandi*”, de conformidad con lo previsto en el artículo 2103 del CCI; y otra estática, expresión de la posición ontológica de superioridad jerárquica en la que se sitúa el empresario con respecto al empleado.

Como ya hemos indicado anteriormente el artículo 2094 del CCI consagra la obligación del trabajador de realizar la prestación bajo la supervisión y dirección del

⁷ El artículo 2 de la CI sanciona que “la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo como en las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes obligatorios de solidaridad política, económica y social”.

⁸ El artículo 3 de la CI prevé que “todos los ciudadanos tienen igual dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales. Es deber de la República eliminar los obstáculos económicos y sociales que, al limitar efectivamente la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana, y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.

⁹ El artículo 15 del ET contempla que “es nulo cualquier acuerdo o acto encaminado a: a) subordinar el empleo de un trabajador a la condición de que se afilie o no a un sindicato o deje de formar parte de él; b) despedir a un trabajador, discriminarlo en la asignación de calificaciones o tareas, en los traslados, en las medidas disciplinarias, o perjudicarlo de cualquier otra forma por su afiliación o actividad sindical o por su participación en una huelga. Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplica también a los acuerdos o actos directos con fines políticos, religiosos, raciales, idiomáticos o de sexo, discapacidad, edad, nacionalidad o discriminación por motivos de orientación sexual o creencias personales”.

empresario. Por lo tanto, esta disposición también reconoce en manos de este último un poder directivo específico, correspondiendo al trabajador el deber de diligencia previsto en el artículo 2104 del CCI.¹⁰

El poder directivo lo ejerce el empresario en relación con el objeto del contrato de trabajo, es decir, en el ámbito de las tareas que éste conlleva, y se concreta en la posibilidad de que el empresario dé órdenes al trabajador sobre la forma en que debe realizarse el trabajo. Este poder encuentra, de hecho, su límite en la empresa y su organización. El ejercicio del poder de dirección permite al empresario especificar concretamente el tipo y la forma de ejecución de las tareas y funciones asignadas a los trabajadores. Dichas órdenes no podrán ser incumplidas arbitrariamente por el trabajador, salvo en los casos expresamente previstos en la ley –imaginemos el supuesto prototípico de la orden dada por el empresario contrario a la norma vigente–, así como en los casos en que la orden dada por el empresario sea ilegal.¹¹ En efecto, el empresario no está investido de un poder de dirección incondicional e ilimitado por cuanto dicho poder nunca debe ejercerse de manera que pueda atentar contra los derechos o la dignidad del trabajador o ser contrario a las normas imperativas. En particular, nunca debe atentarse contra la integridad psicofísica del trabajador y debe garantizarse un entorno de trabajo protector de su esfera física y moral.

2.2. *El poder disciplinario*

En caso de que el trabajador demuestre haber incumplido las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, entra en juego la segunda facultad atribuida al empresario, la disciplinaria. Esta última consiste en la facultad de imponer sanciones disciplinarias oportunas ante incumplimientos imputables al trabajador, que van desde la amonestación

¹⁰ El artículo 2104 del CCI establece que “el trabajador deberá emplear la diligencia exigida por la naturaleza de la prestación debida, por el interés de la empresa y por el interés superior de la producción nacional. Asimismo, deberá observar las instrucciones que para la realización y disciplina del trabajo le impartan el empresario y los trabajadores de éste de los que dependa jerárquicamente”.

¹¹ Así ocurre, por ejemplo, cuando el empresario incumple gravemente el contrato, o cuando ha cometido un incumplimiento que causa un perjuicio irreparable a las necesidades del trabajador o le expone a una responsabilidad penal. En este sentido véase, por todas, Sentencia de la Corte Suprema de Casación (en adelante STCass) nº 10227/2023, de 18 de abril afirma que “en los contratos onerosos, entre los que se encuentran los contratos de trabajo, si una de las partes invoca el incumplimiento de la otra como justificación de su incumplimiento, el juez debe proceder a una valoración comparativa de la conducta, atendiendo no tanto al mero elemento cronológico como a las relaciones causales y proporcionales existentes entre las prestaciones no realizadas respecto de la función económica y social del contrato, todo ello a la luz de las obligaciones recíprocas de lealtad y buena fe previstas en los artículos 1175 y 1375 del CCI, y conforme al mismo artículo 1460 del CCI, de modo que la alegación de incumplimiento sea conforme a la buena fe y no meramente instrumental a la intención de eludir las propias obligaciones contractuales”. Así, el Tribunal de Casación dictaminó que la negativa del trabajador a cumplir una orden del empresario sólo es legítima cuando la conducta del trabajador está justificada por la equidad y la buena fe, y no es un mero pretexto para eludir las obligaciones derivadas del contrato de trabajo.

verbal hasta el despido, en función de la gravedad del incumplimiento, de forma proporcionada conforme al artículo 2106 del CCi que viene a establecer que “la inobservancia de las disposiciones [...] puede dar lugar a la aplicación de sanciones disciplinarias, según la gravedad de la infracción”. Es evidente que con este precepto civil se introduce la regla de la proporcionalidad en el ejercicio de la potestad disciplinaria.

La normativa relativa a la potestad disciplinaria y, en particular, la determinación de las conductas sancionables, el alcance de la sanción que puede imponerse y el procedimiento disciplinario que debe seguirse, se encuentra en el artículo 7 del ET. En primer lugar, además de las conductas ilícitas, es decir, contrarias a las normas imperativas, son sancionables todas las conductas contrarias al régimen disciplinario de la empresa. Por ello el procedimiento disciplinario previsto en el antecitado precepto estatutario parte del principio de legalidad que supone en el ordenamiento italiano que el empresario está obligado a adoptar un régimen disciplinario que contenga una lista de conductas prohibidas u obligatorias en la empresa y la previsión de las correspondientes sanciones pertinentes en caso de infracción. Este régimen disciplinario debe, necesariamente, estar expuesto en un lugar accesible a todo el personal, y su omisión impide al empresario imponer sanción alguna, no pudiendo ser sustituida su publicidad por otros medios diferentes. No será necesario el previo conocimiento de posibles infracciones si éstas derivan de la contravención de una norma legal o de un deber fundamental.

El artículo 7 del ET, además, proporciona indicaciones precisas sobre el procedimiento disciplinario, sancionando expresamente la imposibilidad de que el empresario adopte una medida disciplinaria contra el trabajador sin haberle notificado previamente por escrito la acusación y haberle citado para un interrogatorio cruzado. A este respecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 7 del ET cabe señalar que deberá concederse al trabajador un plazo mínimo de cinco días para que aporte las justificaciones que estime oportunas sobre los hechos impugnados, que podrán formularse por escrito o verbalmente previa solicitud de audiencia. Transcurrido el plazo mínimo previsto en la norma, el empresario podrá, alternativamente, anular el procedimiento, si considera fundadas las justificaciones formuladas por el trabajador, o, en caso contrario, imponer la sanción, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos imputados. El trabajador puede dentro de los veinte días siguientes a la comunicación de la sanción solicitar que se constituye una comisión de conciliación y arbitraje.

3. El poder del control

Si el poder de dirección se define como la facultad otorgada al empresario de impartir directrices para la realización de la actividad laboral, el poder de control, en cambio, se consagra a la verificación de la correcta realización de esta última. Expondremos con más detalle a continuación esta modalidad de poder, centrándonos específicamente en el control a distancia y el control por medios tecnológicos; no obstante, debemos indicar, como sucede en la doctrina española, también la italiana se encuentra dividida con rela-

ción a la cuestión de si el poder de control es un poder autónomo o es una manifestación del poder directivo. Desde la óptica de la regulación italiana, pueda aceptarse que estamos ante un poder distinto del poder directivo porque persigue verificar el cumplimiento de la prestación laboral por parte del trabajador y se encuentra previsto en preceptos distintos a los que contemplan el poder directivo con la finalidad esencial de garantizar la dignidad y confidencialidad/privacidad del trabajador;¹² funcionalidad muy distinta a la perseguida por el poder de dirección.

El legislador civil italiano no menciona expresamente el poder de control, cuya existencia, sin embargo, siempre se ha reconocido implícitamente, ya que es consustancial al ejercicio tanto del poder directivo, pues sin el reconocimiento de aquel este último sería ineficaz;¹³ como del poder disciplinario, dado que el ejercicio del poder de control permite al empresario detectar conductas ilícitas y recabar información en la que basar una sanción disciplinaria.¹⁴

Pues bien, a la luz de las recientes reformas (incluidas las de origen euro-armonizadoras) que han afectado al mercado de trabajo italiano y de la amplia difusión de la digitalización en el ámbito del Derecho del Trabajo, parece oportuna una reinterpretación de los límites del poder de control del empresario, con el fin de restablecer un adecuado equilibrio de los intereses contrapuestos en juego, que –según algunos–¹⁵ actualmente parece casi volcado a favor de la parte fuerte de la relación laboral, es decir, del empresario.

3.1. La configuración jurídica del poder de control: la contribución del Estatuto de los Trabajadores

La ausencia en el CCI de una disposición que reconociera expresamente el poder de control del empresario y circunscribiera sus posibles límites hizo aún más necesaria la promulgación de una ley que positivizase las normas pertinentes para garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores.

¹² SANTORO-PASARELLI, Giuseppe: *Diritto dei lavoratori e dell'occupazione*, ed. Giappichelli, 2015, pág. 238. No sucede lo mismo en la doctrina española donde mayoritariamente se ha considerado incluido el poder de control dentro del poder de dirección, como una manifestación de este último, no tanto por su ubicación sistemática, véase MONTOYA MELGAR, Alfredo: *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, pág. 152-153, al afirmar que “el poder de dirección se integra no sólo mediante funciones de decisión ejecutiva y de ordenación, sino que comprende también las funciones de control y vigilancia”, que constituyen “una función absolutamente necesaria para el ejercicio del poder directivo”.

¹³ Ciertamente, el poder directivo presupone necesariamente un poder de control y de vigilancia, ya que sólo a través de este último el empresario puede verificar el cumplimiento de las directivas dadas por él; véase, en este sentido, MAGNANI, Mariella: *Diritto del Lavoro*, cit., p. 89.

¹⁴ DEL PUNTA, Riccardo: “La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (Art. 23, d.lgs. n. 151/2015)”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº 1, 2016, p. 77.

¹⁵ Véase, por ejemplo, DEL PUNTA, Riccardo: “La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (Art. 23, d.lgs. n. 151/2015)”, cit., pp. 77 y ss.; FERRANTE, Vincenzo: “Controllo sui lavoratori difesa della loro dignità e potere disciplinare a quarant'anni dallo Statuto”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº 1, 2011, pp. 73 y ss.

El Informe del Ministro Brodolini sobre el Proyecto de Ley que precedió al Estatuto de los Trabajadores ya mostraba la voluntad de eliminar aquellos sistemas de supervisión y control que ya no estaban justificados por las necesidades productivas de la empresa, por ser incompatibles con la Carta Constitucional y, en particular, con lo dispuesto en su artículo 41,¹⁶ que –como ya se ha destacado– trata de ponderar la libertad de iniciativa económica privada del empresario con las exigencias de libertad, seguridad y dignidad humana de los trabajadores. Por lo tanto, el legislador italiano, precisamente para cohonestar las necesidades del empresario de funcionalidad y eficiencia de la empresa, por un lado, y la protección de la dignidad, la libertad y la seguridad de los trabajadores, por otro, introdujo ciertos límites infranqueables al poder de control para que las modalidades de su ejercicio no pudieran ser invasivas ni perjudiciales para el trabajador.

El ET italiano de 1970 fue la primera fuente legislativa que reguló dicho poder empresarial y configuró sus límites mediante la introducción de normas *ad hoc* que siguen constituyendo el marco jurídico (aunque reformado) de referencia en este ámbito.¹⁷ A diferencia de nuestro marco normativo, en el que durante mucho tiempo la única referencia al poder empresarial de control ha venido constituida por la previsión contenida en el artículo 20.3 de nuestro ET, y que sólo más recientemente en el tiempo se ha visto completada con las previsiones contenidas en los artículos 87, 89 y 90 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, y sin perjuicio del innegable papel que ha jugado la doctrina constitucional y la jurisprudencia española en la delimitación de los límites de este poder empresarial, en el ET italiano desde su promulgación se han contenido una serie de previsiones que reconocen al empresario la capacidad de control.

La configuración jurídica del poder de control se contiene en el Título Primero del ET italiano dedicado a la “Libertad y dignidad del trabajador”. A través de las disposiciones de los artículos 2 y 3 del ET el legislador italiano ha perfilado los “límites subjetivos” del poder de control del empresario, identificando a las personas autorizadas para ejercer dicho poder; mientras que en los artículos 4, 5, 6 y 8 del ET, en cambio, ha establecido los “límites objetivos” que afectan a las modalidades de control, que pueden ser directas o a distancia (es decir, ejercitables mediata o inmediatamente sobre la persona del trabajador). De este conjunto de previsiones legales debe señalarse que todas ellas se han mantenido inalteradas en su contenido desde su redacción original del año 1970, salvo la referida al control empresarial a distancia contenida en el artículo 4 del ET.

Se establece en primer lugar, la posibilidad de que el empresario pueda utilizar vigilantes privados de seguridad únicamente a efectos de preservar el patrimonio em-

¹⁶ El artículo 41 de la Constitución Italiana establece que “la iniciativa económica privada es libre. No puede realizarse en conflicto con la utilidad social o de forma que perjudique la salud, el medio ambiente, la seguridad, la libertad o la dignidad humana. La ley determina los programas y controles adecuados para que la actividad económica pública y privada pueda orientarse y coordinarse con fines sociales y medioambientales”.

¹⁷ Para un estudio de configuración inicial del control empresarial a distancia en ET italiano véase, entre otros, DI PAOLA; Luigi: *Poteri del datore di lavoro, tutele del lavoratore e aspetti processuali*, ed. Giuffrè, 2022, pp. 3-30.

presarial. No pudiendo éstos, por un lado, desplegar sus funciones respecto a acciones o hechos de los trabajadores no relacionados con la salvaguarda de los activos empresariales; y, por otro lado, ser designados por el empresario para el control de la actividad laboral, ni acceder al lugar de trabajo durante el desarrollo de la misma, salvo cuando sea necesario para la preservación del patrimonio empresarial (art. 2).

En segundo lugar, se permite el control, ahora sí, de la actividad laboral directamente, a través del personal de vigilancia. El reconocimiento de esta modalidad se produce de forma indirecta en el artículo 3 del ET al prever que el empresario comunicará a los trabajadores el nombre y las funciones específicas del personal de vigilancia; lo que supone, como presupuesto previo, que se permite esta modalidad de control.

En tercer lugar, partiendo de una doble prohibición dirigida al empresario, quien no podrá controlar ni la idoneidad ni la dolencia por enfermedad o accidente del trabajador, se establece que el control de ausencias por enfermedad pueda ser efectuado solamente a través de los servicios de inspección de las instituciones de protección social competentes, que estarán obligadas a llevarlo a cabo cuando lo requiera el empresario; reconociéndose a este último el derecho de que los organismos públicos y las instituciones especializadas controlen la aptitud física del trabajador (art. 5 ET).¹⁸

En cuarto lugar, el artículo 6 de la ET introduce la prohibición general de efectuar registros personales con fines de control, “salvo en los casos en que sean indispensables para la protección de los bienes de la empresa, en relación con la calidad de las herramientas de trabajo o de las materias primas o productos”. Incluso en los casos en que los registros son indispensables y, por tanto, el control legítimo, el legislador italiano introduce ciertas normas para proteger al trabajador. En este sentido, quizá la garantía más relevante sea la establecida en el párrafo segundo del artículo 6 del ET, según el cual los registros deben efectuarse a la salida de los centros de trabajo, salvaguardando la dignidad y confidencialidad del trabajador y aplicando sistemas de selección automática referidos a la comunidad o grupos de trabajadores. Por otra parte, exige necesariamente la celebración de un acuerdo entre el empresario y los representantes sindicales y, a falta de acuerdo, la comisión interna examinará las hipótesis y modalidades de realización de las visitas de inspección personal (apartado 3º). En caso de que no se llegue a un acuerdo, a petición del empresario, las visitas deberán ser autorizadas por la Inspección de Trabajo, medida que podrá ser impugnada ante el Ministerio de Trabajo en el plazo de treinta días a partir de su notificación (apartado 4º).¹⁹

La siguiente referencia al poder de control empresarial la encontramos en el artículo 8 del ET que prohíbe al empresario realizar actividades de averiguación, tanto en la fase de selección como ya durante la vigencia del contrato de trabajo, ni acerca de las

¹⁸ El Decreto Legislativo nº 81/2008 de 9 de abril, por el que se aprueba el Testo Único sulla Salute e Sicurezza sul Lavoro, que en Italia se ha convertido en una verdadera ley de consolidación en materia de salud y seguridad en el trabajo, estableció la figura del médico competente, asignándole la tarea de realizar controles periódicos de la salud de los trabajadores.

¹⁹ Ver DI PAOLA; Luigi: *Poteri del datore di lavoro, tutele del lavoratore e aspetti processuali*, cit., pp. 247-252.

opiniones políticas, religiosas o sindicales del trabajador, ni de otros hechos no relevantes a los efectos de evaluar la aptitud profesional del trabajador.²⁰

La última previsión se contiene en el artículo 4 del ET, objeto de nuestro estudio, dedicado a la posible utilización de sistemas audiovisuales y otros instrumento de control que permiten efectuar un control remoto y a distancia; procediendo a exponer la normativa anterior y posterior a la entrada en vigor de la reforma del Gobierno Renzi, conocida como *Jobs Act*, actuada a través del Decreto-Ley nº 34/2014, de 20 marzo (conocido como Decreto Poletti, por ser éste el Ministro de Trabajo) y la Ley nº 183/2014, de 10 de diciembre, que contenía una serie de delegaciones legislativas, una de las cuales se plasmó en el Decreto-Legislativo nº 151/2015, de 14 de septiembre, que modifica el artículo 4 del ET.

3.2. *La versión original del artículo 4 ET*

Como ya se ha anticipado es el artículo 4 del ET el que procede a ordenar jurídicamente la facultad empresarial de efectuar controles indirectos y remotos, es decir, aquella modalidad específica de control efectuado por el empresario sobre sus trabajadores que se realiza “a distancia”, mediante instrumentos electrónicos, entre otros, las cámaras de videovigilancia o sistemas de geolocalización.

La redacción original del artículo 4 del ET establecía en su primer párrafo una interdicción general de uso de sistemas de control a distancia, de suerte que se decía que “está prohibido utilizar equipos audiovisuales y otros equipos con el fin de supervisar a distancia las actividades de los trabajadores”; a continuación, en su segundo párrafo, se indicaba que “los sistemas y equipos de control que sean requeridos por las exigencias organizativas y de producción o por la seguridad en el trabajo, pero que también prevean la posibilidad de seguimiento a distancia de las actividades de los trabajadores, sólo podrán instalarse de acuerdo con los representantes sindicales de la empresa o, en su defecto, con el comité interno. A falta de acuerdo, a petición del empresario, la Inspección de Trabajo dispondrá las disposiciones, en su caso, para la utilización de dichas instalaciones”. En su tercer párrafo contemplaba el supuesto de la posible la existencia de sistemas de control a distancia ya implantados, respecto de los cuales se establecía que, “a falta de acuerdo con los representantes sindicales de la empresa o con el comité de empresa, la Inspección de Trabajo actuará en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley, dictando en su caso los requisitos para la adaptación y los métodos de utilización de las citadas instalaciones”. Por último, el párrafo cuarto del artículo 4 ET concedía al empresario, a los representantes sindicales de la empresa o, en su defecto, a la comisión interna, o a los sindicatos de trabajadores, el derecho a recurrir ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social las medidas a que se refieren los párrafos 2 y 3 adoptadas por la Inspección de Trabajo, en un plazo de 30 días a partir de su notificación.

²⁰ Idem, pp. 253-262.

Desde el punto de vista sancionador debemos apuntar que la infracción del artículo 4 del ET, al igual que para el resto de las disposiciones relativas al poder de control previstas en el ET expuestas anteriormente, conllevaba la aplicación de las sanciones penales previstas en el artículo 38 del ET,²¹ es decir, una multa o el arresto, que en los casos más graves se aplicaban conjuntamente.²²

Aflora de forma evidente que la ratio legis subyacente al artículo 4 de la ET respondía a la necesidad de delimitar los límites y las cargas procedimentales a los que debía someterse la instalación de “sistemas audiovisuales y otros equipos”, con el fin de garantizar una “dimensión humana de la vigilancia”²³ y evitar que la utilización de un instrumento mecánico pudiera dar lugar a un control a distancia continuo, minucioso y, en consecuencia, especialmente insidioso e intrusivo del desempeño del trabajo de los empleado, con el fin de restringir su autonomía y confidencialidad.

Aunque el texto *anterior a la reforma del artículo 4 del ET*, al igual que la versión actual, no identifica directamente el bien a proteger, su ubicación desde el principio dentro del Título I del ET (titulado “De la libertad y dignidad de los trabajadores”) permite afirmar que el bien jurídico protegido era y ha seguido siendo la dignidad humana del trabajador,²⁴ poniendo así de manifiesto el nexo causal entre el artículo 4 del ET y el artículo 41.2 de la CI, que sujeta el ejercicio de la libertad de iniciativa económica privada al respeto de la seguridad, la libertad y la dignidad humana. No debemos olvidar que, tempranamente la doctrina italiana, a pesar de que en el momento de la entrada en vigor del ET el uso de instrumentos tecnológicos de control a distancia estaba aun escasamente extendido, ya advirtió que los controles a distancia estaban llamados inmediatamente a ser potencialmente invasivos de la dignidad humana. Por ello, el reconocimiento legal de la facultad empresarial de control a distancia fue necesariamente acompañado de la introducción de límites específicos con el fin de definir el perímetro dentro del cual el empresario puede verificar la correcta realización del trabajo mediante el uso de instrumentos que le permitan incluso registrar el contenido y el momento de este último.²⁵

²¹ Establece el artículo 38 del ET que las “violaciones de los artículos 2, 4, 5, 6, 8 y 15, primer párrafo, letra a), son castigados, a menos que el hecho ya no constituya delito grave, con multa que oscila entre 100.000 liras y un millón de liras o con arresto de 15 días a un año. En los casos más graves las penas son prisión y multa, aplicados de forma conjunta. Cuando por las condiciones económicas del infractor se establezca la multa en el primer párrafo se puede presumir ineficaz incluso si se aplica en el máximo, el juez tiene derecho a aumentarlo hasta cinco veces. En los casos previstos en el párrafo segundo, la autoridad judicial ordenará la publicación de la sentencia condenatoria penal en las formas establecidas por el artículo 36 del Código Penal”.

²² FLOR, Roberto: “Diritto penale e controlli a distanza dei lavoratori dopo il C.D. Jobs Act”, en LEVI, Alberto: *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei Lavoratori dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2016, págs. 161-183.

²³ D’ANDREA, Luca y MORICONI, Engles: “Controlli a distanza: la disciplina prima e dopo la riforma”, en *Diritto & Prática del Lavoro.*, nº 9, 2016, p. 569.

²⁴ ALVINO, Ilario.: “L’articolo 4 dello statuto dei lavoratori alla prova di internet e della posta elettronica”, en *Diritto delle Relazioni Industriali*, nº 4, 2014, p. 999.

²⁵ *Ibid.*

3.2.1. Prohibición general de uso: control “a distancia” frente a control “en persona”

El párrafo 1º del artículo 4 del ET *antes de la reforma* comenzó sancionando una prohibición general para el empresario de controlar a distancia las actividades de los trabajadores mediante el uso de equipos audiovisuales o de otro tipo, partiendo del supuesto de que el control impersonal y encubierto era lesivo para la persona del trabajador. Dichos controles, considerados por tanto ilegales, se incluyeron en el ámbito de los denominados “preterintenzionali”.²⁶

La expresión “a distancia” utilizada por el legislador italiano implica una duplicidad semántica que corresponde a la doble función de dicha modalidad de control empresarial. Es cierto que la distancia se entendía originalmente (y se sigue entendiendo) en una doble dimensión: espacial y temporal.²⁷ En cuanto a la dimensión temporal, la ejecución “a distancia” del control implica la opción de separar cronológicamente el momento en que se realiza el trabajo del momento en que el empresario ejerce el control, mediante el uso de la información recogida a través de los sistemas audiovisuales y otros equipos informáticos instalados en la empresa. A este respecto, cabe señalar que esa verificación “final” de los datos también puede no tener lugar, ya que queda a la discrecionalidad del empresario no hacer uso de ella. Por supuesto, cuando el empresario opta por ejercer el control a distancia mediante esta modalidad, tiene a su disposición una poderosa herramienta que le permite registrar todos los segmentos ejecutivos del rendimiento laboral de sus empleados, reservándose el derecho de comprobar su conformidad con las obligaciones contractuales y con las directrices que se le impartan en una fase posterior, es decir, incluso a distancia. Esto no entra en conflicto con los principios de garantía, inspirados en el *favor prestatoris*, que establece el ordenamiento jurídico italiano; baste pensar en el necesario respeto del principio de oportunidad en caso de cualquier imputación disciplinaria por parte del empresario, en observancia de la cláusula general de buena fe y equidad. Debe tenerse en cuenta que la oportunidad se exige tanto en la incoación del procedimiento disciplinario como en la imposición de la sanción, ya que el trabajador no puede exponerse a la impugnación del empresario a una distancia considerable. No obstante, a pesar de que la oportunidad de la notificación constituye un requisito indefectible y determinante de la legitimidad de cualquier procedimiento disciplinario en el marco de las relaciones laborales, existe una tendencia jurisprudencial según la cual el requisito de la oportunidad debe entenderse en sentido relativo, dado que la averiguación y valoración de los hechos por parte del empresario puede requerir más tiempo, y que la complejidad de la organización de la empresa puede retrasar la iniciativa del empresario

²⁶ Véase, en este sentido, RUSSO, Alberto y TUFO, Marco: “I controlli preterintenzionali: la nozione” y PASSALACQUA, Pasquale: “I controlli preterintenzionali: la procedura”, ambos en LEVI, Alberto: *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei Lavoratori dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2016, pp. 53-74 y 75-88; MAIO, Valerio: “La nuova disciplina dei controlli a distanza sull’attività dei lavoratori e la modernità post panottica”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, nº 6, 2015, pp. 1189 y ss.

²⁷ ZOLI, Carlo: “Il controllo a distanza del datore di lavoro: l’art. 4, L. n. 300/1970, tra attualità ed esigenze di riforma”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº 4, 2009, p. 485.

para incoar el procedimiento disciplinario (en este sentido, véase, por ejemplo, STCass n° 12824/2016, de 21 de junio). La jurisprudencia, además, ha aclarado que la oportunidad se aprecia, no en relación con el momento en que el trabajador realizó la conducta ilícita, sino en relación con el momento en que el empresario tuvo efectivamente conocimiento de la misma, pues solo en ese momento se verifican los presupuestos para apreciar la procedencia de iniciar un procedimiento disciplinario contra el trabajador. La expresión “a distancia” también implica una dimensión espacial, en el sentido de que el uso de equipos y herramientas informáticos permite realizar un control desde un lugar distinto de aquel en el que el trabajador está prestando sus servicios.

La formulación de esta prohibición genérica contenida en este precepto, al emplear la expresión “otros equipos”, permitió –con el paso del tiempo– incluir en el ámbito de la prohibición también el uso de nuevos instrumentos tecnológicos, que aún no se conocían en el momento de la entrada en vigor del ET.

En un examen más detenido, el artículo 4 del ET, ya en su redacción original, presentaba algunas características que lo distinguían de las disposiciones de los artículos 2 y 3 del ET. En efecto, dicha disposición no prohibía los “controles en persona” ejercidos mediante guardias de seguridad, personal de vigilancia o superiores jerárquicos, sino el “control a distancia” ejercido mediante la utilización de sistemas e instrumentos informáticos. Además, el artículo 4 del ET no se limitaba a introducir protecciones subjetivas, sancionando no solo el tipo de conocimiento de la actividad de los empleados por parte del personal encargado del control, sino que también intervenía sobre la forma en que se realizaba el control.

Resulta interesante resaltar en este momento que el ámbito de aplicación esbozado por el artículo 4 del ET era más amplio que el contemplado en el artículo 3 del ET, ya que, al utilizar la expresión “actividades de los trabajadores” en lugar de “actividad laboral”, permitía ampliar la prohibición e incluir no sólo el control sobre la realización de la prestación laboral estipulada en el contrato, sino también el control sobre toda la conducta del trabajador en el lugar de trabajo, entendida en sentido amplio.²⁸ Este aspecto es también dirimente a los efectos de la necesaria y necesitada distinción entre controles a distancia y controles presenciales, y sirve, además, para delinear una peculiaridad que caracteriza ontológicamente a los primeros respecto de los segundos y que consiste en su potencial continuidad y afectación en la esfera de los derechos del trabajador; pudiendo estos mecanismos de control a distancia estar siempre operativos; mientras que, por el contrario, los controles presenciales se realizan, por regla general, en un lapso de tiempo determinado. Tampoco debemos olvidar que, cuando el empresario emplea métodos de control a distancia, los trabajadores sólo son informados, en el mejor de los supuestos, de la existencia del instrumento mediante el cual se efectúa el control, pero no de los momentos precisos en que se utilizará.²⁹

²⁸ Es decir, aquellos lugares no dedicados estrictamente al trabajo (como la zona de comedor, las taquillas o los vestuarios), así como la actividad realizada por el empleado durante las pausas.

²⁹ DEL PUNTA, Riccardo: “La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (Art. 23, d.lgs. n. 151/2015)”, cit. p. 77.

Éstas —entre otras—³⁰ fueron las razones que impulsaron al legislador italiano a prohibir, en un primer momento, la posibilidad de utilizar instrumentos tecnológicos para vigilar a distancia las actividades de los trabajadores, salvo en determinadas hipótesis obligatorias que se analizarán con más detalle ulteriormente.

3.2.2. La excepción a la regla general de prohibición

Antes de la reforma, a la prohibición general establecida en el párrafo primero del artículo 4 del ET sobre la utilización de sistemas audiovisuales y otros equipos para el control a distancia de la actividad de los trabajadores, se añadía la posibilidad, prevista en el párrafo segundo del artículo 4 del ET, de instalar “sistemas y equipos de control exigidos por necesidades de organización y producción o por la seguridad en el trabajo, pero que también permitan el control a distancia de la actividad de los trabajadores”, ante determinadas necesidades consideradas dignas de protección que, mediante la implantación de distintas formas de control, como los controles presenciales realizados por personas, no quedarían adecuadamente protegidas de otro modo. Todo ello, no obstante, previa autorización de la representación sindical de la empresa o, en su defecto, de la comisión interna.³¹

Cabe señalar, a este respecto, que una parte de la doctrina no consideró que el texto original del párrafo segundo del artículo 4 del ET que acabamos de mencionar constituyera una verdadera derogación de la prohibición consagrada en el párrafo primero; por el contrario, sostenía que cada disposición regulaba un caso autónomo y que el párrafo segundo corroboraba de algún modo la prohibición del control a distancia. De hecho, a pesar de que dicho control se permitía en presencia de requisitos obligatorios especiales, la conducta del trabajador seguía escapando al control directo del empresario.³²

Por lo tanto, antes de la entrada en vigor del *Jobs Act*, el control a distancia sólo era admisible cuando tenía por objeto, no directamente la verificación de la correcta realización de las actividades de los trabajadores, sino más bien la consecución de otros fines que se encontraban principalmente en el cumplimiento de requisitos de organización, producción y seguridad en el trabajo. Es decir, se trataba de controles autorizados por el legislador en interés del empresario para la organización de la actividad empresarial, la protección del patrimonio o el cumplimiento de obligaciones de primordial importancia, como la seguridad en el trabajo.³³ No en vano, la doctrina y la jurisprudencia había definido tradicionalmente estos supuestos como controles “preterintenzionali” o “indi-

³⁰ ALVINO, Ilario: “L’articolo 4 dello statuto dei lavoratori alla prova di internet e della posta elettronica”, cit., p. 999.

³¹ ZOLI, Carlo: “Il controllo a distanza del datore di lavoro: l’art. 4, L. n. 300/1970, tra attualità ed esigenze di riforma”, cit., p. 485.

³² En este sentido, CARINCI, María Teresa: “Il controllo a distanza sull’adempimento della prestazione di lavoro”, en TULLINI, Patrizia (ed.): *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Turín, 2017, p. 45, 60.

³³ MARESCA, Arturo: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2016, pp. 513, 546.

rectos”, que se consideraban lícitos siempre que la posibilidad de controlar la actividad de los trabajadores derivada de la instalación del equipo estuviera, por un lado, justificada por otros fines empresariales y, por otro, sea una mera consecuencia accidental (y no la finalidad directa) de su utilización.

Por otra parte, el régimen previsto en el art. 4 del ET preveía una garantía procedimental, que sigue existiendo en la actualidad, consistente en condicionar la instalación de equipos audiovisuales u otros instrumentos a la realización de un trámite como era y es la previa negociación con la representación de los trabajadores, a fin de alcanzar un acuerdo con éstos o, en su defecto, con las comisiones internas. Además, la falta de acuerdo podía sustituirse por la intervención subsidiaria de un tercero imparcial, como la Inspección de Trabajo, a la que el empresario podía dirigirse para obtener la autorización. La disposición también otorgaba a la Inspección la facultad de dictar instrucciones sobre la forma en que debían utilizarse dichas instalaciones.

De este modo, el legislador confió a estos sujetos la tarea de verificar la existencia real de una necesidad digna de protección que pudiera justificar la instalación de los sistemas y equipos solicitados, garantizando así que fuera un tercero el que alcanzara el equilibrio de los intereses contrapuestos en juego: el del empresario, por un lado, en la persecución de las exigencias organizativas, productivas y de seguridad en el trabajo, y el del trabajador, por otro, de no sufrir excesivas e injustificadas restricciones en su dignidad y libertad,³⁴ ante el riesgo de que la instalación incontrolada de equipos difuminase cualquier margen de autonomía en el desempeño del trabajo.³⁵

En línea con lo anterior, se encontraba la previsión según la cual la verificación por parte de los representantes sindicales de empresa o comisiones internas debía realizarse con carácter previo a la instalación de los sistemas o equipos; excluyéndose así la legitimidad de un consentimiento del sindicato posterior a la instalación, que operaría con efecto sancionador *ex tunc*. Además, se otorgaba al sindicato la posibilidad de inspeccionar los locales de la empresa con posterioridad a la concesión de la autorización, a fin de comprobar el correcto cumplimiento de la misma en la instalación y utilización de los sistemas y equipos autorizados. A este respecto debe señalarse que atribuir tal facultad al sindicato podía resultar no ser del todo plausible porque el artículo 4 del ET no mencionaba expresamente tal facultad.

Llama la atención que, desde el punto de vista formal y de eficacia subjetiva y temporal, el acuerdo celebrado con los representantes de los trabajadores de la empresa con arreglo al artículo 4.2 del ET no es un mero acto unilateral de autorización, sino un verdadero acuerdo colectivo de empresa y, por tanto, una vez celebrado, deviene vinculante para todos los trabajadores de la empresa, aunque uno de los sindicatos presentes en la empresa no lo hubiera suscrito y los trabajadores no estuvieran afiliados a los sindicatos firmantes del acuerdo.

³⁴ ZILIO GRANDI, Gaetano y PETTINELLI, Roberto: “A 50 anni dallo Statuto. «El artículo 4 ha muerto. Viva l’art. 4!»”, cit., p. 65.

³⁵ BELLAVISTA, Alessandro: “I poteri dell’imprenditore e la privacy del lavoratore”, en *Il dir. lav.*, nº 1, 2002, pp. 157 y ss.

Por tanto, sobre la base del análisis de los dos primeros párrafos de la versión original del artículo 4 de la ley ET, puede afirmarse que estas normas trazaban dos límites: “un límite externo” y un “límite interno”. El primero, constituido por la prohibición general del control a distancia de las actividades de los trabajadores, era infranqueable salvo si se daban necesidades dignas de protección y previa autorización sindical o administrativa. El segundo, contemplaba sujetar el control a la autorización antes mencionada; de suerte, que una vez obtenido permitía ejercer el poder de control a distancia en función de necesidades de organización, producción o seguridad, identificadas en el proceso de negociación de la autorización.³⁶

3.2.3. La inadecuación del modelo estatutario original: las principales zonas grises.

Expuesta la configuración original del artículo 4 del ET que, a pesar de la disruptiva evolución tecnológica, se ha mantenido durante más de cuarenta años, debemos plantearnos si a lo largo de este periodo temporal, en el ordenamiento jurídico italiano, la ponderación de los intereses contrapuestos de las partes en lo relativo al control empresarial a distancia se ha preservado o no a lo largo del tiempo, máxime teniendo en cuenta la atracción, dentro del perímetro de aplicación de la norma en cuestión, de distintas formas de control a distancia derivadas de la utilización de nuevos instrumentos de trabajo, incluidos los digitalizados. En efecto, las principales zonas grises del artículo 4 del ET surgieron desde los años ochenta y se han puesto cada vez más de relieve a la luz, sobre todo, de la evolución tecnológica, denotando, si no la inadecuación de la norma en cuestión, al menos la necesidad de su revitalización para adaptarla al contexto actual y poder “regular lo nuevo que avanza”.³⁷

Debemos tener presente, en primer lugar, que el efecto inmediato de la primera fase de la transición tecnológica en la interpretación y aplicación del artículo 4 del ET –a pesar de que en aquella época el desarrollo tecnológico era sensiblemente distinto del que actualmente se está produciendo en la sociedad y el mercado de trabajo– vino caracterizada por su aplicación extensiva derivada de la amplitud de la expresión “otros equipos” utilizada por el legislador estatutario que permitía extender el ámbito aplicativo a las incipientes herramientas tecnológicas de control que comenzaban a emplearse en el ahora informatizado mundo del trabajo y en el que los controles presenciales resultaban cuando menos anacrónicos.

La segunda zona gris de la norma en cuestión derivaba del hecho de que había sido introducida para regular la utilización por el empresario de instrumentos no nece-

³⁶ Ver LAMBERTUCCI, Pietro: “Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore: i controlli a “distanza” tra attualità della disciplina statutaria, promozione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014 (cd. Jobs Act)”, en *Working Papers C.S.D.L.E. Massimo D’Antona*, n° 255, 2015; CARINCI, Maria Teresa: *Il controllo a distanza dell’attività dei lavoratori dopo il “Jobs Act” (art. 23 D. Lgs. 151/2015): spunti per un dibattito*, en *Labour & Law Issues*, 2016, vol. 2, n.º 1., pp. 3, 4.

³⁷ SALIMBENI, María Teresa: *La reforma del artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores: la ambigua resolución del legislador*, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, fasc.4, 2015, p. 589.

sarios para la realización de las actividades de los trabajadores, de los que podía derivarse la posibilidad de control a distancia de los mismos. Sin embargo, ante la evolución tecnológica, la frontera entre “instrumentos de control” e “instrumentos de trabajo” se ha iba difuminando cada vez más, puesto que ya no era posible adscribir a la primera categoría únicamente los instrumentos “externos” a la realización del trabajo,³⁸ dado que afloraron muchas de las herramientas de trabajo puestas a disposición de los trabajadores por el empresario que son a su vez potenciales instrumentos de control de la actividad de éstos. En efecto, desde hace ya bastante tiempo, el control de los trabajadores se realiza principalmente mediante la recogida y posterior consulta de los datos registrados por medio de “instrumentos de trabajo”, es decir, instrumentos confiados al trabajador y utilizados por éste para realizar su trabajo³⁹ y, por consiguiente, inseparables del sistema de producción –a modo de ejemplo, el almacenamiento automático del historial ofrece al empresario la posibilidad de conocer innumerables datos sobre los tiempos de trabajo y de inactividad–.⁴⁰ Sin embargo, al no poder calificarse de instrumentos de control, acabaron quedando exentos de la prohibición establecida en el artículo 4 del ET.

La dinámica anteriormente descrita hacía que el artículo 4 del ET resultara obsoleto e inadecuado para garantizar una protección eficaz de la privacidad de los trabajadores frente a una transformación radical de la forma de trabajar, dado que el uso en el lugar de trabajo de ordenadores, teléfonos inteligentes, tarjetas de identificación, correo electrónico e internet para la realización del trabajo que se había convertido ahora en algo esencial y usual, quedaba al margen del necesario acuerdo con la representación de los trabajadores; al tiempo que, desde un punto de vista contrapuesto, resultaba impensable que la utilización de tales herramientas se supeditase a la obtención de una autorización sindical o administrativa previa que se traduciría en una fuente de cargas exorbitantes y adicionales para el empresario y representaría un impedimento injustificado al flujo normal de la producción.⁴¹ Era necesario, pues, volver sobre la configuración jurídica del control empresarial para dar un nuevo perfil al equilibrio de intereses en juego.

Esto significaba que, en la práctica, las empresas, a pesar de la sanción penal que acompañaba a la infracción del artículo 4 del ET, no pedían autorización antes de asignar a los empleados herramientas de trabajo de las que pudiera derivarse la posibilidad de control; lo que daba lugar al ejercicio de facto de un control a distancia sin restric-

³⁸ MARESCA, Arturo: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. Lav.”, en TULLINI, Patrizia (ed.): *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2017, p. 1.

³⁹ ALVINO, Ilario: “I nuovi limiti al controllo a distanza dell’attività dei lavoratori nell’intersezione fra le regole dello Statuto dei Lavoratori e quelle del Codice della Privacy”, en *Labour & Law Issues*, vol. 2, nº 1, 2016, pp. 2421, 2695; SALIMBENI, María Teresa: *La riforma dell’articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori: l’ambigua risolutezza del legislatore*, cit., p. 589.

⁴⁰ ICHINO, Pietro: “Le conseguenze dell’innovazione tecnologica sul diritto del lavoro”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº 4, 2017, p. 525 y ss.

⁴¹ Véase ALVINO, Ilario: “I nuovi limiti al controllo a distanza dell’attività dei lavoratori nell’intersezione fra le regole dello Statuto dei Lavoratori e quelle del Codice della Privacy”, cit., pp. 2421, 2695; DEL PUNTA, Riccardo: “La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (Art. 23, d.lgs. n. 151/2015)”, cit., p. 77.

ciones.⁴² De ahí la necesidad de circunscribir el acceso del empresario a la información recogida a través de las herramientas de trabajo, identificando nuevas prohibiciones y límites, ya que la referencia a los “sistemas audiovisuales” y a los “sistemas y equipos de control” no permitía incluir los nuevos supuestos y modalidades de control a distancia en cuanto se derivaban de herramientas tecnológicas de trabajo.

La consolidación de una nueva realidad empresarial que permite al empresario controlar a los trabajadores a través de la información registrada por las herramientas de trabajo hizo surgir otra zona gris de la norma objeto de revisión en relación con la utilización de los datos recogidos por el empresario a través de las herramientas de trabajo tecnológicas.⁴³ La redacción original del artículo 4 del ET guardaba silencio con respecto a la crucial cuestión de la posibilidad de usar la información recopilada a través de los llamados controles “preterintenzionali”. Con el devenir del tiempo se planteó la posibilidad de que el empresario utilizara dichos datos para sancionar al empleado por incumplimientos contractuales (como el uso indebido y ajeno a la empresa de las herramientas de trabajo que se le habían confiado), así como por conductas que fueran perjudiciales para la imagen de la empresa o sus activos.⁴⁴ Debe señalarse, no obstante, dada la ponderación de intereses perseguida por el precepto estatutario, tanto la doctrina científica como la jurisprudencia descartaron que pudieran ser utilizadas por el empresario para cuestionar directamente la conducta del trabajador por incumplimientos, y por tanto a efectos disciplinarios,⁴⁵ al quedar fuera de los objetivos fijados *ab origine* por el legislador estatutario al regular el control a distancia.

Debe apuntarse otra zona gris del artículo 4 del ET en relación con la posibilidad de utilizar los datos obtenidos de las herramientas de trabajo, consistente en la falta de coordinación entre esta disposición y las normas generales –de indudable origen comunitario– sobre protección de datos personales (ahora contenidas en el *Codice della Privacy* en virtud del Decreto Legislativo 196/2003). Se ha resaltado por la doctrina que, además de la falta de coordinación entre los dos textos normativos, éstos propugnan dos lógicas diferentes: por un lado, el artículo 4 del ET se ocupa de regular y establecer límites a la instalación y el uso de instrumentos de control; por otro, el *Codice della Privacy* regula el tratamiento de datos. No cabe duda, en efecto, de que la adquisición de información mediante instrumentos de trabajo constituye una forma de recogida de datos personales de los trabajadores que ciertamente entra, en virtud del artículo 4, apartado 1º, letra a), del *Codice della Privacy*, dentro de la noción de “tratamiento”.⁴⁶

⁴² CARINCI, María Teresa: “Il controllo a distanza dell’attività dei lavoratori dopo il “Jobs Act” (art. 23 D. Lgs. 151/2015): spunti per un dibattito”, cit., p. 6.

⁴³ SALIMBENI, María Teresa: “La riforma dell’articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori: l’ambigua risolutezza del legislatore”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº 4, 2015, p. 589.

⁴⁴ *Ibid.a*

⁴⁵ CARINCI, María Teresa: “Il controllo a distanza dell’attività dei lavoratori dopo il “Jobs Act” (art. 23 D. Lgs. 151/2015): spunti per un dibattito”, cit., p. 4.

⁴⁶ CARINCI, María Teresa: “Il controllo a distanza dell’attività dei lavoratori dopo il “Jobs Act” (art. 23 D. Lgs. 151/2015): spunti per un dibattito”, cit., p. 4.

El artículo 4 del ET *anterior a la reforma* no regulaba el tratamiento posterior de los datos adquiridos por control remoto, ni siquiera en presencia de equipos legítimamente instalados. En este sentido, el legislador estatutario dejó que los dos textos normativos “gravitaran en sus respectivos ámbitos, sin desarrollar interacciones particulares”.⁴⁷ Como ya se ha mencionado, estas innovadoras herramientas de vigilancia permiten al empresario, a través, por ejemplo, de la lectura de los correos electrónicos, el examen de las páginas web visitadas o la comprobación de los lugares a los que ha acudido el empleado mediante el GPS instalado en el vehículo de empresa, reconstruir la actividad realizada por el empleado durante el horario laboral. Ello supone un acceso indiscriminado a la *intimidad* del trabajador y el tratamiento de una pluralidad de datos sensibles del trabajador a través de los cuales el empresario puede también adquirir información sobre la persona del trabajador.⁴⁸ Por lo tanto, han surgido nuevos supuestos que hacen aflorar nuevos intereses en juego dignos de protección y, en particular, la necesidad del trabajador de ser protegido en su ámbito inviolable de intimidad cuando se utilizan instrumentos que permiten un control especialmente omnipresente, como las herramientas tecnológicas.

Debemos apuntar, por último, que las disfuncionalidades advertidas en la aplicación de la regulación jurídica del control a distancia obedecen también a causas no relacionadas con el devenir tecnológico sino a las dinámicas advertidas en las partes de la relación de trabajo. Ciertamente, no se puede ignorar la consolidación en la práctica de un comportamiento poco proactivo de empresas y sindicatos. Las empresas, por un lado, no iniciaban negociaciones para la celebración de un acuerdo con arreglo al artículo 4.2 del ET; los sindicatos, por otro lado, no mostraban ningún particular descontento y confrontación por estas omisiones; de suerte que, las negociaciones muchas veces no se producían o si se desarrollaban no resultaban fáciles de gestionar. En esta dinámica, paradójicamente, el trabajador individual podía incluso beneficiarse de esta inercia, dado que, si éste había cometido una falta disciplinaria, incluso muy grave, las pruebas de la misma obtenidas con los sistemas de control a distancia no podían ser utilizadas por el empresario para demostrar su responsabilidad ante los tribunales, ya que se adquirirían mediante un control que no se ajustaba a las previsiones del artículo 4.2 del ET. Es por ello que la doctrina llegó a afirmar que el precepto estatutario en lugar de proteger el interés de los trabajadores sometidos a controles a distancia en cuanto a su privacidad parecía casi exaltar, por el contrario, su utilización como “escudo individual” para contrarrestar las medidas disciplinarias adoptadas por el empresario.⁴⁹

⁴⁷ DEL PUNTA, Riccardo: “La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (Art. 23, d.lgs. n. 151/2015)”, cit. p. 77.

⁴⁸ ALVINO, Ilario: “I nuovi limiti al controllo a distanza dell’attività dei lavoratori nell’intersezione fra le regole dello Statuto dei Lavoratori e quelle del Codice della Privacy”, cit., pp. 2421, 2695; ZILIO GRANDI, Gaetano y PETTINELLI, Roberto: “A 50 anni dallo Statuto. «El artículo 4 ha muerto. Viva l’art. 4!»”, cit., pág. 65.

⁴⁹ MARESCA, Arturo: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori”, cit., pp. 513, 546.

3.2.4. El “remedio” jurisprudencial de los llamados “controles defensivos”: breve excursus de las sentencias más significativas

Las aporías inherentes al artículo 4 del ET fueron, en parte, subsanadas por la jurisprudencia mediante la creación de los denominados controles defensivos, que resultaron necesarios para hacer frente a las preclusiones probatorias que, de otro modo, se derivaban de la aplicación de la prohibición contenida en el artículo 4 del ET.⁵⁰ El denominado control defensivo se trata de una categoría elaborada por la jurisprudencia para conciliar la necesidad del empresario de controlar el uso que el trabajador hace de la herramienta de la empresa con la protección de la dignidad y la privacidad del trabajador.⁵¹ Esta categoría, hasta la reforma del artículo 4 del ET por el *Jobs Act*, llenaba en cierta medida el vacío de protección relativo al control a distancia realizado con el fin de proteger los activos de la empresa. De hecho, la elaboración de esta categoría ha permitido a la jurisprudencia afirmar la inaplicabilidad a los controles defensivos del artículo 4 del ET y de los límites que de él se derivan y, por tanto, la consiguiente legitimidad de que tales controles tengan por objeto no solo la actividad laboral, sino posibles conductas ilícitas del trabajador durante la prestación del servicio,⁵² calificables como ilícito extracontractual.

La consecuencia directa, sin embargo, de la declaración de legitimidad de estos controles fue el reconocimiento implícito de la facultad del empresario de realizar controles encubiertos. En efecto, no existía ninguna posibilidad de establecer la legitimidad de dichos controles antes de su realización efectiva.⁵³ Si el control no sacaba a la luz la irregularidad del trabajador, dicho control permanecería desconocido e impune; en cambio, si el control sacaba a la luz la irregularidad del trabajador, éste se revelaba cuando el empresario utilizaba la información así adquirida contra el trabajador con fines probatorios, y el control oculto resultaría “legítimo a posteriori”.⁵⁴

Se construyó entonces una triple distinción en lo referido a las posibles modalidades de control, a saber: a) los controles a distancia destinados a supervisar el rendimiento laboral, que seguían estando prohibidos en virtud del artículo 4.1 del ET; b) los denominados controles “*preterintenzionali*”, que se permiten en las condiciones establecidas en el artículo 4.2 del ET; c) los controles defensivos destinados a averiguar un posible comportamiento ilícito del trabajador, que constituyen un caso intermedio entre la prohibición absoluta establecida en el apartado 1º del artículo 4 ET y los casos de admisibilidad contemplados en el apartado 2º del artículo 4 del ET. No obstante, los controles

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ ALVINO, Ilario: “I nuovi limiti al controllo a distanza dell’attività dei lavoratori nell’intersezione fra le regole dello Statuto dei Lavoratori e quelle del Codice della Privacy”, cit., pp. 2421-2695; DI PAOLA; Lauigi: “Poteri del datore di lavoro, tutele del lavoratore e aspetti processuali”, cit., pp. 173-196.

⁵² MARESCA, Arturo: *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 ET*, cit., pp. 513, 546.

⁵³ ZOLI, Carlo: “Il controllo a distanza del datore di lavoro: l’art. 4, L. n. 300/1970, tra attualità ed esigenze di riforma”, cit., p. 501.

⁵⁴ DEL PUNTA, Riccardo: “La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (Art. 23, d.lgs. n. 151/2015)”, cit., p. 77; TULLINI, Patrizia: “Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº 1, 2009, p. 329.

defensivos representaron y representan una categoría difícil de difícil delimitación, ya que no siempre es fácil distinguir entre la vigilancia permitida de la conducta ilícita del trabajador, justificada por la necesidad de proteger el patrimonio de la empresa, y la vigilancia prohibida dirigida a controlar la realización exacta del servicio, que se traduce en una injerencia indebida en la esfera íntima del trabajador.⁵⁵

El Tribunal de Casación italiano en la importante sentencia nº 4746/2002, de 3 de abril, afirmó la exclusión total del ámbito de aplicación del artículo 4 del ET de los controles destinados a reprimir cualquier comportamiento ilícito, incluso contractual, del empleado. En consecuencia, el empresario no estaba obligado a obtener una autorización previa para el ejercicio del control a distancia y la información así recogida era plenamente utilizable. Así pues, la jurisprudencia incluyó también entre los controles defensivos los destinados a verificar cualquier incumplimiento contractual del trabajador.

Desde el principio, la jurisprudencia dominante sobre el control defensivo discrepó de la solución inicialmente adoptada en la citada sentencia de 2002. El Tribunal de Casación volvió sobre sus pasos y cambió de orientación en la sentencia nº 15892/2007, de 17 de julio, afirmando la imposibilidad de excluir de plano los controles defensivos del ámbito de aplicación del artículo 4 del ET, a fin de evitar que la necesidad del empleador de reprimir conductas ilícitas justifique la cancelación total de cualquier forma de protección de la libertad, la dignidad y la intimidad del trabajador. De esta forma el Tribunal de Casación, en primer lugar, confirmó la exclusión del ámbito de aplicación del artículo 4 del ET de los controles defensivos destinados a detectar conductas ilícitas de los trabajadores capaces de poner en peligro “bienes ajenos a la relación laboral”; y, en segundo lugar, sancionó indirectamente que el uso de la información adquirida, incluso con fines disciplinarios, sólo estuviera permitido en caso de que existiera un acuerdo con la representación de los trabajadores y, en su defecto, una autorización administrativa previa.⁵⁶

A esta sentencia siguió otra, la STCass nº 4375/2010, de 23 de febrero, en la que el Tribunal de Casación declaró inservible a efectos probatorios la información que atestiguaba el acceso injustificado a internet del trabajador en horas de trabajo. No obstante, el valor de este pronunciamiento se encuentra en que expresamente se admite también la posibilidad de llegar a una conclusión distinta que llevaría a reconocer la legitimidad del control efectuado y la consiguiente utilidad de la información recabada, si dicho control a través de accesos a los registros de internet se pudiera vincular a la existencia de una posible afectación, por el uso de las herramientas tecnológicas, de un bien ajeno a la relación laboral poniendo en peligro el patrimonio de la empresa.

⁵⁵ RICCOBONO, Alessandro: “Capitalismo digitale e controlli sulle attività telematiche dei lavoratori”, en *Working Papers C.S.D.L.E. Massimo D'Antona*, nº 458, 2022, pp. 30 y ss., donde el autor subraya la imposibilidad de que un ilícito extracontractual no integre al mismo tiempo una negligencia en el cumplimiento contractual.

⁵⁶ DEL PUNTA, Riccardo: “La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (Art. 23, d.lgs. n. 151/2015)”, *cit.*, p. 77; ALVINO, Ilario: “I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto dei Lavoratori e quelle del Codice della Privacy”, *cit.*, pp. 2421, 2695.

Precisamente sobre la base de este requisito, en la sentencia n° 2722/2012, de 23 de febrero, el Tribunal de Casación, que resolvió el despido “por justa causa” de un directivo de una entidad bancaria por haber sido responsable de la divulgación por correo electrónico a terceros de información confidencial sobre un cliente, habiendo realizado además, aprovechándose del contenido de la información, determinadas operaciones financieras de las que se había beneficiado personalmente, afirmó la legitimidad de la vigilancia por el empleador de los correos electrónicos del empleado, en primer lugar, porque no estaba sujeta a los límites establecidos en el artículo 4 del ET y, en segundo lugar, porque estaba justificada por el hecho de que el empleador tenía sospechas de conductas irregulares sobre el empleado en cuestión.

En la Sentencia n° 16622/2012, de 1 de octubre, sólo unos meses después, apartándose de la ya mencionada sentencia n.° 15892/2007, el Tribunal de Casación sancionó la imposibilidad de utilizar con fines disciplinarios la información recabada a través de un control defensivo, aunque el empresario hubiera obtenido autorización sindical o administrativa. El asunto versaba sobre el despido de un teleoperador basado en el hecho de que, mediante un programa informático, el empresario detectó que realizaba innumerables llamadas personales en horario laboral. El Tribunal Supremo afirmó que “la prohibición de los controles a distancia ex art. 4, del l. n° 300 de 1970, implica, por tanto, que los controles defensivos realizados con el sistema informático Bluès 2002, entran en el ámbito de aplicación del l. n° 300 de 1970, art. 4, apartado 2º, y, siempre que se respeten las garantías procedimentales previstas, no pueden incidir en la esfera de la prestación laboral de los trabajadores individuales; cuando existe injerencia en esta última, y el empresario no ha adoptado sistemas de filtrado de las llamadas telefónicas que no permitan, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1º, localizar la identidad del trabajador, los datos correspondientes no pueden utilizarse para probar el incumplimiento del contrato por el propio trabajador”.

En el contexto de este breve examen de las orientaciones jurisprudenciales sobre el tema de los controles defensivos que se han sucedido en el tiempo, debemos mencionar la STCass n° 10955/2015, de 27 de mayo, en la que se dio respuesta a un despido ordenado por el empleador contra un empleado que utilizó las redes sociales durante el horario de trabajo; conocimiento de los hechos imputados que la empresa obtuvo mediante la creación de un perfil femenino falso utilizado para chatear con la empleada en horario laboral; declarando la legitimidad del control a distancia efectuado, en la medida en que se dirigía a constatar la comisión de una supuesta conducta ilícita por parte de la empleada, que una vez acreditada se derivó en su despido.⁵⁷

La incertidumbre y la falta de una clara evolución de la orientación jurisprudencial a lo largo de los años han sido constatadas desde el principio por la doctrina que, por diversas razones, se ha mostrado más prudente a la hora de identificar los controles defensivos como una categoría autónoma. Entre las razones de este posicionamiento doctrinal se

⁵⁷ DEL PUNTA, Riccardo: “La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (Art. 23, d.lgs. n. 151/2015)”, cit. p. 77.

encontraba, en primer lugar, la amplia locución utilizada por el artículo 4.1 ET, es decir, “*attività dei lavoratori*”, que le permitía incluir la conducta global del trabajador en el lugar de trabajo, y, en consecuencia, también los controles defensivos;⁵⁸ en segundo lugar, porque un control destinado a averiguar una conducta ilícita permitiría inevitablemente una comprobación concomitante de la correcta realización del trabajo.⁵⁹ Por lo tanto, era difícil distinguir entre controles defensivos y controles de la actividad laboral y, en consecuencia, existía el riesgo de que cualquier control del trabajador se considerara defensivo.⁶⁰ Consideraciones confirmadas por la jurisprudencia en materia de control de la actividad de los trabajadores que ha excluido del ámbito de aplicación del antiguo artículo 4 del ET, por ejemplo el control efectuado por el empresario sobre los datos registrados por el GPS instalado en el vehículo de empresa de un trabajador que varias veces, en horas de trabajo, había acudido a lugares de interés personal y no relacionados con el trabajo; o la extracción del historial de sitios web visitados en horas de trabajo, de la que resultaba que el trabajador había consultado sitios de internet no relacionados con su trabajo.⁶¹

Los casos que se acaban de exponer son sólo algunos ejemplos de hechos que demuestran cómo un control realizado para constatar una conducta ilícita se traduce inevitablemente también en un control directo sobre la actividad laboral, dando así testimonio de las aporías de la teoría de los controles defensivos desarrollada por la jurisprudencia. No es de extrañar que una de las finalidades perseguidas por la reforma del artículo 4 del ET introducida por el *Jobs Act*, fuera abordar la cuestión abierta de los controles defensivos, incluso mediante la introducción de la “protección de los activos de la empresa” entre los motivos que vendrían a justificar el control a distancia de las actividades de los trabajadores.⁶²

3.3. La reforma introducida por la Jobs Act: perfiles de continuidad y discontinuidad con la regulación anterior

El artículo 4 del ET, tal y como estaba estructurado en la normativa anteriormente reseñada, se antojaba cuando menos insuficiente ante la evolución tecnológica que estaba afectando transversalmente a todo el mundo del trabajo.⁶³ La reforma del artículo 4 del

⁵⁸ LAMBERTUCCI, Pietro: “Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore: i controlli a “distanza” tra attualità della disciplina statutaria, promozione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014 (cd. Jobs Act)”, cit.

⁵⁹ ZOLI, Carlo: “Il controllo a distanza del datore di lavoro: l’art. 4, L. n. 300/1970, tra attualità ed esigenze di riforma”, cit., p. 491.

⁶⁰ AMOROSO, Giovanni, DI CERBO, Vincenzo, MARESCA, Arturo: *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 47 y ss.

⁶¹ RICCOBONO, Alessandro: “Capitalismo digitale e controlli sulle attività telematiche dei lavoratori”, en *Working Papers C.S.D.L.E. Massimo D’Antona*, n° 458, 2022, cit., pp. 31 y ss.

⁶² *Ibid.*

⁶³ LEVI, Alberto: “La ridefinizione dell’assetto regolativo dei controlli a distanza. Quale tassello di una più complessiva riforma del diritto del lavoro”, en LEVI, Alberto: *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei Lavoratori dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2016, pp. 1-20.

ET operada en virtud del mandato contenido en la Jobs Act –independientemente del mayor o menor acierto de la nueva configuración introducida– representó, en este sentido, el reconocimiento de la necesaria reforma del precepto estatutario con la finalidad de responder a las nuevas realidades que iban surgiendo con la intensificación del desarrollo tecnológico. Al respecto hay quien no deja de subrayar cómo el ordenamiento jurídico italiano se ha caracterizado a menudo por una mayor dificultad y tardanza en la transposición de los cambios que afectan al mercado de trabajo, posicionándose así –junto con el español– entre los ordenamientos jurídicos más conservadores respecto a tal proceso de modernización e informatización.⁶⁴

La Ley n.º 183/2014, de 10 de diciembre, aprobada bajo el Gobierno Renzi, otorgó al Gobierno la delegación para proceder a una reforma que modernizara el Derecho italiano en línea con la normativa europea y los convenios internacionales, entre cuyos objetivos, previsto en el artículo 1.7 f) estaba “la revisión de la disciplina de los controles a distancia a través de equipos e instrumentos de trabajo, teniendo en cuenta la evolución tecnológica y conciliando las exigencias productivas y organizativas de la empresa con la tutela de la dignidad y privacidad del trabajador”. La delegación fue ejecutada por el Gobierno con la adopción de ocho decretos legislativos y un decreto de corrección de errores, haciendo referencia expresa al objetivo consagrado en la ley habilitante en el artículo 1.7 f) como criterio rector de la reforma, lo que demuestra la voluntad no sólo de renovar el art. 4 del ET, sino también de excluir de su ámbito de aplicación –especialmente del procedimiento contemplado en el apartado 2º de la versión original del citado precepto estatutario– a los “instrumentos de trabajo” entregados al trabajador de los que, en virtud de sus características técnico-funcionales, pudiera derivarse también la posibilidad de control a distancia, tanto sobre la realización de la prestación laboral como sobre la persona del trabajador.⁶⁵ En lo atinente al artículo 4 del ET, La delegación fue ejercida por el artículo 23 del Decreto Legislativo núm. 151/2014, de 14 de septiembre, relativo a las disposiciones para la racionalización y simplificación de los procedimientos y obligaciones de los ciudadanos y las empresas y otras disposiciones relativas a las relaciones laborales y la igualdad de oportunidades, uno de los decretos de desarrollo del *Jobs Act*, que intervino en la regulación del control a distancia reformando íntegramente el artículo 4 del ET.

La reforma introdujo importantes innovaciones respecto de la anterior disciplina,⁶⁶ preservando el objetivo de garantizar un adecuado equilibrio entre las facultades del empresario y los derechos constitucionalmente protegidos de los trabajadores. El análisis de la nueva configuración del artículo 4 del ET permite adelantar ya al menos tres aspectos

⁶⁴ TROJSI, Anna: “Il comma 7, lettera f), della legge delega n. 183/2014: tra costruzione del Diritto del Lavoro dell’era tecnologica e liberalizzazione dei controlli a distanza sui lavoratori”, en *Biblioteca “20 Maggio”-Volumenes Colectivos*, 2022, pp. 91-94.

⁶⁵ SALIMBENI, María Teresa: “La riforma dell’articolo 4a dello Statuto dei Lavoratori: l’ambigua risolutezza del legislatore”, cit., p. 589.

⁶⁶ MARESCA, Arturo: “Jobs Act, how to reconcile power of control and protection of worker dignity and privacy”, en *Forum Tuttolavoro*, Ipsa, 2016.

que ponen de relieve los elementos de continuidad y discontinuidad con respecto a la redacción anterior. Un primer perfil, que se sitúa en una perspectiva de continuidad con la versión anterior a la reforma, se refiere a la previsión de límites específicos destinados a circunscribir el ejercicio del poder de control del empresario. Por otra parte, la nueva versión difiere de la anterior en que ya no considera que el acuerdo sindical previo a la instalación de los instrumentos sea condición suficiente para proteger la privacidad del trabajador, sino que exige, en primer lugar, como se expondrá con más detalle a continuación, que el trabajador sea informado adecuadamente de la forma en que se utilizarán los instrumentos y se llevarán a cabo los controles y, en segundo lugar, que el control a distancia se realice respetando las disposiciones del *Codice della privacy*. Por último, la nueva versión aclara las condiciones en las que puede utilizarse la información recogida mediante control remoto, aspecto sobre el que la versión original del artículo 4 del ET guardaba silencio.⁶⁷

El nuevo texto del art. 4 ET se estructura en tres apartados en lugar de los cuatro con los que contaba la versión original.⁶⁸ En el primer apartado se establece que “los equipos audiovisuales y otros instrumentos de los que se derive también la posibilidad de seguimiento a distancia de las actividades de los trabajadores podrán utilizarse exclusivamente para necesidades organizativas y de producción, para la seguridad en el trabajo y para la protección de los bienes de la empresa, y podrán instalarse con sujeción a un convenio colectivo estipulado por la representación sindical unitaria o por los representantes sindicales de la empresa. Alternativamente, en el caso de empresas con unidades de producción situadas en diferentes provincias de la misma región o en varias regiones, dicho acuerdo puede ser celebrado por los sindicatos comparativamente más representativos a nivel nacional. A falta de acuerdo, las instalaciones e instrumentos a que se refiere la primera frase podrán instalarse previa autorización de la sede territorial de la Inspección Nacional del Trabajo o, alternativamente, en el caso de empresas con unidades productivas situadas en las zonas de competencia de varias oficinas territoriales, de la sede de la Inspección Nacional del Trabajo. Las medidas a que se refiere la tercera frase serán definitivas”.

En el segundo apartado se efectúa una excepción a la regla general en tanto en cuanto se señala que “no se aplicará a los instrumentos utilizados por el trabajador para realizar el trabajo ni a los instrumentos para registrar el acceso y la asistencia”.

Cerrándose el precepto con la previsión relativa a que “la información recogida en virtud de los apartados 1 y 2 podrá utilizarse para todos los fines relacionados con la relación laboral siempre que se proporcione al trabajador información adecuada sobre cómo utilizar las herramientas y realizar los controles y en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto Legislativo nº 196, de 30 de junio de 2003[el *Codice della privacy*]”.

⁶⁷ MARESCA, Arturo: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori”, cit. pp. 513, 546.

⁶⁸ Véase DI PAOLA; Luigi: *Poteri del datore di lavoro, tutele del lavoratore e aspetti processuali*, cit., pp. 31-61; LANOTTE, Massimo: “La ridefinizione dei limiti al potere di controllo a distanza”, en LEVI, Alberto: *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei Lavoratori dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2016, pp. 21-51.

3.3.1. ¿Derogación o potenciación de la prohibición de uso de los instrumentos de control a distancia?

Un primer aspecto a destacar es que el apartado 1º del artículo 4 del ET ha procedido a derogar la prohibición general de utilizar instrumentos tecnológicos para controlar a distancia las actividades de los trabajadores. A primera vista, podría parecer que la supresión de esta prohibición iría en detrimento de los trabajadores, otorgando al empresario una mayor libertad para realizar controles a distancia. De hecho, tanto la doctrina como los sindicatos han criticado este cambio desde el principio. Ante ello, fue necesaria la intervención del Ministerio de Trabajo y Políticas Sociales, que negó la liberalización de los controles y aclaró que el objetivo de la reforma era, en cambio, “clarificar el concepto de instrumentos de control remoto y los límites de uso de los datos recogidos a través de estos instrumentos, en línea con las indicaciones que el Garante de la Privacidad ha proporcionado en los últimos años”.⁶⁹

La doctrina científica⁷⁰ ha señalado la posibilidad de derivar indirectamente la prohibición derogada del nuevo artículo 4.1 del ET, que en todo caso exige la observancia de especiales cautelas en la utilización por el empresario de instrumentos idóneos, por sus características técnico-funcionales, para permitir el control a distancia de la actividad de los trabajadores.⁷¹ A este respecto, se considera que la intención del legislador italiano no ha sido liberalizar la facultad de control a distancia del empresario, cuyo ejercicio sólo está permitido en todo caso para los fines expresamente sancionados por la ley. Se trata más bien de un cambio de enfoque por parte del legislador, quien, con el fin de flexibilizar la legislación ante futuros desarrollos tecnológicos, en lugar de regular los supuestos prohibidos, aclara cuáles son las autorizadas, sustituyendo la prohibición originaria por un permiso.⁷² No es distinto el posicionamiento de la jurisprudencia italiana dado que la STC nº 25732/2021, de 22 de septiembre, afirma que, incluso tras la reforma, “el control como fin en sí mismo, eventualmente dirigido a constatar el incumplimiento del trabajador, sigue estando prohibido”.

De la nueva configuración jurídica del poder de control a distancia contenida en el artículo 4 del ET, debemos realizar una serie de consideraciones. Por un lado, el primer apartado se refiere a “los equipos audiovisuales y otros instrumentos de los que

⁶⁹ Circular del Ministerio de Trabajo y Política Social de 18 de junio de 2015.

⁷⁰ En este sentido, SALIMBENI, María Teresa: “La riforma dell’articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori: l’ambigua risolutezza del legislatore”, cit., p. 589; PISANI, Carlo: “Gli strumenti utilizzati per rendere la prestazione lavorativa e quelli di registrazione degli acci e delle presenze”, en PISANI, Carlo, PROIA, Giampiero y TOPO, Adriana (dir): *Privacy e lavoro: la circolazione dei dati personali ei controlli nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milán, 2022, pp. 439 y ss., afirma que el uso de equipos que tengan la función exclusiva de controlar a distancia a los trabajadores, el denominado “control por sí mismo”, debe considerarse siempre prohibido.

⁷¹ Ver EMILIANI, Simone Pietro: “Il ruolo del sindacato nella disciplina dei controlli sul lavoratore”, en PISANI, Carlo, PROIA, Giampiero y TOPO, Adriana: *Privacy e lavoro: la circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Milán, 2022, pp. 613 y ss.

⁷² RUSSO, Marianna: “Quis custodiet ipsos custodes? I “nuovi” limiti all’esercizio del potere di controllo a distanza”, in *Labour & Law Issues*, vol. 2, nº 2, 2016, pp. 2421 y ss.

también se derive la posibilidad de controlar a distancia las actividades de los trabajadores”. Se reintroduce así la categoría de los denominados controles “*preterintenzionali*”, anteriormente regulados en el apartado 2º del artículo 4 del ET, categoría relativa a los controles a distancia no destinados a controlar la actividad laboral, pero justificados por necesidades objetivas del empresario,⁷³ lo que supone, indirectamente, la prohibición de que el empresario utilice equipos e instrumentos destinados directa y exclusivamente a controlar la actividad laboral.

En segundo término, lo que se desprende de una primera lectura del nuevo apartado 1º del artículo 4 del ET es un cambio léxico evidente consistente en la sustitución del término “equipo” por “instrumento”. Se considera que este cambio garantiza una mayor apertura interpretativa, ya que el nuevo término utilizado resulta más adecuado, sobre todo desde una perspectiva de *iure condendo*, para incluir en el ámbito de aplicación de la disposición examinada todo posible y eventual avance tecnológico.⁷⁴

En tercer lugar, el ámbito de aplicación del apartado 1º del artículo 4 del ET es más amplio tras la reforma en virtud del uso del adverbio “también”, con el que el legislador se refiere a los instrumentos en los que su funcionalidad de control no sea el objetivo principal perseguido por estos, contrariamente a la versión *anterior a la reforma*, que prohibía el uso de instrumentos cuyo único objetivo fuera el control directo de las actividades de los trabajadores. En otras palabras, mientras que la antigua prohibición general sólo abarcaba los instrumentos de control, hoy en día el nuevo primer apartado del artículo 4 del ET se aplica a todos los instrumentos de los que “también” pueda derivarse el control a distancia,⁷⁵ con excepción de los contemplados en el segundo apartado que son los instrumentos de trabajo.

De este modo se delinea un primer límite a la facultad de control a distancia del empresario, dado que ésta facultad deberá ser siempre instrumental y estar justificada. En efecto, aun manteniendo en términos generales los requisitos previstos en el apartado segundo anterior, la nueva redacción del apartado primero somete también a dos condiciones acumulativas la utilización de equipos o instrumentos de los que pueda derivarse el control a distancia de la actividad laboral. Dado que las dos condiciones se reputan acumulativas, la ausencia de una de las dos no permite la realización de los controles a distancia contemplados en el artículo 4.1 del ET, aunque, por ejemplo, el acuerdo sindical se hubiera celebrado.⁷⁶

La primera es una condición de carácter finalista al requerirse la existencia de una de las necesidades específicas de la empresa expresamente enumeradas por la norma:

⁷³ VENEZIANI, B.: “Commentario al art. 4”, en Giunti, G. (ed.): *Lo Statuto dei Lavoratori, Commentario*, Giuffrè, Milán, 1979, pp. 17, 32.

⁷⁴ D’ANDREA, Luca y MORICONI, Engles: “Controlli a distanza: la disciplina prima e dopo la riforma”, cit., pp. 573 y ss.

⁷⁵ MARESCA, Arturo: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori”, cit. pp. 513, 546.

⁷⁶ MARESCA, Arturo: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori”, cit., pp. 513, 546.

necesidades de organización y producción o seguridad en el trabajo, a las que se añade el reconocimiento de la necesidad de proteger también los bienes de la empresa, es decir, de evitar, por ejemplo, cualquier acto de daño, vandalismo, robo, hurto. Con respecto a la necesidad de proteger los activos de la empresa, sólo adquiere relevancia la conducta de los trabajadores que no esté relacionada en modo alguno, ni siquiera indirectamente, con el desempeño de su actividad laboral.⁷⁷ Tales necesidades delimitan, no tanto lo que puede ser objeto de control, sino las razones que justifican el ejercicio de la facultad de control a distancia del empresario y, por tanto, la instalación de equipos audiovisuales u otros instrumentos que sean necesarios.⁷⁸ La segunda condición, a la que está sujeta la instalación de instrumentos de los que también se deriva la posibilidad de control, es de carácter procedimental y consiste en la necesaria celebración de un convenio colectivo previo con los representantes sindicales unitarios o con los representantes sindicales de empresa; en ausencia de convenio que lo prevea, es necesario obtener la autorización de la Inspección de Trabajo.

La ampliación del ámbito de control permitido, lograda gracias a la inclusión de la protección del patrimonio empresarial entre los presupuestos justificativos, ha permitido incluir en el ámbito de aplicación de la norma en cuestión, también los denominados controles defensivos, superando así la orientación jurisprudencial que sustraía tales controles del perímetro aplicativo del artículo 4 del ET antes de la reforma de éste. Orientación esta última a la que, como ya se ha expuesto, la doctrina siempre se ha opuesto, considerando que no existe referencia normativa expresa para amparar la antecitada interpretación jurisprudencial.⁷⁹ El corolario de ello es la necesidad de concluir que resulta necesario, incluso para los llamados controles defensivos realizados por razones de protección del patrimonio empresarial, el acuerdo sindical previo o de obtener la autorización administrativa, generando un endurecimiento, en comparación con la versión anterior a la reforma de las condiciones necesarias para legitimar el ejercicio del poder de control por parte del empresario.⁸⁰

3.3.2. La reforma de los procedimientos de negociación y de autorización

Otro de los aspectos que han sido objeto de la acción reformista del legislador es el relativo al acuerdo sindical y, en defecto de éste, a la autorización administrativa necesarias

⁷⁷ EMILIANI, Simone Pietro: “Il ruolo del sindacato nella disciplina dei controlli sul lavoratore”, cit., pp. 616 y ss.

⁷⁸ MARESCA, Arturo: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori”, cit., pp. 513, 546.

⁷⁹ LAMBERTUCCI, Pietro: “I poteri del datore di lavoro nello Statuto dei lavoratori dopo l’attuazione del cd. Jobs Act del 2015: primi spunti di riflessione”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, n° 3, 2016, pp. 514 y ss.

⁸⁰ MAIO, Valerio “I controlli difensivi e la tutela del patrimonio aziendale”, en PISANI, Carlo, PROIA, Giampiero y TOPO, Adriana: *Privacy e lavoro: la circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milán, 2022, pp. 412 y 417.

para que puedan instalarse legítimamente en las empresas sistemas u otros instrumentos de los que también pueda derivarse la posibilidad de control a distancia.

En primer lugar, por lo que se refiere al procedimiento de negociación sindical, en comparación con la versión anterior, las comisiones internas han sido sustituidas por la representación sindical unitaria interna de la empresa (RSU) o, a falta de esta última, por los representantes sindicales de empresa (RSA), como sujetos con los que se puede concluir el acuerdo si son los únicos presentes en la empresa o representan a una mayoría. Se trata, sin duda, de un cambio significativo que, sin embargo, no parece haber alterado la opción de política legislativa que caracterizaba la versión original de la disposición. El legislador, tras la reforma, confirma la voluntad de confiar la concesión de la autorización a personas que tengan un conocimiento directo y profundo de la realidad empresarial individual, para poder contrarrestar, de la manera más adecuada y en relación con las necesidades específicas de cada contexto productivo individual, la necesidad de proteger, por un lado, la libertad y la dignidad de los trabajadores, y, por otro lado, las necesidades de los empresarios, por otra.

Una primera cuestión respecto de la cual la norma guarda silencio se refiere al quórum necesario para la celebración del acuerdo con la representación de los trabajadores. El art. 4.1 del ET no regula si es necesaria la unanimidad, debe alcanzarse al menos con la mayoría de los representantes sindicales o si es suficiente con que el acuerdo sea suscrito incluso por un solo RSA o RSU. La doctrina considera adecuado aplicar el principio mayoritario, especialmente porque permite evitar cualquier comportamiento obstruccionista por parte de los sindicatos minoritarios o de cada sindicato individual dado que, si se exigiera la unanimidad, se estaría reconociendo un poder de veto total.⁸¹

Una segunda duda interpretativa se plantea en torno a la eficacia subjetiva del acuerdo con la representación de los trabajadores. Dado que la nueva configuración del artículo 4 del ET no ofrece ningún elemento innovador respecto a la regulación precedente, debe mantenerse la opinión mayoritaria de la doctrina italiana respecto de la versión anterior, según la cual la eficacia no se limita a los trabajadores afiliados a las organizaciones sindicales firmantes, sino que se extiende a todos los trabajadores empleados en las unidades productivas a las que se refiere el acuerdo.

Finalmente una tercera duda se planteó en relación con la posible eficacia de los acuerdos sobre control a distancia previamente celebrados a la entrada en vigor, especialmente los concluidos por comisiones internas y aún vigentes en el momento de la reforma legislativa, sobre los que la norma guarda silencio. Se ha afirmado, por un lado, la vigencia continuada de tales acuerdos hasta su expiración, cuando son de duración determinada, o hasta la entrada en vigor de la modificación legal en el caso de acuerdos de duración indefinida, en virtud del principio *tempus regit actum*; y, por otro, la razonable imposibilidad de que las comisiones internas, una vez sustituidas, pudieran proceder a su revisión.⁸² La pauta interpretativa más plausible sería la de mantener la vigencia de

⁸¹ ALVINO, Ilario: “I nuovi limiti al controllo a distanza dell’attività dei lavoratori nell’intersezione fra le regole dello Statuto dei Lavoratori e quelle del Codice della Privacy”, cit., pp. 2421, 2695.

⁸² MAIO, Valerio: “La nuova disciplina dei controlli a distanza sull’attività dei lavoratori e la modernità post panottica”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, cit., pp. 1189 y ss.

dichos acuerdos siempre que pudieran acomodarse a la nueva regulación contenida en el artículo 4 del ET; en caso contrario, deberían entenderse decaída su vigencia en favor de la regulación legal, lo que obligaría a negociar un nuevo acuerdo.⁸³ En este sentido, por ejemplo, si el acuerdo celebrado anteriormente no permitía el uso con fines disciplinarios de la información recabada por los instrumentos de control a distancia, para poder hacer pleno uso de la nueva previsión contenida en el apartado 3º del artículo 4 del ET –que sanciona el uso de dicha información para todos los fines relacionados con la relación laboral–, el empresario debe rescindir el acuerdo e iniciar un procedimiento de renegociación con los representantes sindicales.

La principal novedad se refiere a la simplificación introducida en el caso de las empresas “*multilocale*”, es decir, aquellas con varias sucursales en distintas provincias o regiones, que adoptan los mismos sistemas de control remoto en diferentes unidades de producción. El legislador ha querido garantizar el mismo trato a todos los trabajadores de una misma empresa, cualquiera que sea la ubicación geográfica de la unidad de producción en la que trabajen, superando la práctica anterior que exigía un acuerdo sindical para cada unidad de producción distinta. El nuevo artículo 4.1 ET regula, de hecho, que en tales casos el acuerdo podrá celebrarse también con las “asociaciones sindicales comparativamente más representativas a nivel nacional”,⁸⁴ organismos que sin duda permiten garantizar la mejor persecución del interés colectivo. No obstante, aunque esta novedad se ha introducido para obviar ciertas dificultades de aplicación del artículo 4 del ET, no parece estar totalmente en consonancia con la opción de política legislativa ya mencionada, ya que no son capaces de garantizar el equilibrio correcto de los intereses contrapuestos y de tener en cuenta adecuadamente los requisitos específicos de cada contexto de producción individual al que se refiere el apartado 1º del artículo 4 del ET.

El acuerdo con la representación de los trabajadores deberá precisar las exigencias organizativas, de producción, de seguridad del empleo o de protección del patrimonio de la empresa que justifiquen, en el caso concreto, la legítima realización del control a distancia. Los sindicatos también podrán plantear modalidades particulares de utilización del instrumento o posibles limitaciones. Aunque se ha planteado la posibilidad de admitir que el acuerdo sindical pueda celebrarse tácitamente, el Tribunal de Casación, en su sentencia n.º 9904/2016, de 13 de mayo, ha sancionado el necesario cumplimiento de la forma escrita.

En ausencia de acuerdo con la representación de los trabajadores, para comprobar la existencia de las necesidades empresariales que justifican la instalación de los instrumentos de control, el empresario podrá presentar una solicitud ante un órgano administrativo, a saber, la Inspección de Trabajo, con el fin de obtener la autorización. La

⁸³ MARESCA, Arturo: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori”, cit., pp. 513 y 546, quien considera que los acuerdos sindicales celebrados bajo el supuesto de vigencia del antiguo texto del art. 4 del Estatuto de los Trabajadores deben considerarse extinguidos, pues constituían un cumplimiento debido a la norma originariamente vigente.

⁸⁴ RUSSO, Marianna: “Quis custodiet ipsos custodes? I “nuovi” limiti all’esercizio del potere di controllo a distanza”, cit., pp. 2421 y ss.

expresión “*en su defecto*” utilizada por el legislador en el nuevo texto del apartado 1º del artículo 4 del ET deja claro que la autorización administrativa no puede ser una alternativa a la negociación con la representación de los trabajadores. El empresario sólo puede presentar la solicitud al órgano administrativo en caso de que no se alcance un acuerdo sindical. Dicho acuerdo puede no alcanzarse debido a la ausencia de representantes autorizados para celebrarlo, o existiendo éstos se niegan a celebrarlo, por ejemplo, por discrepar sobre el contenido ofertado por el empresario.⁸⁵ Por lo tanto, es necesario y obligatorio intentar una negociación previa con la representación de los trabajadores. Por este motivo, el empresario debe adjuntar siempre a la solicitud presentada ante el órgano administrativo la falta de acuerdo o la documentación que acredite que se ha convocado a los representantes sindicales; salvo en los supuestos de empresas que no superen los 15 trabajadores y carezcan de representantes de los trabajadores, en cuyo caso deberán necesariamente solicitarlo directamente a la Inspección de Trabajo.

El órgano administrativo competente para conceder la autorización y ante el que debe presentarse la solicitud del empresario es la jefatura territorial de la Inspección Nacional de Trabajo. Por lo que respecta, en cambio, a las empresas “*multilocale*”, el artículo 4.1 ET ha introducido una novedad, a saber, la posibilidad de solicitar la expedición de una autorización única a la sede de la Inspección Nacional de Trabajo.⁸⁶

En la redacción de la solicitud que debe presentarse para obtener la autorización, el empresario debe especificar las indicaciones técnicas y la forma en que se instalarán los equipos de control, a fin de que el órgano administrativo pueda comprobar la existencia de las necesidades empresariales específicas que lo justifiquen. La instalación también debe ajustarse a los principios de proporcionalidad y necesidad. En caso contrario, la Inspección deberá motivar siempre la denegación, para permitir al empresario adaptarse a las indicaciones facilitadas y, en su caso, presentar una nueva solicitud.

De importante trascendencia resulta tener claro, por un lado, que la concesión de la autorización debe preceder siempre a la instalación del equipo, de suerte que cualquier acuerdo o autorización obtenida a *posteriori* no otorga validez a la instalación del instrumento de control, ni siquiera cuando el equipo sólo se ha instalado y aún no se ha puesto en funcionamiento; y, por otro lado, que el preaviso dado a los trabajadores tampoco exime al empresario de obtener la solicitud.⁸⁷

Otra novedad se refiere a la derogación en el artículo 4 de la ET de la previsión, contenida en cambio en la redacción anterior, que atribuía a la Inspección de Trabajo la función de dictar las disposiciones necesarias para la adecuación de las instalaciones a la normativa y los procedimientos para su utilización. Por tanto, si bien los sindicatos podrán legítimamente limitar el uso de los datos adquiridos o dictar otras medidas

⁸⁵ MARESCA, Arturo: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori”, cit., pp. 513, 546; RUSSO, Marianna: “Quis custodiet ipsos custodes? I “nuovi” limiti all’esercizio del potere di controllo a distanza”, cit., pp. 2421 y ss.

⁸⁶ Para ser exactos, la referencia a dicho órgano fue incluida en el artículo 4.1 ET posteriormente por el decreto corrector del Jobs Act, Decreto Legislativo nº 185/2016, de 24 de septiembre.

⁸⁷ *Ibid.*

correctoras, la falta de previsión expresa de tal facultad en la nueva redacción impide a las Delegaciones Territoriales y a la Inspección Nacional de Trabajo dictar disposiciones específicas en tal sentido.⁸⁸

En cuanto a la posible impugnación de la decisión administrativa, partiendo de la idea del legislador de otorgar firmeza a las medidas de la Inspección de Trabajo, excluyendo la posibilidad de recurso administrativo ante el Ministerio de Trabajo, como se desprende de la última frase del apartado 1º del artículo 4, se dispone que si los legitimados –es decir, el empresario en caso de denegación de la solicitud o los trabajadores individuales– consideran lesiva la medida dictada, sólo podrán recurrir en el plazo de 60 días ante el Tribunal Administrativo Regional, alegando los vicios típicos del acto administrativo.⁸⁹

3.3.3. El ámbito derogatorio del apartado segundo del artículo 4 del ET

Quizás el cambio más significativo introducido en el régimen jurídico del poder empresarial de control a distancia se encuentra en la nueva redacción del apartado 2º del artículo 4 del ET que al establecer que lo dispuesto en el apartado 1º “no se aplicará a los instrumentos utilizados por el trabajador para realizar el trabajo ni a los instrumentos para registrar el acceso y la asistencia”, supone una ruptura con el texto anterior, excluyendo del procedimiento de acuerdo y, en su defecto, de autorización a los “instrumentos utilizados por el trabajador para realizar su trabajo” y los “instrumentos de registro de acceso y presencia”.

Este cambio se había apuntado como necesario, como ya se ha señalado anteriormente, para evitar que el empresario tuviera que solicitar autorización o celebrar un acuerdo sindical cada vez que deseara equipar al trabajador con cualquier herramienta informática, so pena de sanción penal. Ahora se permite al empresario instalar y utilizar determinadas herramientas informáticas con independencia de la existencia de una de las tres finalidades reguladas por el primer párrafo, así como utilizarlas sin necesidad de obtener un acuerdo sindical o administrativo previo, siempre que dichas herramientas entren dentro de la noción de herramientas de trabajo o de registro de acceso y asistencia, constituyendo así la única excepción a las normas generales del apartado 1º del artículo 4 del ET.

El resultado de esta modificación no es tanto la exclusión de tales categorías de instrumentos de la prohibición, que se sigue considerando vigente, de utilizar instrumentos para el control a distancia de las actividades de los trabajadores, sino más bien la posibilidad de utilizar tales instrumentos con una finalidad primaria –a saber, desarrollar la prestación o el control y acceso– en los casos en que, debido a sus características

⁸⁸ MARESCA, Arturo: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori”, cit., pp. 513, 546. De otro modo, RUSSO, Marianna: “Quis custodiet ipsos custodes? I “nuovi” limiti all’esercizio del potere di controllo a distanza”, cit., justifica la no repetición sobre la base del deseo del legislador de evitar “superfetaciones”.

⁸⁹ MAIO, Valerio: “La nuova disciplina dei controlli a distanza sull’attività dei lavoratori e la modernità post panottica”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, cit., pp. 1189 y ss.

técnico-funcionales, también permiten recoger información que también pueda utilizarse para controlar a distancia la realización de las actividades de los trabajadores. En definitiva, esta disposición representa simplemente la toma de conciencia por parte del legislador del hecho de que las herramientas de trabajo también pueden utilizarse como instrumentos de control, a veces sin que el propio trabajador sea consciente de ello.

En cualquier caso, existe un nexo causal entre la legitimidad de estos controles y las necesidades subyacentes que justifican su utilización, que queda garantizada esencialmente por la evaluación efectuada por el legislador *ex ante*, que –de hecho– sustituye al acuerdo sindical o a la autorización administrativa.⁹⁰ Lo anterior no es óbice para reconocer que el nuevo apartado 2º del artículo 4 del ET, al no exigir la obtención de un acuerdo o autorización, ha reducido el papel de las organizaciones sindicales respecto a este tipo de instrumentos. En el estado actual de las cosas, es efectivamente el legislador el que ha venido a establecer el equilibrio entre los intereses opuestos de empresarios y trabajadores, que antes se confiaba al procedimiento de negociación con los representantes de los trabajadores o a la autorización administrativa.⁹¹

Se perfila así un doble régimen en lo que respecta a la instalación de instrumentos electrónicos articulados en los dos primeros apartados del artículo 4 del ET. El primero es el establecido en el segundo apartado, que parece referirse a los instrumentos que permiten *in re ipsa* la recogida de información sobre las actividades de los trabajadores, ya que el control se activa en el mismo momento en que el empleado utiliza el instrumento para realizar su trabajo, por tratarse de instrumentos que son portadores inseparables de formas de control que en sí mismas se consideran justificadas y legítimas. El segundo régimen es el señalado en el apartado 1º, que se aplica a los equipos audiovisuales y otros instrumentos de los que también pueda derivarse la posibilidad de control a distancia de la actividad de los trabajadores, que sólo podrán instalarse en presencia de los requisitos específicos previstos en la ley y previa celebración del acuerdo con la representación de los trabajadores u obtención de la autorización administrativa. Esta última es una regulación residual, en el sentido de que opera cuando no se cumple el supuesto contemplado en el apartado segundo.⁹²

No obstante, el principal problema interpretativo de la modificación operada por la reforma del apartado 2º del artículo 4 del ET se encuentra en la ausencia en la legislación de una definición de lo que debe entenderse como “instrumentos de trabajo”, lo que no permite identificar fácilmente los instrumentos a los que no se aplican las limitaciones del apartado 1º del artículo 4 del ET.

En un correcto entendimiento, para que una herramienta pueda ser catalogada como “instrumentos de trabajo” y entre en el ámbito de aplicación del artículo 4.2 del

⁹⁰ En tales casos, la justificación es, por así decirlo, *in re ipsa* PISANI, Carlo: “Gli strumenti utilizzati per rendere la prestazione lavorativa e quelli di registrazione degli acci e delle presenze”, cit. pp. 439 y ss.

⁹¹ EMILIANI, Simone Pietro: “Il ruolo del sindacato nella disciplina dei controlli sul lavoratore”, cit., pp. 628 y ss.

⁹² ZILIO GRANDI, Gaetano y Biasi, Marco: *Commentario breve alla riforma del Jobs Act*, Cedam, Padua, 2016, pp. 719, 720.

ET se requieren dos elementos. En primer lugar, la herramienta debe ser “utilizada por el empleado”; se requiere, por tanto, la participación activa del empleado que debe usarla en el desempeño de las funciones que le han sido asignadas. En otras palabras, el empleado debe tener la disponibilidad operativa del instrumento y utilizarlo en la prestación del servicio. Por el contrario, en el caso de los instrumentos de control –a los que se aplica el apartado 1º del artículo 4 del ET–, el empleado asume siempre una función meramente de espectador, el empleado siempre asume un papel meramente pasivo.⁹³ En segundo lugar, el instrumento debe utilizarse “para la prestación del trabajo”, es decir, debe ser necesario y funcional para la correcta realización de la prestación encomendada por el empresario,⁹⁴ hasta el punto de justificar la no aplicación de las limitaciones y garantías previstas en el artículo 4.1 del ET.

En consecuencia, las herramientas que no puedan calificarse de herramientas de trabajo por no reunir las características enumeradas anteriormente estarán sujetas a lo dispuesto en el apartado 1º del artículo 4 del ET, por lo que podrán utilizarse siempre que su uso esté justificado por exigencias de producción, de organización o de seguridad en el trabajo o por la protección de los bienes de la empresa, y a reserva de la celebración de un acuerdo sindical o de la obtención de una autorización administrativa.

3.3.4. Los instrumentos de acceso y registro de asistencia como instrumentos de control

El régimen simplificado establecido en el apartado 2º del artículo 4 del estatuto ET se aplica ahora no sólo a las herramientas de trabajo, sino también a las “herramientas de registro de acceso y asistencia”, a pesar de que en un principio se descartó que el control de la mera presencia en la empresa pudiera constituir un control de la actividad de los trabajadores.⁹⁵

Se superaba así la orientación jurisprudencial, también aceptada por el Tribunal de Casación, entre otras en la sentencia nº 15892/2007, de 17 de julio,⁹⁶ que, partiendo del supuesto de que estos instrumentos permitían al empresario controlar a distancia el

⁹³ VENEZIANI, Marco: “Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)”, en *Working Papers C.S.D.L.E. Massimo D’Antona*, nº 300, 2016, pp. 297 y ss.

⁹⁴ ALVINO, Ilario: “I nuovi limiti al controllo a distanza dell’attività dei lavoratori nell’intersezione fra le regole dello Statuto dei Lavoratori e quelle del Codice della Privacy”, cit., pp. 2421, 2695.

⁹⁵ RIZZI, Roberta y VENTURA, Alessandro: *La tutela della privacy del lavoratore controllato a distanza, alla luce della nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Fondazione Nazionale del Commercialisti, en (<https://www.fondazionenazionalecommercialisti.it/node/1413>), pp. 25, 26.

⁹⁶ El Tribunal de Casación se pronunció en este sentido en relación con un caso en el que el empresario, utilizando los datos recogidos mediante la tarjeta de identificación, había acusado a un empleado de no respetar las horas de trabajo y le había sancionado. En concreto, el Tribunal, basándose en el supuesto de que, mediante el uso de un instrumento de registro de acceso y asistencia, el empresario puede comprobar la cantidad de trabajo realizada, había considerado que este caso entraba en el ámbito de aplicación del apartado 2º del artículo 4 del antiguo ET. En consecuencia, la infracción en cuestión habría implicado no sólo la inutilización de la información recogida, sino también la imposición de una sanción penal *en virtud* del artículo 38 del ET. El empresario, por tanto, fue –en el presente caso– condenado a readmitir al trabajador en su puesto de trabajo y, además, también fue condenado penalmente por haber infringido el artículo 4.2 del ET.

tiempo durante el cual se realizaba el trabajo, los incluía en el ámbito de aplicación del artículo 4 del ET, para cuya instalación era necesario que fuera precedido de un acuerdo sindical o una autorización administrativa.⁹⁷

La disposición vigente en la actualidad, al equiparar los instrumentos de control de acceso y asistencia con herramientas de trabajo a las que no se aplican las limitaciones y garantías establecidas en el apartado 1º del artículo 4 del ET ha permitido superar esta cuestión, aunque no ha cesado el debate sobre su legitimidad y la posibilidad de utilizar, incluso con fines disciplinarios, la información sobre el tiempo de trabajo recabada a través de ellos, a pesar de que en la actualidad se consideran actividades previas al cumplimiento de la obligación laboral principal.

Otra cuestión interesante es la falta de acuerdo doctrinal en relación con lo que se ha de entender con el término “asistencia”. Una mera interpretación literal del precepto no aclara si el legislador pretendía referirse únicamente a la entrada y salida de la empresa o también al acceso, durante la jornada laboral, a zonas específicas del centro de trabajo reservadas, por ejemplo, por razones justificadas de seguridad, sólo a determinados trabajadores. Sobre este punto la doctrina es controvertida. Por un lado, hay quien considera que tales controles pueden incluirse en el ámbito de aplicación del art. 4.2 del ET, argumentando que es prerrogativa del empresario identificar las áreas de acceso limitado y sujeto a autorización por razones de seguridad o confidencialidad.⁹⁸ Por otro lado, parte de la doctrina considera oportuno excluirlos del régimen simplificado porque teme que ello pueda traducirse en un control constante del empresario sobre los movimientos de los trabajadores dentro de la empresa.⁹⁹

Se plantea también la duda, advertida por la doctrina italiana, de la posible inclusión entre las herramientas de registro de acceso y asistencia, de aquellas que permiten registrar el acceso a zonas específicas de la empresa, con la consiguiente inaplicación del artículo 4.1 del ET. Partiendo de que el uso de este tipo de instrumentos de registro y

⁹⁷ MARESCA, Arturo: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori”, cit., pp. 513, 546; PISANI, Carlo: “Gli strumenti utilizzati per rendere la prestazione lavorativa e quelli di registrazione degli acci e delle presenze”, cit., pp. 455 y ss.

⁹⁸ Véase VENEZIANI, Marco: “Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)”, cit., pp. 295 y ss.; ALVINO, Ilario: “I nuovi limiti al controllo a distanza dell’attività dei lavoratori nell’intersezione fra le regole dello Statuto dei Lavoratori e quelle del Codice della Privacy”, cit. pp. 2421, 2695; DEL PUNTA, Riccardo: “La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (Art. 23, d.lgs. n. 151/2015)”, cit., pp. 77 ss.; MARESCA, Arturo: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori”, cit., 513, 546.; RUSSO, Marianna: “Quis custodiet ipsos custodes? I “nuovi” limiti all’esercizio del potere di controllo a distanza”, cit., pp. 2421 y ss.

⁹⁹ SALIMBENI, María Teresa: “La riforma dell’articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori: l’ambigua risolutezza del legislatore”, cit., p. 589, quien sostiene que el legislador pretende referirse exclusivamente a los sistemas de control a la entrada y salida de la empresa necesarios para verificar el cumplimiento de la jornada laboral; Nuzzo, Valeria: *La protezione dei lavoratori dai controlli impersonali*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2018, pp. 116 y ss. según el cual, al incluir entre los instrumentos de registro de acceso y asistencia también aquellos que permiten registrar el acceso a un área específica de la empresa, se correría el riesgo de liberalizar el uso de todos aquellos instrumentos que permiten registrar el comportamiento de los trabajadores dentro de la empresa durante el desempeño de su trabajo.

acceso no puede confiarse totalmente al arbitrio del empresario, éste debe respetar el principio de finalidad, de suerte que deberá existir un interés de la empresa en registrar el acceso a un área específica y limitar, en la medida de lo posible, el tratamiento de los datos personales de los trabajadores recogidos mediante tales herramientas.¹⁰⁰

Hemos de resaltar finalmente que esta novedosa previsión se encuentra actualmente superada¹⁰¹ por el devenir del desarrollo tecnológico que está propiciando la aparición de nuevas herramientas que permiten registrar el acceso y la asistencia como, por ejemplo, mediante sistemas biométricos o huellas dactilares. No cabe duda de que estos nuevos sistemas conllevan un riesgo aún mayor de atentar contra la privacidad de los trabajadores, ya que permiten registrar información especialmente sensible sobre la persona del trabajador y, en particular, sobre su patrimonio genético. En virtud de la función desempeñada por tales instrumentos, parece difícil excluirlos de la categoría de instrumentos de registro de acceso y presencia; revelándose una brecha que puede afectar de forma intolerable a la intimidad de los trabajadores.

3.3.5. El uso de los datos adquiridos a través de instrumentos de control a distancia

Delimitados en los apartados 1 y 2 del artículo 4 del ET las reglas destinadas a garantizar la legitimidad tanto de la instalación de los instrumentos de control como del registro de la información recabada a través de ellos. Ahora es necesario examinar las disposiciones que regulan, en cambio, el momento lógicamente posterior, que se sitúa a continuación del control, es decir, el uso de los datos adquiridos.

La versión originaria del artículo 4 del ET guardaba silencio sobre este punto y –debido a la ausencia de una reglamentación *ad hoc*– se había generalizado la práctica según la cual la autorización de instalación excluía el uso a efectos disciplinarios de la información recogida. Además, esta laguna también había dado lugar al desarrollo jurisprudencial de la categoría ya mencionada de los llamados controles defensivos, que permitían a los jueces suplir las carencias de la antigua disciplina¹⁰² y desarrollar el juicio necesario para equilibrar la necesidad de dignidad y confidencialidad de los trabajadores con el interés del empresario en controlar el rendimiento, lo que sólo era posible mediante la consulta de la información recogida a través de las herramientas de trabajo.¹⁰³

En este contexto, el legislador del *Jobs Act* consideró necesario introducir una normativa que dictara los límites dentro de los cuales se pueden utilizar los datos reco-

¹⁰⁰ MARESCA, Arturo: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori”, cit. pp. 513, 546.

¹⁰¹ PISANI, Carlo: “Gli strumenti utilizzati per rendere la prestazione lavorativa e quelli di registrazione degli acci e delle presenze”, cit. p. 459.

¹⁰² ALVINO, Ilario: “I nuovi limiti al controllo a distanza dell’attività dei lavoratori nell’intersezione fra le regole dello Statuto dei Lavoratori e quelle del Codice della Privacy”, cit., pp. 2421, 2695.

¹⁰³ SALIMBENI, María Teresa: “La riforma dell’articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori: l’ambigua risolutezza del legislatore”, cit., p. 589.

dos.¹⁰⁴ De hecho, uno de los principales retos a los que tuvo que hacer frente la reforma no fue tanto evitar que los trabajadores se vieran sometidos a una vigilancia constante y encubierta, sino impedir que los empresarios abusaran de sus poderes en el uso de los datos recogidos.¹⁰⁵

El alcance innovador de la modificación despliega sus mayores efectos precisamente en la nueva redacción del apartado 3º de artículo 4 del ET, que establece que “la información recogida en virtud de los apartados 1 y 2 podrá utilizarse para todos los fines relacionados con la relación laboral siempre que se proporcione al trabajador información adecuada sobre cómo utilizar las herramientas y realizar los controles y en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto Legislativo nº 196, de 30 de junio de 2003 [el *Codice della privacy*]”. Se ha de apuntar que el *Codice della privacy* contiene una referencia muy sucinta al control a distancia en su artículo 114 para establecer que “se mantiene sin cambios las disposiciones del artículo 4” del ET, sin realizar ninguna otra referencia al posible tratamiento de datos obtenidos a través del control empresarial, siendo, en consecuencia, la norma de referencia lo previsto en el artículo 4.3 del ET y sin perjuicio de la aplicación del resto de previsiones sobre el tratamiento de datos contenidas en el *Codice della privacy*.

De este modo, es posible escindir el ejercicio del poder de control del empresario en una triple fase: la primera, relativa a la adquisición de los datos mediante la utilización de instrumentos de control legítimamente *instalados*; una segunda fase de conservación, y por tanto de almacenamiento, en los servidores de la empresa de los datos recogidos; y, por último, la tercera fase, relativa a la utilización de los datos “para todos los fines relacionados con la relación laboral”.¹⁰⁶

En cuanto al significado de la expresión utilizada por el legislador de la reforma “para todos los fines relacionados con la relación laboral”, al ser tan amplia parece entenderse en el sentido de autorizar el uso de los datos recogidos con fines disciplinarios, de evaluación del desempeño e incluso judiciales,¹⁰⁷ siempre dentro de los límites establecidos por la legislación pertinente. Así pues, los datos recogidos pueden utilizarse tanto con fines negativos, como disciplinarios, pero también con fines positivos, es decir, para el desembolso de indemnizaciones e incentivos a la productividad.¹⁰⁸ Esta innovación introducida por la reforma ha ampliado considerablemente el poder del empresario para conocer y utilizar los datos registrados por el instrumento instalado.

¹⁰⁴ Véase CALAFÀ, Laura: “I limiti derivanti dalla disciplina della tutela della riservatezza”, en LEVI, Alberto: *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei Lavoratori dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2016, pp. 145-160.

¹⁰⁵ VITAGLIANO, Chiara: “Potere di controllo datoriale: nuove tecnologie e tutela dei lavoratori nella società digitale”, cit., p. 360.

¹⁰⁶ MARESCA, Arturo: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori”, cit. pp. 513, 546.

¹⁰⁷ SALIMBENI, María Teresa: “La riforma dell’articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori: l’ambigua risolutezza del legislatore”, cit., p. 589.

¹⁰⁸ RUSSO, Marianna: “Quis custodiet ipsos custodes? I “nuovi” limiti all’esercizio del potere di controllo a distanza”, cit., pp. 2421 y ss.

Sin embargo, esto no significa que el legislador haya concedido al empresario una libertad absoluta para consultar los datos almacenados. Es cierto que, si el empresario desea hacer uso de ellos, sólo podrá hacerlo cumpliendo tres condiciones, dos de las cuales se establecen expresamente en el nuevo apartado tercero, al que se añade una tercera, de carácter implícito.¹⁰⁹ En primer lugar, aunque no se regule expresamente, se exige el necesario cumplimiento de la normativa laboral y, por tanto, el cumplimiento de los apartados 1 y 2 del artículo 4 del ET. Es decir, la información que el empresario pretende utilizar debe haber sido adquirida en aplicación de los dos primeros apartados, es decir, con el previo acuerdo sindical o autorización administrativa cuando sea de aplicación el primer apartado, o, sin que éstos sean necesarios, siempre que los datos hayan sido recabados mediante herramientas de trabajo o de registro de acceso o asistencia por aplicación del apartado 2º.¹¹⁰ Además, la posibilidad de utilizar los datos también está sujeta a dos límites explícitos. En primer lugar, el empresario debe haber informado adecuadamente al trabajador de cómo se van a utilizar los instrumentos en cuestión y cómo se van a llevar a cabo los controles pertinentes; el trabajador debe ser informado de los términos y límites de los controles a los que puede ser sometido. Por consiguiente, un control activado por el empresario que no haya informado previamente al trabajador a este respecto será ilegal.¹¹¹ En segundo lugar, se exige el necesario “cumplimiento de las disposiciones del Decreto Legislativo nº 196 de 30 de junio de 2003”, el denominado “Codice della Privacy”. El incumplimiento de cualquiera de las tres condiciones acumulativas anteriormente expuestas tendrá como consecuencia que los datos recabados no puedan ser utilizados a todos los efectos relacionados con la relación laboral.

Como ya se ha dicho, la utilización de los datos es una fase, totalmente posible, que surge a raíz del ejercicio del poder de control del empresario. Por lo tanto, puede afirmarse que el empresario debe cumplir las condiciones establecidas en el apartado 3º del artículo 4 del ET sólo si decide analizar y, eventualmente, utilizar los datos recogidos mediante instrumentos de control a distancia, ya que sólo en esta hipótesis se realiza la conexión con la persona del trabajador.¹¹²

Algunos autores subrayan cómo, al autorizar la utilización “para todos los fines vinculados a la relación laboral” de los datos recogidos, el legislador de la reforma ha neutralizado esencialmente las disposiciones del apartado 1º del artículo 4 del ET, que permite la utilización de equipos audiovisuales y otros instrumentos que también pueden utilizarse para controlar a distancia a los trabajadores únicamente con fines de orga-

¹⁰⁹ ALVINO, Ilario: “I nuovi limiti al controllo a distanza dell’attività dei lavoratori nell’intersezione fra le regole dello Statuto dei Lavoratori e quelle del Codice della Privacy”, cit., pp. 2421, 2695; Borsari, Ricardo: “La tutela penale del diritto alla riservatezza nel rapporto di lavoro”, en PISANI, Carlo, PROIA, Giampiero y TOPO, Adriana: *Privacy e lavoro: la circolazione dei dati personali ei controlli nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milán, 2022, p. 753.

¹¹⁰ DEL PUNTA, Riccardo: “La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (Art. 23, d.lgs. n. 151/2015)”, cit. pp. 77 y ss.

¹¹¹ ZILIO GRANDI, Gaetano y Biasi, Marco: *Commentario breve alla riforma del Jobs Act*, cit., p. 721.

¹¹² MARESCA, Arturo: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori”, cit. pp. 513, 546.

nización y producción, seguridad en el trabajo o protección de los bienes de la empresa. El tercer apartado, en cambio, parece contradecir los límites sancionados por el primer apartado, corriendo el riesgo de ser contrario a los principios constitucionales de dignidad y privacidad del trabajador.¹¹³ En este sentido, el legislador quizás debería haber utilizado un término diferente (y más apropiado),¹¹⁴ especificando que los equipos audiovisuales y otros instrumentos de los que también se deriva la posibilidad de controlar a distancia las actividades de los trabajadores pueden “instalarse”, y no emplearse, exclusivamente para las necesidades expresamente enumeradas.

En conclusión, sin negar los aspectos positivos introducido por la reforma del artículo 4 del ET, la ausencia en la nueva disposición de normas precisas sobre los límites a la facultad del empresario de recoger y, sobre todo, eventualmente utilizar *a posteriori* los datos del trabajador recibidos a través de las herramientas de control, parece reintroducir los viejos problemas aplicativos e interpretativos.¹¹⁵ En este sentido, ciertas elecciones del legislador italiano se exponen a una fácil crítica, pero la reforma de *la Jobs Act* asume sin duda un cierto valor heurístico para el estudioso y el jurista de otro ordenamiento jurídico en la investigación del poder empresarial de control a distancia, que, frente a la constante introducción de nuevas herramientas tecnológicas en el mundo del trabajo¹¹⁶ y la continua evolución de la normativa comunitaria sobre privacidad, cuestiona los límites de este poder, que representan cada vez más una “fuente de incertidumbre para las empresas y de escasa protección para los trabajadores”.¹¹⁷

4. Conclusiones

En el Derecho italiano, mientras que los poderes empresariales de dirección y sancionador venían expresamente reconocidos en el Código Civil italiano, no sucedía lo mismo con la facultad empresarial de control, de suerte que habra que esperar a la aprobación en 1970 del Estatuto de los Trabajadores para que, de forma expresa, se configurase esta última en sus artículos 2 a 6 y 8.

Uno de los aspectos del poder empresarial de control, el contemplado en el artículo 4 del ET, fue la posibilidad de llevar a cabo esta facultad de forma remota mediante el uso de instrumentos técnicos. Partiendo de que la ratio legislativa subyacente en el artículo 4 del ET fue la necesidad de establecer límites y obligaciones procedimentales al poder

¹¹³ SALIMBENI, María Teresa: “La riforma dell’articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori: l’ambigua risolutezza del legislatore”, cit., p. 589.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ ALVINO, Ilario: “I nuovi limiti al controllo a distanza dell’attività dei lavoratori nell’intersezione fra le regole dello Statuto dei Lavoratori e quelle del Codice della Privacy”, cit., pp. 2421, 2695.

¹¹⁶ VITAGLIANO, Chiara: “Potere di controllo datoriale: nuove tecnologie e tutela dei lavoratori nella società digitale”, cit., p. 363, 364; LAMBERTUCCI, Pietro: “I poteri del datore di lavoro nello Statuto dei lavoratori dopo l’attuazione del cd. Jobs Act del 2015: primi spunti di riflessione”, cit., pp. 514 y ss.

¹¹⁷ DEL PUNTA, Riccardo: “La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (Art. 23, d.lgs. n. 151/2015)”, cit., pp. 77 y ss.

empresarial de control se formuló una prohibición general de uso de medios audiovisuales y otros instrumentos para supervisar la actividad de los trabajadores; permitiéndose únicamente, como excepción, la utilización de dichos sistemas exigidos por razones organizativas, productivas o de seguridad, siempre que se hubiera obtenido un acuerdo con la representación de los trabajadores o la autorización de la Inspección de Trabajo.

La configuración de la prohibición de uso de sistemas de control a distancia operada en el artículo 4 del ET produjo una aplicación expansiva de la misma debido, por un lado, a que el precepto establecía la prohibición respecto a cualesquiera “otros equipos”, expresión que permitió incluir las innovaciones tecnológicas que iban apareciendo de naturaleza informativa y digital; y, por otro lado, porque al dirigirse la prohibición a no controlar “la actividad de los trabajadores” se incluía tanto la actividad laboral como a la conducta desarrollada durante la jornada de trabajo que no constituía propiamente actividad laboral.

Frente a la vis expansiva de la prohibición de usar dispositivos de control a distancia para controlar la actividad laboral se establecieron dos matizaciones. La primera derivada de la aplicación de la excepción legal a la prohibición –permisiva de la instalación de estos sistemas por razones organizativas, productivas o de seguridad–, que dio lugar a la admisión de los controles “preterintenzionali” o indirectos, en virtud de los cuales se podía dar validez al control de la actividad de los trabajadores mediante sistemas de control a distancia instalados por las razones empresariales antecitadas y siempre que dicho control haya sido accidental y no la finalidad directa al utilizar dichos sistemas de control. La segunda procedió de la construcción jurisprudencial del denominado control “defensivo” que supuso admitir la utilización de sistemas de control a distancia para averiguar posibles conductas ilícitas del trabajador.

El transcurso del tiempo hizo aflorar una serie de disfuncionalidades en la configuración jurídica del control empresarial a distancia que obedecían a varias causas. Desde luego una de ellas fue el desarrollo disruptivo y acelerado de tecnología –gracias, primero a la informatización, después a la digitalización y robotización– que provocó que cada vez más herramientas de trabajo permitieran controlar también la actividad de los trabajadores, difuminándose la frontera entre “instrumento de trabajo” e “instrumento de control”. En segundo lugar, las propias lagunas del artículo 4 del ET, señaladamente en lo referido a la utilización de los datos obtenidos por el empresario, así como la falta de coordinación entre la norma laboral sobre control a distancia y la normativa sobre protección de datos. Finalmente, las propias dinámicas de empresarios y representantes de los trabajadores consolidaron en la práctica un comportamiento poco proactivo de ambos a la hora de alcanzar el acuerdo exigido en el precepto estatutario.

La nueva configuración de la facultad de control a distancia, producida en 2015 a través del Jobs Act parte de una regla de admisibilidad de esta potestad empresarial exclusivamente para necesidades organizativas, productivas y de seguridad, siempre y cuando se contemple en convenio colectivo y, en su defecto, por autorización judicial. A tenor de esta regla de permisibilidad, a sensu contrario, debemos concluir que se ha mantenido la prohibición de uso de dispositivos a distancia con la única finalidad de controlar la actividad de los trabajadores.

Como primera novedad se introduce una referencia expresa a los instrumentos de trabajo y acceso y asistencia para excepcionarlos de la regla general de permisibilidad, de manera que la utilización de instrumentos tecnológicos no requiere el previo acuerdo via convenio o, en su defecto, autorización de la Inspección de Trabajo. Novedad que ya ha producido importantes problemas aplicativos porque la norma no contiene una definición de lo que se ha de entender, por ejemplo, por “instrumento de trabajo”, de suerte que toda herramienta que tenga por finalidad el desarrollo de la prestación laboral puede ser utilizada con independencia de su mayor o menor capacidad para poder controlar la actividad del trabajador. Problemas que también se han originado con los sistemas de acceso y asistencia y la validez de su utilización, no al acceder al centro de trabajo, sino dentro del mismo.

La otra novedad que presenta menor conflictividad interpretativa viene relacionada con el tratamiento de datos al establecerse una pauta de coordinación al remitirse que el tratamiento se tendrá que hacer con observancia en la norma sobre protección de datos, al tiempo que se establece de forma singular que solo podrá utilizar los datos obtenidos en virtud de un control indirecto por razones organizativas, productivas o de seguridad ex artículo 4.1 ET o del uso de instrumentos de trabajo ex artículo 4.2 del ET y siempre que se haya proporcionado información adecuada al trabajador sobre cómo utilizar dichos instrumentos y cómo se van a realizar los controles.

La nueva regulación del poder de control a distancia ha tratado de resolver algunas de las ineficiencias de la anterior configuración, en algun aspecto con acierto en otros no tanto; pero ha silenciado otros, como la validez del llamado control defensivo construido jurisprudencialmente y del que nada se ha dicho, lo que llevará a su mantenimiento via jurisprudencial. Al tiempo la actual regulación ya muestra alguna ineficiencia, por ejemplo, derivada de la licitud sin limite alguno del uso de herramientas tecnológicas para fines laborales, que no por ser destinadas a esta finalidad dejan de poder incidir en la esfera de intimidad de los trabajadores; lo que obligará también a la jurisprudencia a establecer limites a ese aparente uso incondicionado de instrumentos de trabajo.

5. Bibliografía

- Alvino, Ilario.: “L’articolo 4 dello statuto dei lavoratori alla prova di internet e della posta elettronica”, en *Diritto delle Relazioni Industriali*, nº 4, 2014.
- Alvino, Ilario.: “I nuovi limiti al controllo a distanza dell’attività dei lavoratori nell’ intersezione fra le regole dello Statuto dei Lavoratori e quelle del Codice della Privacy”, en *Labour & Law Issues*, vol. 2, nº 1, 2016.
- Amoroso, Giovanni, Di Cerbo, Vincenzo, Maresca, Arturo: *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2014
- Ballestrero María Victoria y De Simone, Gisella: *Diritto del lavoro*, 2ª ed., G. Giappichelli Editore, Turín, 2015.
- Bellavista, Alessandro: “I poteri dell’imprenditore e la privacy del lavoratore”, en *Il dir. lav.*, nº 1, 2002.

- Borsari, Ricardo: “La tutela bore del diritto alla riservatezza nel rapporto di lavoro”, en Pisani, Carlo, Proia, G Giampiero y Topo, Adriana: (dir): *Privacy e lavoro: la circolazione dei dati personali ei controlli nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milán, 2022.
- Calafà, Laura: “I limiti derivanti dalla disciplina della tutela della riservatezza”, en Levi, Alberto: *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei Lavoratori dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2016.
- Carinci, Maria Teresa: “Il controllo a distanza dell’attività dei lavoratori dopo il “Jobs Act” (art. 23 D. Lgs. 151/2015): spunti per un dibattito”, en *Labour & Law Issues*, vol. 2, nº 1, 2016.
- Carinci, Maria Teresa: “Il controllo a distanza sull’adempimento della prestazione di lavoro”, en Tullini, Patrizia (ed.): *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Turín, 2017.
- D’Andrea, Luca y Moriconi, Engles: “Controlli a distanza: la disciplina prima e dopo la riforma”, en *Diritto & Práctica del Lavoro*, nº 9, 2016.
- D’Antona, Massimo: “Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, nº 1, 1995.
- Del Punta, Riccardo: “La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (Art. 23, d.lgs. n. 151/2015)”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº 1, 2016.
- Di Paola; Luigi: *Poteri del datore di lavoro, tutele del lavoratore e aspetti processuali*, ed. Giuffrè, 2022.
- Emiliani, Simone Pietro.: “Il ruolo del sindacato nella disciplina dei controlli sul lavoratore”, en Pisani, Carlo, Proia, G Giampiero y Topo, Adriana: (dir): *Privacy e lavoro: la circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milán, 2022.
- Ferrante, Vincenzo: “Controllo sui lavoratori difesa della loro dignità e potere disciplinare a quarant’anni dallo Statuto”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº 1, 2011.
- Flor, Roberto: “Diritto penale e controlli a distanza dei lavoratori dopo il C.D. Jobs Act”, en Levi, Alberto: *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei Lavoratori dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2016.
- Ichino, Pietro: “Le conseguenze dell’innovazione tecnologica sul diritto del lavoro”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº 4, 2017.
- Lambertucci, Pietro: “I poteri del datore di lavoro nello Statuto dei lavoratori dopo l’attuazione del cd. Jobs Act del 2015: primi spunti di riflessione”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, nº 3, 2016.
- Lambertucci, Pietro: “Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore: i controlli a “distanza” tra attualità della disciplina statutaria, promozione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014 (cd. Jobs Act)”, en *Working Papers C.S.D.L.E. Massimo D’Antona*, nº 255, 2015.
- Lanotte, Massimo: “La ridefinizione dei limiti al potere di controllo a distanza”, en Levi, Alberto: *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei Lavoratori dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2016.
- Levi, Alberto: “La ridefinizione dell’assetto regolativo dei controlli a distanza. Quale tassello di una più complessiva riforma del diritto del lavoro”, en Levi, Alberto:

- Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei Lavoratori dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2016.
- Magnani, Mariella: *Diritto del Lavoro*, 1° ed., G. Giappichelli Editore, Turín, 2019.
- Maio, Valerio: “I controlli difensivi e la tutela del patrimonio aziendale”, en Pisani, C. Proia, G. y Topo, A.: (dir): *Privacy e lavoro: la circolazione dei dati personali ei controlli nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milán, 2022.
- Maio, Valerio: “La nuova disciplina dei controlli a distanza sull’attività dei lavoratori e la modernità post panottica”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, nº 6, 2015.
- Marazza, Marco: “Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)”, en *Working Papers C.S.D.L.E. Massimo D’Antona*, nº 300, 2016.
- Maresca, Arturo: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. Lav.”, en Tullini, Patrizia (ed.): *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2017.
- Maresca, Arturo: “Jobs Act, how to reconcile power of control and protection of worker dignity and privacy”, en *Forum Tuttolavoro*, Ipsoa, 2016.
- Maresca, Arturo: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº 4, 2016.
- Montoya Melgar, Alfredo.: *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956,
- Nuzzo, Valeria: *La protezione dei lavoratori dai controlli impersonali*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2018.
- Passalacqua, Pasquale: “I contolli preterintenzionali: la procedura”, en Levi, Alberto: *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei Lavoratori dopo il Jobs Act*, Giuffrè, Milán, 2016,
- Pedrazzoli, Mario: “Dal lavoro autonomo al lavoro subordinato”, in *Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro. Atti delle Giornate di Studio di diritto del lavoro. Salerno, 22-23 maggio 1998*, Giuffrè, Milano, 1999.
- Pisani, Carlo: “Gli strumenti utilizzati per rendere la prestazione lavorativa e quelli di registrazione degli acci e delle presenze”, en Pisani, Carlo, Proia, G Giampiero y Topo, Adriana: (dir): *Privacy e lavoro: la circolazione dei dati personali ei controlli nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milán, 2022.
- Pisani, Carlo, Proia, G Giampiero y Topo, Adriana: (dir): *Privacy e lavoro: la circolazione dei dati personali ei controlli nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milán, 2022.
- Riccobono, Alessandro: “Capitalismo digitale e controlli sulle attività telematiche dei lavoratori”, en *Working Papers C.S.D.L.E. Massimo D’Antona*, nº 458, 2022.
- Rizzi, Roberta y Ventura, Alessandro: *La tutela della privacy del lavoratore controllato a distanza, alla luce della nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Fondazione Nazionale del Commercialisti (<https://www.fondazioneNazionalecommercialisti.it/node/1413>).
- Russo, Marianna: “Quis custodiet ipsos custodes? I “nuovi” limiti all’esercizio del potere di controllo a distanza”, in *Labour & Law Issues*, vol. 2, nº 2, 2016.

- Russo, Alberto y Tufo, Marco: “I controlli preterintenzionali: la nozione”, en Levi, Alberto: *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei Lavoratori dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2016
- Salimbeni, María Teresa: “La riforma dell’articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori: l’ambigua risolutezza del legislatore”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº 4, 2015.
- Santoro-Pasarelli, Giuseppe: *Diritto dei lavoratori e dell’occupazione*, ed. Giappichelli, 2015.
- Scognamiglio, Renato: “La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº 2, 2001.
- Trojsi, Anna: “Il comma 7, lettera f), della legge delega n. 183/2014: tra costruzione del Diritto del Lavoro dell’era tecnologica e liberalizzazione dei controlli a distanza sui lavoratori”, en *Biblioteca “20 Maggio”-Volúmenes Colectivos*, 2022.
- Tullini, Patrizia: “Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº 1, 2009.
- Veneziani, B.: “Commentario al art. 4”, en Giunti, G. (ed.): *Lo Statuto dei Lavoratori, Commentario*, Giuffrè, Milán, 1979.
- Vitagliano, Chiara: “Potere di controllo datoriale: nuove tecnologie e tutela dei lavoratori nella società digitale”, en *European Journal of Privacy Law & Technologies*, nº 1, 2022.
- Zilio Grandi, Gaetano y Biasi, Marco: *Commentario breve alla riforma del Jobs Act*, Cedam, Padua, 2016.
- Zilio Grandi, Gaetano y Pettinelli, Roberto: “A 50 anni dallo Statuto. «El artículo 4 ha muerto. Viva l’art. 4!»”, en *Lavoro Diritti Europa*, nº 2, 2020.
- Zoli, Carlo: “Il controllo a distanza del datore di lavoro: l’art. 4, L. n. 300/1970, tra attualità ed esigenze di riforma”, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº 4, 2009.