

Universidad Internacional de La Rioja

Facultad de Derecho

Máster Universitario en Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social

La Protección de Datos Personales en la Relación Laboral: estudio comparado de España y
Ecuador

Trabajo fin de estudio presentado por:	David Esteban Albornoz Muñoz
Tipo de trabajo:	TFM
Director/a:	Dra. MARIA DEL PILAR ELEGIDO F.
Fecha:	28/09/2022

Resumen

En la mayoría de ordenamientos jurídicos existen leyes que regulan la protección de datos de carácter personal, el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, la recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos. Sin embargo, en Ecuador existe una incipiente regulación en este sentido, con la recién aprobada Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, publicada en el Registro Oficial el 26 de mayo de 2021. Motivo por el cual, se vuelve imprescindible realizar un análisis pormenorizado sobre la existencia de una adecuada regulación y protección de los datos personales de los trabajadores, ya que no existe una normativa específica en este tema, siendo necesario brindar a los trabajadores y empleadores una investigación que procure dar una profundización en las particularidades del tratamiento, uso y conservación de datos personales en una relación laboral.

Palabras clave: Protección de datos personales, relación laboral, trabajadores, nuevas tecnologías.

Abstract

In most legal systems there are laws that regulate the protection of personal data, access and decision on information and data of this nature, the collection, filing, processing, distribution or dissemination of these data. However, in Ecuador there is an incipient regulation in this regard, with the recently approved Organic Law on the Protection of Personal Data, published in the Official Registry on May 26, 2021. For this reason, it is essential to carry out a detailed analysis on the existence of an adequate regulation and protection of the personal data of the workers, since there is no specific regulation on this subject, being necessary to provide the workers and employers with an investigation that seeks to deepen the particularities of the treatment, use and retention of personal data in an employment relationship.

Keywords: Personal data protection, employment, workers, new technologies.

Índice de contenidos

1.	Introducción	6
1.1.	Justificación del tema elegido	6
1.2.	Problema y finalidad del trabajo	7
1.3.	Objetivos	8
2.	Marco teórico y desarrollo	8
2.1.	Protección de datos personales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	8
2.1.1.	Constitución de la República del Ecuador	8
2.1.2.	Ley Orgánica de Protección de Datos Personales	9
2.2.	Aspectos generales	10
2.2.1.	Concepto de tratamiento de datos personales en el ordenamiento jurídico español y ecuatoriano	10
2.2.2.	Categorías especiales de datos personales	11
2.2.3.	Fundamentos jurídicos para el tratamiento de datos personales en una relación laboral	13
2.3.	Derechos de protección de datos en una relación laboral	16
2.3.1.	Derecho a la información	16
2.3.2.	Derecho de acceso	17
2.3.3.	Derecho de rectificación	18
2.3.4.	Derecho de supresión o derecho al olvido	19
2.3.5.	Derecho a la limitación del tratamiento	20
2.3.6.	Derecho a la portabilidad	21
2.3.7.	Derecho de oposición	21
2.3.8.	Tabla resumen comparativa entre la regulación de los derechos de protección de datos en la legislación ecuatoriana y la legislación española	22

2.4.	Tratamiento de datos durante la relación laboral	24
2.4.1.	Tratamiento de datos previo al inicio de la relación laboral	24
2.4.2.	Tratamiento de datos durante el desarrollo de la relación laboral	29
2.4.3.	Tratamiento de datos al finalizar la relación laboral	29
2.4.4.	Tabla resumen comparativa sobre la normativa jurídica que regula el tratamiento de datos personales en la relación laboral en Ecuador y España	30
2.5.	Impacto del uso de las nuevas tecnologías en el tratamiento de datos personales de los trabajadores	32
2.5.1.	Registro del ordenador	32
2.5.2.	Sistemas de videovigilancia	36
2.5.3.	El uso de la propia imagen de los trabajadores por parte de la empresa	40
2.5.4.	Intervención del correo electrónico institucional	41
2.5.5.	Tabla resumen comparativa sobre la normativa jurídica que regula el uso de las nuevas tecnologías en materia de protección de datos personales en el ámbito laboral	43
2.6.	Tratamiento de datos personales sensibles de los trabajadores	45
2.6.1.	Datos relacionados a la etnia u origen racial	47
2.6.2.	Datos relacionados a la edad	48
2.6.3.	Datos relacionados a sexo, identidad de género u orientación sexual	48
2.6.4.	Datos relacionados a ideología y afiliación sindical	50
2.6.5.	Datos biométricos	51
2.6.6.	Datos relativos a la salud	52
2.7.	Reputación online de los trabajadores	54
3.	Conclusiones	57
	Referencias bibliográficas	60

1. Introducción

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano no ha existido una adecuada regulación que proteja los datos personales de los ciudadanos. Es recién a partir del año 2021 con la aprobación de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, que se establece el primer hito normativo que buscaba dar respuesta a esta problemática.

Sin embargo, pese a que podemos hablar ya de una regulación específica en esta materia, la realidad es que en Ecuador todavía existe una escasa e insuficiente protección de los datos personales sobre todo debido al escaso desarrollo jurisprudencial y doctrinario en esta materia.

Uno de los campos sobre los cuales debe enfocarse la materia, radica en una adecuada regulación del tratamiento y uso de datos personales dentro de la relación laboral.

Por tal motivo, a través del presente Trabajo de Fin de Máster buscaremos realizar un estudio de la legislación comparada principalmente de España, con la finalidad de investigar y ofrecer posibles mejoras al tratamiento de datos personales dentro de una relación laboral en Ecuador.

1.1. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA ELEGIDO

La protección de datos personales encuentra su fundamento en la tutela de derechos constitucionales como el derecho a la intimidad y a la privacidad. Si bien es un derecho reconocido en Ecuador y en otros países, su protección es diferente de acuerdo al ámbito en el que se desarrolla.

En una relación jurídica de naturaleza civil, mercantil y en general en derecho privado, reina el principio de igualdad entre las partes, por lo que los datos de carácter personal serán protegidos en igualdad de condiciones para las dos partes.

Sin embargo, en otro tipo de relaciones jurídicas, como la relación laboral existente entre empresa y trabajador, existe un elemento particular que debe ser tomado en consideración a

la hora de velar por la protección de datos personales de ambas partes, me refiero al poder de dirección y control del empleador.

Al no partir de una situación de igualdad entre empresario y trabajador, notoriamente el uso y trato de datos personales del trabajador corre riesgo de no ser respetado en debida forma por el empresario, quien a pretexto de la libertad empresarial podrá causar afectaciones a los derechos del trabajador.

Es por esto importante que, en Ecuador, así como se lo ha hecho en otros países, se busque dar soluciones desde la academia y la jurisprudencia a la protección de datos personales dentro de una relación laboral, ya que una regulación muy general como la actual, no prevé precisamente los elementos propios y distintos de una relación laboral, que por las razones explicadas merece un trato diferente.

Se ha decidido tomar la legislación y jurisprudencia española a efectos de estudio comparado, ya que en España existe abundante jurisprudencia que regula el tratamiento de datos personales de los trabajadores, inclusive haciendo alusión a las nuevas tecnologías, las cuáles implican un nuevo reto para los empresarios, ya que si bien otorgan ventajas y beneficios que permiten un control más eficaz por parte del empresario, normalmente estas nuevas herramientas implican un control más restrictivo de los derechos fundamentales del trabajador y de sus datos personales.

1.2. PROBLEMA Y FINALIDAD DEL TRABAJO

El presente trabajo tiene como finalidad brindar un primer acercamiento teórico a la protección de datos personales dentro de una relación laboral en Ecuador. La actual Ley Orgánica de Protección de Datos Personales (LOPD, 2021), contiene disposiciones normativas muy generales que pueden resultar no aplicables a una relación laboral. Por este motivo, a través del presente trabajo buscaremos detectar las carencias de nuestra actual legislación y proponer soluciones, basadas en la legislación y jurisprudencia española, que permitan en el ámbito laboral una adecuada protección de los datos personales en Ecuador.

1.3. OBJETIVOS

Objetivo General:

Realizar un análisis comparativo de la normativa que regula la protección de datos personales en una relación laboral en España y Ecuador, con la finalidad de encontrar las deficiencias y vacíos normativos en Ecuador sobre este tema y proponer así una solución jurídica normativa basada en el ejemplo de la regulación y jurisprudencia existente en España.

Objetivos Específicos:

- Analizar la protección de datos personales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y en el ordenamiento jurídico español.
- Revisar el desarrollo jurisprudencial en Ecuador y España sobre la protección de datos dentro de la relación laboral.
- Análisis de legislación comparada entre Ecuador y España sobre el tema en cuestión.
- Estudiar el impacto de las nuevas tecnologías en el tratamiento de datos personales de los trabajadores.

2. Marco teórico y desarrollo

2.1. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

2.1.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

La Constitución de la República del Ecuador vigente aprobada en el año 2008 (CRE, 2008), fue la primera en introducir la corriente del neoconstitucionalismo en Ecuador, tal como sostienen NEVAREZ, GAVILANEZ Y CLEONARES (2020, p. 1308) «la influencia del neoconstitucionalismo en la Constitución del Ecuador se aprecia en modificaciones al sistema jurídico tradicional: del Estado legislativo de derecho, al Estado constitucional de derecho; de la prevalencia del principio de legalidad como criterio exclusivo de existencia y validez del derecho, al principio de constitucionalidad como criterio rector de la juridicidad; de la reducción del derecho a la ley y el predominio de esta sobre las restantes fuentes del

derecho, al reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución y el carácter obligatorio de la jurisprudencia emanada del máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia en materia constitucional.» Por lo que, establece un amplio catálogo de derechos, entre los cuáles por supuesto se reconoce también el derecho de las personas a la protección de sus datos personales.

Es en el artículo 66 numeral 19 de la carta magna en donde encontramos expresamente reconocido el derecho a la protección de datos de carácter personal en Ecuador, dicha norma constitucional indica que la protección de datos incluye derechos conexos como el acceso y la decisión sobre la información y datos de carácter personal, así como su correspondiente protección. Finalmente indicando que cualquier proceso relativo a la recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de los datos personales requerirán necesariamente la autorización de su titular.

Como podemos observar, desde el año 2008 existe un reconocimiento constitucional de la protección de datos de carácter personal como un derecho fundamental; sin embargo, recién en el año 2021, es decir, trece años después del reconocimiento constitucional, el órgano legislativo aprueba una normativa que desarrolla este derecho a través de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales que entró en vigor a partir del 26 de mayo de 2021.

Es importante a través de este trabajo realizar un análisis pormenorizado del contenido de dicha ley, a efectos de establecer si su regulación es adecuada o suficiente frente a la legislación y jurisprudencia española para proteger los datos personales de los trabajadores en una relación laboral.

2.1.2. LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

La Ley Orgánica de Protección de Datos Personales en Ecuador está compuesta de 12 capítulos y 77 artículos en donde se regula de manera general el ejercicio del derecho a la protección de datos personales, que incluye el acceso y decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. Para dicho efecto regula, prevé y desarrolla principios, derechos, obligaciones y mecanismos de tutela.

En su artículo número 25 la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales reconoce la existencia de categorías especiales de datos personales, sobre lo cual expresamente señala:

<<Se considerarán categorías especiales de datos personales, los siguientes:

- a) Datos sensibles;
- b) Datos de niñas, niños y adolescentes;
- c) Datos de salud; y,
- d) Datos de personas con discapacidad y de sus sustitutos, relativos a la discapacidad.>>

Por lo tanto, si bien no menciona su tratamiento en el ámbito laboral, es importante tomar en consideración que los datos personales sensibles, de adolescentes, datos relativos a la salud y datos de personas con discapacidad o sus sustitutos tienen un tratamiento y protección especial, lo cual debe ser tomado con especial consideración respecto a los trabajadores que se encuentren en una de estas categorías.

En el mismo orden de ideas, el Artículo 26 del mismo cuerpo normativo indica que queda prohibido el tratamiento de datos personales sensibles salvo algunos casos, entre estas salvedades encontramos el literal b, que señala

<< b) El tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del titular en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social.>>

Esta es la única disposición normativa de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales que hace alusión a un tratamiento especial en el ámbito del derecho laboral y de la seguridad social de los datos personales de trabajadores, haciendo alusión a que será posible el tratamiento de datos sensibles cuando sea necesario el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos laborales.

2.2. ASPECTOS GENERALES

2.2.1. CONCEPTO DE TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL Y ECUATORIANO

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales en su Artículo 4 define al dato personal como aquel dato que identifica o hace identificable a una persona natural, directa o indirectamente.

Mientras que en el ordenamiento jurídico español, con una definición similar en España a través del Reglamento General de Protección de Datos en su artículo 4 (RGPD 2016/679), se considera dato personal a toda información relativa a una persona física identificada o identificable.

Por ende, podemos ver elementos comunes en las definiciones presentadas por la legislación ecuatoriana y española respecto a lo que entendemos por dato personal. En definitiva, podemos conceptualizar al dato personal como toda información relativa a una persona física viva identificada o identificable.

En este sentido, respecto a la protección de datos personales, la podemos definir como el amparo debido a los ciudadanos contra la posible utilización por terceros, en forma no autorizada, de sus datos personales susceptibles de tratamiento, para de esta forma, confeccionar una información con la que se afecte o pueda afectar su entorno personal, social o profesional, en los límites de su intimidad. DAVARA (2018).

A decir de NARANJO (2017), el tratamiento de datos personales y su protección resguarda toda posible vulneración que puede producirse no solo respecto de la información de un individuo, sino de sus datos o incluso de fragmento de estos, pues a través de procesos de tratamiento pueden delinear perfiles de un individuo. Destaca además que se protege al dato por la sola posibilidad de que pueda llegar a tener una significación.

2.2.2. CATEGORÍAS ESPECIALES DE DATOS PERSONALES

Tanto la legislación ecuatoriana como la española establecen categorías especiales de datos personales que merecen un tratamiento sensible. En el caso de la legislación aplicable a España y la Unión Europea en materia de protección de datos, el Reglamento General de Protección de Datos en su artículo 9.1 indica que son datos personales especiales aquellos que brinden información sobre origen étnico o racial, opiniones políticas, convicciones religiosas o políticas, afiliación sindical, datos genéticos, datos biométricos, datos relativos a la salud de una persona, datos de orientación sexual o vida sexual de una persona natural.

En Ecuador, la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, a través de su Artículo 25 también establece categorías especiales de datos personales, entre los cuales señala: datos

sensibles, datos de niños y adolescentes, datos de salud y datos de personas con discapacidad.

Como podemos ver, ambas legislaciones reconocen la existencia de datos personales que merecen un tratamiento especial por la sensibilidad de la información que revelan; sin embargo, el Reglamento General de Protección de Datos en vigor en España, indica de manera taxativa muchas más categorías de datos especiales, por lo que establece una protección más garantista.

¿Cuál es la importancia en el ámbito laboral de los datos protegidos por estas categorías especiales? Por regla general, tanto en Ecuador como en España se encuentra prohibido el tratamiento de categorías especiales de datos personales; sin embargo, en ambas legislaciones se faculta y admite su tratamiento cuando es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos en el ámbito del derecho laboral y de la seguridad social.

Por poner un ejemplo en el caso ecuatoriano, si un trabajador padece una discapacidad, es conveniente incluso para él informar a su empleador y presentar su carné de discapacidad emitido por el Ministerio de Salud Pública, ya que existe un principio de estabilidad laboral reforzada, el cual según ALMANZA (2020, p.11) es un principio que busca «proteger al trabajador del despido por una situación de vulnerabilidad o situación de debilidad manifiesta temporal o permanentemente. El alcance que tiene esta protección, en conexidad con otros derechos fundamentales, es que se le ha otorgado el grado de derecho fundamental, cuya extensión resulta más amplia», dicho principio se encuentra reconocido por la Ley Orgánica de Discapacidades en su artículo 51 para todos los trabajadores que padezcan una discapacidad y lo informen a su empleador.

Así mismo, representa un beneficio para el empleador conocer de la situación de discapacidad de su trabajador, ya que el artículo 40 del Código de Trabajo ecuatoriano establece la obligación de contratar personas con discapacidad en un porcentaje no menor del 4 por ciento del total de la nómina de la empresa.

Como vemos, por la naturaleza propia de la relación laboral, está permitida la recopilación y tratamiento de datos personales sensibles o especiales, cosa que no ocurre en otros ámbitos

del derecho; sin embargo, el empleador estará forzado a hacer un uso correcto de los datos obtenidos producto de la relación laboral existente.

2.2.3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN UNA RELACIÓN LABORAL

Al tratarse de una relación laboral, el fundamento jurídico para el tratamiento de datos personales de los trabajadores es precisamente el contrato de trabajo existente entre las partes. Al no existir una relación de igualdad y equilibrio entre las partes, no podemos esperar que el consentimiento del afectado sea válido, por lo que debe siempre primar el principio de proporcionalidad y de limitación de la finalidad, que implica que los datos de carácter personal deben ser relevantes para los fines del tratamiento, por lo que solo se podrán tratar aquellos datos imprescindibles para el propósito del tratamiento. (ORTEGA y GONZALO 2018)

<< Es muy poco probable que el consentimiento constituya una base jurídica para el tratamiento de datos en el trabajo, a no ser que los trabajadores puedan negarse sin consecuencias adversas [...] Salvo en situaciones excepcionales, los empresarios tendrán que basarse en otro fundamento jurídico distinto del consentimiento, como la necesidad de tratar los datos para su interés legítimo. Sin embargo, un interés legítimo en sí mismo no es suficiente para primar sobre los derechos y libertades de los trabajadores>> (Dictamen 2/2017 sobre el Tratamiento de Datos en el Trabajo del Grupo de Trabajo del Artículo 29, órgano consultivo de la Unión Europea).

Con lo expuesto, nos queda claro que es lícito el tratamiento de datos de los trabajadores por parte del empleador, cuando sea necesario para la ejecución del contrato de trabajo. Por ejemplo, datos personales como nombres y apellidos, fecha de nacimiento, sexo, nacionalidad, formación previa o experiencia laboral, en general, cualquier dato que sea importante para formalizar el contrato y ejecutar el trabajo, destacando que su tratamiento debe siempre enmarcarse en la finalidad de la relación laboral, no podrá utilizarse en ámbitos distintos.

De igual forma, aquellos datos que el empleador necesite para el cumplimiento de obligaciones legales, como por ejemplo, porcentajes mínimos de personas con discapacidad, cotización a la seguridad social, obligaciones tributarias, entre otras; son dichos preceptos

normativos los cuales sirven de sustento al empleador para el tratamiento de los datos personales de sus trabajadores.

Otro fundamento jurídico válido para el tratamiento de datos personales en una relación laboral es la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento. En este caso el empleador que pretenda invocar el interés legítimo para el tratamiento de datos personales de los trabajadores necesita demostrar la legitimidad del tratamiento y que el método utilizado sea proporcional y utilizado de la manera menos intrusiva posible. (CONTRERAS 2019).

En la legislación de protección de datos personales en Ecuador, encontramos una sola disposición jurídica que hace alusión a la protección de datos personales de los trabajadores dentro de una relación laboral, nos referimos al artículo 26 literal b de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, norma que faculta a tratar datos personales de trabajadores cuando esto sea necesario para cumplir obligaciones laborales o relativas a la seguridad social.

Al efectuar una comparación entre esta única norma jurídica en Ecuador con los fundamentos jurídicos sobre la protección de datos en una relación laboral que encontramos en la legislación española, nos podemos dar cuenta que existe una notoria diferencia, ya que en España hay más claridad y abundancia normativa.

Ejemplo de aquello lo encontramos en cuerpos normativos como el Reglamento General de Protección de Datos, que en su considerando 155 establece como derecho de los estados miembros, de establecer normas específicas relativas al tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral o en los convenios colectivos, incluidos los convenios de empresa, siempre que la normativa sea más beneficiosa para el trabajador.

El citado reglamento comunitario además en su artículo 88 regula extensamente el tratamiento de datos en el ámbito laboral, aspecto que en Ecuador lastimosamente no lo encontramos.

Finalmente, en España no solo existe una adecuada normativa comunitaria que regula la protección de datos en materia laboral, sino existe una normativa específica, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos

digitales, la cual de igual forma hace referencia a aspectos importantes sobre el tratamiento de datos personales dentro de una relación laboral.

El artículo 87 de este cuerpo normativo regula el derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral, como podemos ver la normativa de protección de datos en España busca inclusive resolver problemáticas contemporáneas derivadas del uso de nuevas tecnologías en el ámbito laboral.

Así mismo su artículo 88 regula el derecho de los trabajadores a la desconexión digital, un tema sobre el cual no vamos a encontrar una sola disposición normativa en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, un tema novedoso que en España ha dejado de ser mirado únicamente desde la doctrina o la jurisprudencia, sino que se ha brindado una adecuada protección normativa.

La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en varios artículos regula aspectos específicos sobre el uso de nuevas tecnologías y la protección de los datos personales de los trabajadores.

En definitiva, mientras que en Ecuador encontramos una sola disposición jurídica que regula la protección de datos en el ámbito laboral, en España existen normativas comunitarias y nacionales que regulan ampliamente distintos aspectos de protección de datos de los trabajadores que se presentan en una relación laboral.

Un aspecto que resulta interesante del Reglamento de Protección de Datos Personales de la Unión Europea es el principio de aplicación extraterritorial previsto en su artículo número 3, el cual señala que su normativa será aplicable inclusive para encargados o responsables de tratamientos de datos personales que se encuentren domiciliados en países que no pertenezcan a la Unión Europea cuando el tratamiento se de sobre datos personales de interesados que residan en la Unión (LOPEZ 2019). Esto resulta importante en materia laboral ya que si una empresa domiciliada en un país que no pertenezca a la Unión Europea contrata a un trabajador que resida en el espacio de la Unión, la normativa del RGPD le resultaría aplicable.

2.3 DERECHOS DE PROTECCIÓN DE DATOS EN UNA RELACIÓN LABORAL

En este apartado realizaremos un análisis comparado de la legislación española de protección de datos y la legislación ecuatoriana, con el objetivo de verificar la efectividad de ambas legislaciones al momento de tutelar la protección de datos en el ámbito laboral.

2.3.1 DERECHO A LA INFORMACIÓN

El empleador como responsable del tratamiento de datos personales de los trabajadores está en la obligación de informar a cada trabajador de forma transparente y clara sobre el uso y tratamiento de datos. Dicha obligación debe cumplirse a través de un lenguaje sencillo y claro, sin tecnicismos legales, de manera que el trabajador pueda con total claridad conocer qué datos personales serán tratados, cuál será su uso o finalidad, y si terceras personas tendrán acceso a los mismos. En ningún caso podrá la notificación al trabajador ser equivalente al consentimiento del mismo.

En el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea se establece en los artículos 13 y 14 la obligación del responsable del tratamiento de informar de forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo, sobre el tratamiento de datos que está llevando a cabo. Este derecho consagrado en la normativa comunitaria de la Unión Europea, encuentra una regulación específica en el artículo 11 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

En este sentido, el Comité Europeo de Protección de Datos, el cual es un organismo europeo independiente que contribuye a la aplicación coherente de las normas de protección de datos en toda la Unión Europea y promueve la cooperación entre las autoridades de protección de datos de la Unión Europea, ha sostenido que << La información facilitada a un interesado no debe contener lenguaje o terminología de naturaleza excesivamente legal, técnica o especializada, y deben evitarse expresiones indefinidas>> (Directrices sobre la transparencia en virtud del Reglamento 2016/679 del Grupo de Trabajo del Artículo 29, órgano consultivo de la Unión Europea, ratificadas por el Comité Europeo de Protección de Datos)

Ahora bien, en el caso ecuatoriano, la reciente Ley Orgánica de Protección de Datos si reconoce de manera expresa el derecho a ser informado conforme las bases del principio de lealtad y transparencia, el artículo 12 del citado cuerpo normativo indica de manera taxativa una serie de reglas sobre el tipo de datos que deben ser informados, así como la manera de cumplir a cabalidad con este derecho.

Por lo expuesto, tanto en Ecuador como en España, se protege normativamente el derecho a ser informado como un elemento esencial de la protección de datos personales. Su aplicación respecto al ámbito laboral es imprescindible, ya que permitirá al trabajador conocer con exactitud el uso, tratamiento y destino de sus datos personales, entendiendo que conocer sobre las políticas de tratamiento de datos de la empresa, no implica bajo ningún caso, una aceptación o consentimiento para el tratamiento de los mismos.

2.3.2. DERECHO DE ACCESO

Para una eficaz protección de los datos personales no basta con ser informado del tratamiento, ya que es imprescindible que se consagre el derecho del titular de los datos de conocer a cabalidad cómo se está produciendo el tratamiento de sus datos, es decir, de acceder a los mismos en cualquier momento.

El Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea consagra en su Artículo 15 este derecho, definiéndolo de la siguiente forma: <<El interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento confirmación de si se están tratando o no datos personales que le conciernen y, en tal caso, derecho de acceso a los datos personales y a toda la información relacionada>>. En España, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en su artículo 13 ha desarrollado de mejor manera el ejercicio de este derecho, estableciendo reglas prácticas que deberán ser observadas tanto por el afectado como por el responsable del tratamiento de datos. Así mismo, encontramos en el artículo 81 del citado cuerpo normativo reconocido el derecho de acceso universal a internet.

De esta forma, el trabajador en el ámbito laboral, tendrá la facultad de solicitar una copia de sus datos personales que están siendo objeto de tratamiento. Por lo tanto, será obligación del empleador permitir que el trabajador acceda a sus datos en cualquier momento. En la legislación ecuatoriana encontramos que el Artículo 13 de la Ley Orgánica de Protección de

Datos Personales también reconoce este derecho, indicando que el titular tiene la facultad de conocer y obtener, de forma gratuita, acceso a todos sus datos personales sin necesidad de presentar justificación alguna. Se indica además la obligación del responsable del tratamiento de datos de establecer métodos razonables que permitan el ejercicio de este derecho, fijando un plazo de quince días para ser atendido.

Para un trabajador es muy importante tener la oportunidad de acceder a sus datos personales. Como habíamos analizado en líneas anteriores, una relación laboral siempre parte de un supuesto de desigualdad o desequilibrio entre las partes. Precisamente bajo este análisis, es necesario considerar que el empleador no solamente debe informar a su trabajador sobre el tratamiento de datos, sino con la finalidad de evitar un incorrecto tratamiento de los mismos deberá permitir también el acceso en cualquier momento por parte del trabajador a sus datos personales.

Este derecho puede tener relevancia inclusive en litigios judiciales, ya que en el caso ecuatoriano si es que el empleador, por ejemplo, quiere utilizar datos contenidos en soportes electrónicos como llamadas telefónicas, correos electrónicos, sistemas de videovigilancia para sancionar al trabajador, es importante que se permita al trabajador acceder a los mismos para poder ejercer su derecho a la contradicción y a la defensa en un posible proceso judicial. Así mismo, el trabajador a través del derecho de acceso, podrá verificar que los datos personales obtenidos por el empleador a través de cualquier medio, sean siempre utilizados de forma correcta exclusivamente en lo que concierne a su desempeño laboral.

Desde la doctrina, MAHIEU (2021, p. 69) sostiene que «el derecho de acceso a los datos personales puede ser utilizado colectivamente como un medio para poner las estructuras de poder de la sociedad bajo control social», esta idea compagina perfectamente en el ámbito laboral, ya que el poder de dirección del empleador podrá ser limitado y controlado gracias a la protección de los datos personales de los trabajadores y su posibilidad de acceder a ellos.

2.3.3. DERECHO DE RECTIFICACIÓN

El derecho de rectificación en el ámbito laboral permitirá al trabajador exigir a su empleador que corrija aquellos datos que sean inexactos o que complete aquella información que resulte incompleta. Sobre este derecho fundamental de la protección de datos, tratadistas como Barroso y López Talavera, sostienen que es la garantía que todo ciudadano tiene a

acceder al mismo medio donde se encontraba información inexacta sobre sí mismo y poder así enmendarla o completarla. BARROSO y LÓPEZ TALAVERA (1998)

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, establece en su Artículo 14 el derecho de rectificación y actualización, el cual permite al titular de los datos exigir al responsable de su tratamiento que en un plazo máximo de 15 días rectifique aquella información imprecisa que le cause una afectación.

Por otro lado, en la legislación española, dicho derecho se encuentra regulado en el Reglamento General de Protección de Datos, específicamente en su Artículo 16; sin embargo, es la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, la que establece un mayor desarrollo normativo sobre este derecho, indicando en su artículo 14 que si el afectado requiere ejercer su derecho de rectificación debe ser preciso en su solicitud, indicando al responsable del tratamiento a qué datos hace referencia y la corrección que haya de realizarse, inclusive si es necesario el afectado debe adjuntar aquellos documentos que justifiquen la inexactitud o el carácter incompleto de los datos objeto del tratamiento. En el artículo 85 se regula el derecho a la rectificación en internet, mencionando que si bien todos tienen derecho a la libertad de expresión en internet, será importante proteger el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar de toda persona en internet.

Autores como DIMITROVA (2021) defienden la idea de reforzar la calidad y exactitud en el proceso de tratamiento de los datos personales, afirmando que el derecho a la rectificación puede ser un método muy efectivo que permita a los interesados no solo rectificar los datos erróneos, sino también problemas de elaboración de perfiles, evaluaciones de riesgos y presentación de datos de los trabajadores.

2.3.4. DERECHO DE SUPRESIÓN O DERECHO AL OLVIDO

Es el derecho que permite a los individuos solicitar la supresión de información personal a organizaciones o corporaciones, bajo regulaciones específicas. Es decir, se entiende que la existencia del derecho a la supresión de datos radica en el derecho a la información personal, puesto que las personas naturales cada vez difunden un volumen mayor de información personal a escala mundial debido al avance de las nuevas tecnologías. En consecuencia, el procesamiento e incremento de intercambio de datos personales entre operadores públicos

y privados, incluyendo las personas físicas, las asociaciones y las empresas, es necesario regular el derecho del individuo que permita suprimir sus datos personales. (BERROCAL 2017)

Como lo indica su nombre, es aquel derecho que permite al titular de los datos exigir su anulación, eliminación o supresión de cualquier soporte físico o digital, el cual puede ser exigible cuando concurren algunas circunstancias previstas en la ley. En el caso español, el Reglamento General de Protección de Datos, establece en su Artículo 17 los casos en los cuales se podría exigir la supresión de datos al responsable de su tratamiento. Así mismo, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales en su artículo 15 reconoce de forma general el derecho de supresión; sin embargo, en sus artículos 93 y 94, reconoce el derecho al olvido en búsquedas de internet y el derecho al olvido en servicios de redes sociales, respectivamente.

Una de las causas principales que reconoce la norma española, consiste en aquellos casos en los que los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados; de manera que, si aplicamos este concepto al ámbito de una relación laboral, podremos entender que cuando la relación jurídica laboral existente entre empresario y trabajador finaliza, el trabajador tendrá la potestad de exigir la supresión de sus datos ya que no son necesarios en relación con los fines para los que se recopiló en un primer momento.

En la legislación ecuatoriana, de igual forma se reconoce expresamente en su Artículo 15 el derecho de eliminación, si bien no se utiliza la misma terminología, prácticamente la regulación es idéntica, estableciendo un plazo de 15 días al responsable del tratamiento de datos a que proceda a eliminarlos cuando el titular así lo solicite de manera fundamentada.

2.3.5. DERECHO A LA LIMITACIÓN DEL TRATAMIENTO

En la legislación española se reconoce en el Artículo 18 del Reglamento General de Protección de Datos este derecho, así como en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que reconoce en su artículo 16 el derecho a la limitación del tratamiento, el cual en el ámbito laboral podría ser utilizado por el trabajador ante situaciones de inexactitud de sus datos o ilicitud en el tratamiento de sus datos. Es común que este derecho se utilice por el trabajador cuando sus

datos personales ya no son necesarios para los fines del tratamiento, sin embargo, no le interesa que estos sean eliminados, ya que existe un interés en conservarlos para ejercer reclamos a futuro. O puede también llegar a ejercitarse este derecho por parte de un trabajador al oponerse al tratamiento de datos por parte del empleador, mientras se verifica si los motivos legítimos del responsable prevalecen sobre los del afectado.

En la legislación ecuatoriana no encontramos reconocido expresamente este derecho, sin embargo, el Artículo 19 reconoce el derecho de suspensión, el cual contempla de igual forma la facultad del titular de los datos de suspender su tratamiento mientras ejerce su derecho de oposición o rectificación.

2.3.6. DERECHO A LA PORTABILIDAD

El derecho de portabilidad permite al titular del derecho recibir del responsable del tratamiento, sus datos personales en un formato compatible, actualizado, estructurado, común, ínter-operable y de lectura mecánica, preservando sus características; o a transmitirlos a otros responsables. Se encuentra reconocido por la legislación ecuatoriana en la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales en su Artículo 17.

En la legislación española encontramos reconocido este derecho en el artículo 20 del Reglamento General de Protección de Datos Personales, en el que se define como la potestad del individuo para recibir los datos personales que haya facilitado a un responsable del tratamiento y transmitirlos a otros responsables sin que el anterior lo pueda impedir. Los datos le han de ser facilitados al individuo en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica. Así mismo, la Ley Orgánica 3/2018, en su artículo 17 reconoce el derecho de portabilidad de forma general, mientras que en su artículo 95 reconoce el derecho de portabilidad en servicios de redes sociales y medios equivalentes.

2.3.7. DERECHO DE OPOSICIÓN

El Artículo 21 del Reglamento General de Protección de Datos aplicable en la Unión Europea, reconoce el derecho del titular de los datos personales a oponerse a su tratamiento, de igual forma, la Ley Orgánica 3/2018 española en su artículo 18 reconoce el derecho de oposición. En el caso ecuatoriano, a través de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales reconoce en su Artículo 16 el derecho a oponerse o negarse al tratamiento de datos.

En el ámbito laboral se discutirá el alcance de este derecho a favor de las personas trabajadoras, ya que en algunos casos el empresario podrá acreditar motivos legítimos que prevalezcan sobre los derechos, intereses y libertades de las personas trabajadoras.

2.3.8. TABLA RESUMEN COMPARATIVA ENTRE LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROTECCIÓN DE DATOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA Y LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Una vez que han sido analizados los derechos de protección de datos personales, es importante establecer las diferencias normativas que encontramos en cada ordenamiento jurídico sobre su reconocimiento y regulación, a continuación presentamos una tabla resumen que indica la regulación normativa de cada derecho en la legislación ecuatoriana y española.

	Ecuador	España
Derecho a la información	En Ecuador es el artículo 12 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales la única disposición normativa que regula este derecho. Debemos hacer hincapié en que no existe ninguna disposición relativa al ámbito laboral.	En el ordenamiento jurídico español el derecho a la información se encuentra regulado en normativa comunitaria de la Unión Europea y en normativa nacional. El RGPD lo regula en los artículos 13 y 14. La Ley Orgánica 3/2018 lo regula en su artículo 11.
Derecho de acceso	La Ley Orgánica de Protección de Datos Personales establece en su artículo 13 el reconocimiento del derecho de acceso por parte del titular de los datos.	En España encontramos que el Reglamento de Protección de Datos Personales como norma comunitaria regula el derecho de acceso a los datos personales en su artículo 15. La Ley Orgánica 3/2018 desarrolla ampliamente el ejercicio de este derecho en su artículo 13. Así mismo, se regula el derecho de acceso universal al internet en su artículo 81.
Derecho de rectificación	La Ley Orgánica de Protección de Datos	En España tanto la normativa comunitaria

	Personales regula en su artículo 14 el derecho de rectificación y actualización.	como la nacional reconocen el derecho de rectificación y lo regulan de manera más precisa. El RGPD en su artículo 16 reconoce este derecho. La Ley Orgánica 3/2018 regula en su artículo 14 este derecho. De igual forma el artículo 85 reconoce el derecho a la rectificación en internet.
Derecho de supresión o derecho al olvido	En Ecuador existe una sola disposición normativa en la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales que regula el derecho de supresión, nos referimos al artículo 15.	En España, la normativa comunitaria de la Unión Europea reconoce en el artículo 17 del RGPD este derecho. La Ley Orgánica 3/2018 reconoce de forma general el derecho al olvido en su artículo 15; sin embargo, en su artículo 93 reconoce el derecho al olvido en las búsquedas de internet, y en el artículo 94, reconoce el derecho al olvido en redes sociales y servicios similares.
Derecho a la limitación del tratamiento	En Ecuador no existe el término "limitación del tratamiento", la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales reconoce el derecho de suspensión en su artículo 19.	En España el RGPD reconoce en su artículo 18 la protección de este derecho, y la Ley Orgánica 3/2018 lo regula en su artículo 16.
Derecho de portabilidad	En la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales existe un reconocimiento del derecho de portabilidad en su artículo 17.	Tanto la normativa comunitaria como nacional reconocen este derecho. El RGPD reconoce en su artículo 20 el derecho de portabilidad. La Ley Orgánica 3/2018 establece dos artículos importantes que regulan este derecho, el artículo 17 que lo regula

		de forma general y el artículo 95 que regula el derecho de portabilidad de servicios de redes sociales.
Derecho a la oposición	El derecho de oposición es reconocido en el artículo 16 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales.	El RGPD reconoce en su artículo 21 la protección de este derecho. La Ley Orgánica 3/2018 en su artículo 18 regula este derecho.

2.4 TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES DURANTE LA RELACIÓN LABORAL

El tratamiento de datos dentro de una relación laboral inicia inclusive antes de suscribir el primer contrato de trabajo entre empresario y trabajador. Desde el proceso previo de selección de personal, el empresario accede a varios datos de carácter personal con el objetivo de evaluar las competencias, idoneidad y habilidades de los candidatos para el puesto de trabajo ofrecido.

De esta manera, un objetivo esencial de este trabajo será analizar las circunstancias y situaciones más sensibles que se presentan en el tratamiento de datos antes y durante el desarrollo de una relación laboral.

2.4.1. TRATAMIENTO DE DATOS PREVIO AL INICIO DE LA RELACIÓN LABORAL

Es común que antes del inicio de una relación laboral el empresario pueda recopilar y acceder a datos personales de los candidatos que han postulado a una oferta de trabajo. Por poner algunos ejemplos, el empresario puede acceder a datos personales como nombres y apellidos, estado civil, experiencia laboral previa, formación académica, datos de contacto, teléfono, etc.

Todos estos datos personales del trabajador son esenciales sin duda alguna para el empresario, ya que le permitirán conocer la aptitud de dicha persona para el puesto de trabajo ofrecido, de manera que la decisión de contratar o no a un trabajador, normalmente se concreta en base al análisis pormenorizado de los datos personales proporcionados por el trabajador.

Ahora bien, quizás una primera interrogante que surja en este punto es la siguiente: ¿El empresario necesita el consentimiento del candidato durante el proceso de selección para tratar sus datos personales?

Para dar respuesta a esta pregunta, recordemos que la propia ley reconoce los fundamentos jurídicos por los cuáles una persona podrá tratar los datos personales de otra. En este sentido, en Ecuador, la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales reconoce que el tratamiento de datos personales es permitido cuando resulta necesario para la aplicación o ejecución de un contrato o de medidas precontractuales. De manera que, en el plano laboral, es permitido por el ordenamiento jurídico ecuatoriano el tratamiento de datos personales de candidatos, siempre con estricta observancia del Principio de Minimización.

Si bien en un principio podemos decir que no se requiere el consentimiento por parte del candidato para el tratamiento de sus datos personales. No debemos olvidar que una de las garantías básicas del derecho a la protección de datos personales, es el derecho del titular a ser informado sobre el tratamiento de sus datos. Al analizar el proceso de selección previo al inicio de una relación laboral, debemos considerar que una de las prácticas más comunes hoy en día para iniciar un proceso de reclutamiento consiste en la publicación de anuncios o convocatorias públicas, en las cuáles debe incluirse toda la información señalada en el Artículo 12 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales. Es decir, a efectos de dar fiel cumplimiento a la normativa aplicable, todo empresario en Ecuador debe acompañar al anuncio o convocatoria pública de oferta de trabajo de información como: Los fines del tratamiento, la base legal, tipos de tratamiento, tiempo de conservación, la existencia de una base de datos, identidad y datos de contacto del responsable del tratamiento de datos personales, entre otras.

Una problemática distinta encontraremos cuando un trabajador de forma directa decida presentar su currículum y aplicar a una oferta de trabajo, es decir, sin que la empresa se lo haya solicitado. En aquel caso podríamos pensar en un primer momento que el empresario se ve eximido de seguir algún tipo de procedimiento para asegurar el correcto tratamiento de datos personales, ya que en teoría el trabajador con absoluta libertad decidió presentar la información o currículum; sin embargo, la realidad en el plano normativo es distinta. El empresario tendrá de igual forma las obligaciones de proteger los datos, como por ejemplo,

ser responsable de la custodia de la documentación entregada y mantenerla en estricta confidencialidad.

En este punto, encontramos una muy buena práctica en España, la Agencia Española de Protección de Datos creó un documento llamado Guía de la Protección de Datos en las Relaciones Laborales, un documento que establece varias recomendaciones a los empresarios con el objetivo de que estos puedan tratar correctamente los datos personales de sus trabajadores sin incurrir en violaciones al Reglamento General de Protección de Datos.

En dicho documento, se sugiere inclusive que el empresario debe fijarse un procedimiento de información, que supongan algún acuse o confirmación de recepción de las condiciones en las que se desarrollará el tratamiento. Por poner un ejemplo, si a determinada empresa le llega un currículum a través de un correo electrónico, sin que lo haya solicitado, la empresa debería remitir un correo electrónico a la dirección electrónica del candidato informando sobre todas las condiciones por las cuáles se registrará el tratamiento de sus datos personales, exigiendo que se confirme la recepción de esas condiciones. Este tipo de prácticas permitirán que, aún sin haber solicitado la información y datos de estos candidatos, la empresa pueda dar fiel cumplimiento de todas las obligaciones y derechos que forman parte de la protección de datos personales.

Ahora bien, independientemente del método de acceso a los datos personales del candidato, ya sea por anuncio o publicación de la empresa, o por voluntad del propio candidato, un aspecto esencial que debemos valorar en este trabajo radica en los límites constitucionales y legales que se fijan para el empresario al momento de acceder a los datos personales de los candidatos. Es decir, debemos comprender que únicamente el empresario podrá solicitar datos que sean relacionados y relevantes para el desempeño del puesto de trabajo.

¿Qué sucede si un empresario pide información y datos sobre aspectos que no tienen relación con el puesto de trabajo? Podríamos estar frente a una categoría sospechosa de discriminación, lo cual por supuesto, convierte al tratamiento de datos en ilícito. En la legislación española se ha regulado de forma mucho más clara y concisa el principio de minimización y limitación de la finalidad en materia de protección de datos. Sin embargo, al comparar con la legislación ecuatoriana, el tratamiento de datos sensibles no se encuentra suficientemente regulado en la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales.

No obstante, de lo dicho en el párrafo anterior, la propia Constitución de la República del Ecuador, reconoce tanto en su Artículo 11 numeral 2, como en su Artículo 66 numeral 4, el derecho a la igualdad y no discriminación; haciendo énfasis sobre todo en el derecho a la igualdad en su dimensión material, estableciendo taxativamente las categorías por las cuáles no podría discriminarse a una persona.

« Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.» (Art. 11.2 CRE)

Por lo expuesto, en todo proceso de selección, el empresario deberá limitarse a solicitar información y datos del trabajador que sean exclusivos para el desempeño del puesto del trabajo, y que permitan así al empresario a tomar una decisión objetiva, en base a la preparación académica, experiencia e idoneidad para el puesto de trabajo. En ningún caso el empresario podría solicitar información relativa a cualquiera de las categorías de discriminación que la Constitución de la República del Ecuador expresamente prohíben.

En España se debatió sobre la posibilidad de tratamiento de datos desde las redes sociales de los trabajadores en el proceso de selección; ante esta novedosa situación, en dicho dictamen se incluyeron algunas conclusiones importantes, entre ellas, que el empleador no puede efectuar un tratamiento de los datos por esta vía, si no cuenta con una base jurídica y si no lo ha informado previamente al candidato. (Grupo de Trabajo del Artículo 29 a través del Dictamen 2/2017, órgano consultivo de la Unión Europea) Además, habrá que distinguir en qué tipo de red social se ha realizado la búsqueda y tratamiento de datos personales, ya que si la red social no tiene relación con fines profesionales dicha medida será ilícita, pero si, al contrario, se trata de una red social cuya finalidad sea profesional, como por ejemplo, LinkedIn, la medida siempre y cuando cumpla con los otros requisitos podrá ser lícita.

Finalmente, al abordar el tratamiento de datos personales durante el proceso de selección de trabajadores, el empresario deberá prestar especial importancia a la entrevista de trabajo. Es una práctica muy común dentro del proceso de selección, que el empresario o uno de sus representantes, efectúen varias preguntas al candidato para conocer a mayor detalle lo expuesto en su currículum o aplicación. En este caso, el empresario deberá cuidar que las preguntas siempre estén encaminadas al desempeño y perfil del puesto de trabajo, sin que se pueda preguntar sobre aspectos familiares o aspectos intrascendentes que no tengan relación alguna con la plaza laboral ofertada.

En la legislación laboral ecuatoriana, a través del Acuerdo Ministerial 82 del año 2017, el Ministerio del Trabajo dictó la normativa para la erradicación de la discriminación en el ámbito laboral, en su Artículo 5 se establecen algunas prohibiciones dentro de los procesos de selección de personal, entre ellos destacan los siguientes: a) Pruebas y/o resultados de embarazo. b) Información referente al estado civil. c) Fotografías en el perfil de la hoja de vida. d) Pruebas y/o resultados de exámenes de VIH/SIDA. e) Información de cualquier índole acerca de su pasado judicial. f) Su asistencia prohibiendo vestimentas propias referentes a su etnia o a su identidad de género. g) Pólizas de seguro privado por enfermedades degenerativas o catastróficas. h) Establecer como requisitos, criterios de selección referentes a la edad, sexo, etnia, identidad de género, religión, pasado judicial, y otros requisitos discriminatorios detallados en el presente acuerdo.

En el caso español, el empleador que solicite datos de carácter personal en procesos de selección que se configuren como discriminatorios podrían incurrir en una infracción administrativa grave (Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.)

2.4.2 TRATAMIENTO DE DATOS DURANTE EL DESARROLLO DE LA RELACIÓN LABORAL

Una vez que inicia la relación laboral entre trabajador y empresario, ésta se caracterizará por ser dinámica, es decir, por las variaciones que irá teniendo en el tiempo ya sea por circunstancias propias del trabajador o por circunstancias del empleador. En ambos casos, le corresponde al empresario informar siempre al trabajador sobre el tratamiento que haga de sus datos personales.

Por poner un ejemplo, cuando un trabajador ingresa a la empresa a prestar sus servicios, la empresa posee un sistema manual de registro de asistencia en la que el trabajador firma su ingreso y salida; sin embargo, meses después, decide la empresa de forma unilateral implementar un sistema de registro de asistencia biométrico con la toma de huellas digitales. En este caso, como ya lo hemos indicado en este trabajo, no requerirá el empresario el consentimiento del trabajador para la toma de sus datos biométricos, pero sí deberá informar sobre esta nueva medida y el tratamiento y destino de sus datos personales.

Será entonces común que durante el transcurso de la relación laboral el empresario al ejercer su poder de dirección tome decisiones que impliquen necesariamente el tratamiento de datos personales de sus trabajadores. Hoy en día, se ha vuelto cada vez más frecuente la problemática respecto a la presencia de las nuevas tecnologías como herramientas de control y supervisión de la actividad de los trabajadores. Es por esto que, en el siguiente tema haremos un especial análisis del uso de las nuevas tecnologías y del correcto tratamiento de datos personales dentro de la relación laboral.

2.4.3 TRATAMIENTO DE DATOS AL FINALIZAR LA RELACIÓN LABORAL

Uno de los principios que en el caso concreto resulta de mucho cuidado, es el de proporcionalidad, pues en la relación laboral como ya hemos sostenido con anterioridad, la información que del trabajador se recaba suele ser en ocasiones excesiva con respecto a la finalidad para la cual se requiere; por ello en aras de este principio, el responsable debe limitarse a recabar los datos del trabajador que sean estrictamente necesarios para cumplir con la relación de trabajo. (HERNÁNDEZ y ZAVALA 2018)

En reiteradas ocasiones hemos mencionado la necesidad de limitar el tratamiento de datos personales de los trabajadores a la finalidad y ejecución de la relación laboral, tal como vimos en un principio, uno de los fundamentos jurídicos que permite al empresario tratar los datos personales de sus trabajadores es precisamente la ejecución del contrato laboral. Por lo tanto surge la pregunta: ¿Qué sucede con los datos personales de los trabajadores una vez que finaliza la relación laboral?

Ante esta interrogante, basados en el principio de limitación de la finalidad y proporcionalidad, el empresario una vez que finaliza la relación laboral no podría continuar con el tratamiento de datos personales de sus antiguos trabajadores, ya que el fundamento

jurídico que permitió su tratamiento en un inicio se ha extinguido. Sin embargo, debemos destacar que por la naturaleza propia de la relación laboral, habrán datos personales de antiguos trabajadores que el empresario deberá conservar por un período mínimo de tiempo, esto en virtud de posibles reclamos judiciales presentados por el trabajador.

Por poner un ejemplo, la legislación laboral ecuatoriana contempla como regla general un plazo de prescripción de tres años para las acciones judiciales en esta materia, es decir que el empresario podrá conservar durante al menos tres años luego de finalizada la relación laboral los datos personales de sus trabajadores que haya obtenido por la ejecución del contrato laboral, ya que en caso de ser demandado podrá hacer uso de estos datos personales para ejercer su derecho a la defensa.

2.4.4. TABLA RESUMEN COMPARATIVA SOBRE LA NORMATIVA JURÍDICA QUE REGULA EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN LA RELACIÓN LABORAL EN ECUADOR Y ESPAÑA

A efectos de brindar mayor claridad y precisión sobre el tratamiento de datos previo al inicio de la relación laboral, durante el transcurso de la relación laboral y una vez finalizada la relación laboral, presentamos el siguiente cuadro resumen con la normativa que regula estos temas en Ecuador y España.

	Ecuador	España
Normativa jurídica aplicable previo al inicio de la relación laboral en materia de protección de datos	En Ecuador el artículo 12 de la LOPD establece la información que debe tener toda convocatoria a una plaza laboral. Es importante que toda convocatoria y proceso de selección laboral observe en materia de protección de datos lo regulado en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador y en el Acuerdo Ministerial 82 del año 2017.	En el ordenamiento jurídico español la Constitución de España reconoce en su artículo 12 el derecho a la igualdad, haciendo énfasis que ninguna persona podrá ser discriminada. De igual forma el artículo 17 del ET consagra el principio de no discriminación en las relaciones laborales. Como otra normativa importante que debe considerarse en todo proceso de selección encontramos el Dictamen 2/2017 y el Texto

		Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.
Normativa jurídica en materia de protección de datos que debe observarse durante el desarrollo de la relación laboral	En Ecuador no existe normativa jurídica que regule propiamente como debe ser el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el desarrollo de una relación laboral. Por lo tanto, al no existir una normativa específica deberá observarse la norma general que es la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales.	En España encontramos una normativa comunitaria y una normativa nacional en materia de protección de datos personales, las cuales en mayor medida si detallan aspectos propios de la protección de datos en materia laboral, nos referimos al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica 3/2018, normativa que expresamente reconoce derechos de protección de datos para los trabajadores.
Normativa jurídica en materia de protección de datos personales que debe ser observada una vez finalice la relación laboral.	En Ecuador no existe normativa jurídica que regule propiamente como debe ser el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el desarrollo de una relación laboral. Por lo tanto, al no existir una normativa específica deberá observarse la norma general que es la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales.	En España el Reglamento General de Protección de Datos en su artículo 88 reconoce de forma detallada la protección de datos personales de los trabajadores. De igual forma su artículo 5 literal b) establece que no podrá tratarse de forma ulterior los datos personales de trabajadores cuando sean incompatibles con la finalidad por la que se obtuvo esos datos.

2.5 IMPACTO DEL USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES DE LOS TRABAJADORES

Estamos conscientes que las nuevas tecnologías han ofrecido métodos mucho más eficaces de control y supervisión para el empresario, quien, a través de los ordenadores, correos electrónicos, sistemas de videovigilancia, sistemas de reputación online, entre otros, hoy puede ejercer un mayor control de la actividad realizada por cada trabajador.

Sin embargo, el tema que abordaremos en este acápite no es sencillo, ya que buscaremos descifrar los límites constitucionales y legales del uso de las nuevas tecnologías por parte del empresario, de manera que estos no violen los derechos fundamentales de los trabajadores, especialmente, de la protección de sus datos personales y su derecho a la privacidad.

2.5.1 REGISTRO DEL ORDENADOR

Según la encuesta sobre el uso de tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) y del comercio electrónico en las empresas (INE 2020-2021) el 99.26% de las empresas españolas con más de 10 trabajadores y el 85.20% de las empresas con menos de 10 trabajadores disponen de ordenadores. El 99.01% de empresas con más de 10 trabajadores tienen conexión a internet, mientras que el 82.69% de las empresas con menos de 10 trabajadores disponen de conexión a internet. Otra cifra que llama la atención de este estudio es que en las empresas con más de 10 trabajadores, el 78.32% tienen página web, y en el 66.57% se utilizan redes sociales.

Este estudio presentado, demuestra la importancia de los ordenadores dentro de las actividades de trabajo hoy en día. Si bien el estudio menciona cifras de España, no es menos cierto que hoy la realidad de las nuevas tecnologías ha alcanzado a todos los países, entre los cuáles por supuesto se encuentra Ecuador.

Al ser el ordenador, una de las principales herramientas de trabajo, se constituirá así mismo en una de las principales formas de control y supervisión que pueda ejercer el empresario sobre su trabajador. Por este motivo, nos corresponde analizar las diferentes posiciones doctrinarias, normativas y jurisprudenciales respecto a esta problemática, las cuáles buscarán solventar esa disyuntiva entre la libertad del empresario y el derecho a la intimidad del trabajador.

Respecto a la facultad del empresario de registrar el ordenador de sus trabajadores existen distintas posiciones doctrinarias. Por una parte, existen tratadistas que sostienen que el trabajador no tiene un derecho como tal, ya que no está reconocido legalmente, y más bien constituye una prerrogativa de control y dirección por parte del empresario. THIBAUT (2006, p. 65)

Sin embargo, por otro lado, hay quienes sostienen desde la doctrina que no se puede sostener una visión fordista de las nuevas tecnologías entendiéndose únicamente como propiedad del empresario, sino más bien lo entienden como un efecto personal del trabajador. THIBAUT (2004, p. 192-198)

Ante estas dos visiones doctrinarias que defienden por un lado la libertad del empresario y por otra el derecho a la intimidad del trabajador, ha surgido una corriente jurisprudencial del Tribunal Constitucional Español que con una visión ecléctica sostiene que, ante la injerencia en la intimidad del trabajador, deberá siempre analizarse la idoneidad, necesidad, proporcionalidad y justificación de la medida. (STC 98/2000). De acuerdo con el Tribunal Constitucional, será importante que el empresario al momento de registrar el ordenador de un trabajador, pueda demostrar que la medida es idónea, es decir, que es susceptible de obtener el fin deseado, la cual en ningún caso podrá exceder el objetivo de conocer el desempeño laboral y conducta de los trabajadores. Así mismo, deberá justificar la necesidad de la medida, es decir que, no existió otra forma o método menos restrictivo de derechos con la que se podía obtener tal finalidad. Además, se exige demostrar que la medida es proporcional o equilibrada, y que sea justificada, es decir, que exista indicios objetivos que lleven al empresario a utilizar estos mecanismos.

Finalmente, sobre la facultad de registrar el ordenador de los trabajadores, el Tribunal Supremo basándose en sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH 25 de junio de 1997 y 3 de abril de 2007), señala pautas unificadas a seguir en materia de registros informáticos, indicando que el trabajador se entiende que en su ámbito de trabajo tiene una expectativa razonable de intimidad, y por lo tanto, este derecho es perfectamente aplicable, pudiendo inclusive utilizar sus herramientas de trabajo, como por ejemplo ordenador, para almacenar información íntima o personal; por lo que, si el empresario busca registrar su ordenador, necesariamente deberá destruir esa expectativa de intimidad. Es decir, la

empresa deberá anunciar de forma clara e inequívoca a sus trabajadores que no se dispone de intimidad en las herramientas de trabajo y que la empresa realizará controles periódicos sobre esas herramientas.

Tenemos así, cuatro corrientes distintas que analizan la posibilidad de registrar el ordenador de un trabajador por parte del empresario; sin embargo, la que tiene más aceptación en la actualidad es la defendida por el Tribunal Constitucional, ya que el solo hecho de dar aviso a un trabajador no implica que no exista vulneración a sus derechos fundamentales, ya que además de dar aviso sobre la medida restrictiva, será imprescindible que el empresario demuestre respetar los límites de idoneidad, necesidad, proporcionalidad y justificación de la medida.

Ahora bien, tenemos claro que el empresario sí podrá registrar el ordenador del trabajador cuando cumpla determinados requisitos impuestos por las corrientes doctrinales y jurisprudenciales analizadas. Sobre todo, cuando de aviso previo al trabajador y cuando la medida cumpla los criterios de idoneidad, necesidad, proporcionalidad y justificación. Sin embargo, nos corresponde en este punto analizar qué otros requisitos se pueden exigir en la práctica laboral, para que los medios probatorios obtenidos por el registro del ordenador puedan ser pruebas lícitas que el empleador emplee con la finalidad de seguir medidas disciplinarias en contra del trabajador.

En primer lugar, existe un requisito probatorio que el empleador deberá justificar, me refiero a la autoría del registro informático que ha servido como prueba para la medida disciplinaria. Esto ciertamente en la práctica resulta ser complejo, ya que descifrar quién ha sido el autor en el uso de herramientas informáticas no es sencillo, hoy en día es posible manipular ordenadores desde otro, por lo tanto, si el empresario busca imputar la autoría de un hecho a un trabajador concreto, deberá justificar plenamente a través de cualquier medio probatorio que esa persona fue quien efectivamente lo hizo.

De más está indicar que la carga probatoria en un despido disciplinario la tiene el empresario o empleador, tanto en España como en Ecuador, si el empresario busca encuadrar la conducta de su trabajador en una de las causales de despido disciplinario, tendrá que demostrar y tener pruebas fehacientes del cometimiento de dicha conducta.

En el caso ecuatoriano, el Código del Trabajo, reconoce un procedimiento llamado «Visto Bueno», el cual se puede iniciar por el empleador o empresario cuando se configure el cometimiento de una conducta regulada dentro de las causales de Visto Bueno previstas en el Artículo 172 del citado cuerpo normativo.

A efectos de analizar la posibilidad de tramitar un Visto Bueno en Ecuador por pruebas obtenidas a través del registro de un ordenador, vamos a poner un caso práctico como ejemplo, de forma que podamos verificar qué requisitos debería acreditar el empleador o empresario para poder terminar la relación laboral a través de un Visto Bueno.

Vamos a imaginar un supuesto en el que en la empresa “X” de la ciudad de Cuenca, Ecuador, uno de los trabajadores ha descargado contenido pornográfico en el ordenador que la compañía le brindó para la realización de sus funciones. En este caso, el empleador al momento de realizar un registro del ordenador encuentra dicho contenido, el cual se lo considera como inmorales y además la conducta fue realizada, se entiende, durante la jornada de trabajo. El numeral tercero del Artículo 172 del Código del Trabajo reconoce como causal para terminar la relación laboral previo Visto Bueno la falta de probidad o conducta inmorales del trabajador. En el caso ecuatoriano, no existe lastimosamente el desarrollo normativo y jurisprudencial que en España si hay sobre la confrontación del derecho a la intimidad y la libertad de control del empresario en este tipo de casos; sin embargo, aplicando los criterios estudiados del derecho comparado, el empleador deberá en primer lugar demostrar que el trabajador tenía conocimiento que la empresa realizaría controles y registros en el ordenador, es decir, tendrá que destruir la «expectativa razonable de intimidad», además, deberá justificar que la medida se ajustó a los criterios de necesidad, idoneidad, proporcionalidad y justificación; de manera que no se la considere una medida arbitraria que vulnera derechos fundamentales. Sin embargo, pese a demostrar estos primeros requisitos, quizás el requisito más difícil que deberá cumplir el empleador a que su petición de Visto Bueno prospere, será demostrar el nexo causal entre el sujeto y la conducta, es decir, mostrar fehacientemente que fue ese trabajador quien descargó el contenido pornográfico y no otra persona.

Hacemos énfasis en la autoría de la conducta, ya que en las herramientas tecnológicas resulta complicado probar aquello, por eso es que el empresario o empleador deberá valerse

de otros medios de prueba que demuestren que al momento en que ocurrió la conducta, la única persona que pudo haberla realizado es precisamente quien es imputado con la infracción.

Finalmente, sobre la regulación normativa existente en España y Ecuador respecto al registro del ordenador en el ámbito laboral, encontramos una notable diferencia entre ambos ordenamientos jurídicos. Por una parte, en España la Ley Orgánica 3/2018 en su artículo 87 regula expresamente el derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral, en donde se protege el derecho a la intimidad del trabajador en el uso de cualquier dispositivo digital brindado por el empleador. Por otra parte, en Ecuador lastimosamente no existe normativa que regule este aspecto. De manera que, en España la jurisprudencia es amplia y la normativa es clara, mientras que en Ecuador hay escasez de jurisprudencia y normativa sobre el uso del ordenador y otros dispositivos digitales en el ámbito laboral.

2.5.2 SISTEMAS DE VIDEOVIGILANCIA

La implementación de sistemas de videovigilancia en los puestos de trabajo, constituye una de las medidas más frecuentes en el ámbito laboral. A través de este mecanismo el empresario puede ejercer su poder de supervisión y control sobre las actividades y desempeño de los trabajadores. Como sabemos, cualquier información o dato sobre una persona identificada o identificable es susceptible de protección, por lo que, al hablar de sistemas de videovigilancia hacia los trabajadores, por supuesto que nos preguntaremos cuáles son los límites que tiene el empresario al implementar estos mecanismos de control y cuáles son los requisitos para que dicha medida restrictiva no afecte derechos fundamentales de los trabajadores. Como sabemos, las TIC también se emplean para facilitar el ejercicio del poder de dirección empresarial, en particular lo relativo a la vigilancia y control empresarial, generando el riesgo de una posible extralimitación de las facultades del empleador que tenga como efecto la invasión de espacios de privacidad del trabajador hasta hacerlo totalmente “transparente” CORREO (2019, p. 69).

Como lo afirma la doctrina, la inserción de las TIC en el mundo del trabajo supone una paradoja, pues por un lado se amplía la autonomía del trabajador para organizarse y desarrollarse de mejor modo, pero otro lado, « (...) se asiste a nuevas herramientas de control a disposición del empleador, que ponen frente a nuevos riesgos en el plano del

ejercicio de sus derechos fundamentales, como la intimidad o la vida privada (...)» UGARTE (2011, p. 176).

Por regla general, en materia de tratamiento de datos personales, siempre se exigirá el consentimiento del titular de los datos personales para que el tratamiento de sus datos sea lícito; sin embargo, existirán casos excepcionales en los que debido a un fuerte desequilibrio de poder entre las partes no sea posible entender como lícito el tratamiento de datos basado en el consentimiento del titular. Esto quiere decir que, en el ámbito laboral, el consentimiento del trabajador no podrá entenderse como el fundamento jurídico que permita el tratamiento de sus datos, ya que dicho consentimiento estará viciado por el poder que ejerce el empresario. Al no existir una libre autonomía de la voluntad por parte del trabajador, al tratarse de una relación laboral no se podrá exigir el consentimiento del trabajador para verificar la licitud en el tratamiento de datos.

Ahora bien, en este punto, deberemos verificar cuáles son los requisitos que la legislación ecuatoriana y española exigen para que el empresario o empleador puedan utilizar sistemas de videovigilancia sin vulnerar el derecho a la intimidad, privacidad y autoimagen del trabajador.

En la legislación española, el artículo 6.1 del Reglamento General de Protección de Datos señala que será lícito el tratamiento de datos, incluyendo videograbaciones, cuando sea necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales. En este mismo sentido, en la legislación ecuatoriana, la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, reconoce en su Artículo 7 numeral 5 la licitud del tratamiento de datos cuando se verifique el cumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato. De manera que, en ambos casos, se faculta al empleador a utilizar esta medida restrictiva, para ejercer su poder de control y supervisión debido a que el propio contrato de trabajo constituye la base jurídica que faculta al empleador a ejercer su poder de dirección a través de estas medidas.

Sin embargo, cabe precisar que un sistema de videovigilancia implementado por el empleador deberá estar sujeto a ciertos límites, de manera que se verifique la menor afectación posible a los derechos constitucionales de los trabajadores. En primer lugar, la videovigilancia que tenga como base un contrato de trabajo deberá limitarse al objeto del

contrato y, por lo tanto, se entenderá que dejará de ser lícito cuando la relación jurídica se extinga. De esta forma, cualquier tipo de videograbación fuera del centro de trabajo o ajena al contrato de trabajo se considerará ilícita.

Si bien hemos indicado que, tratándose de una relación laboral, no es necesario el consentimiento del trabajador para la instalación de cámaras de videovigilancia, en España existe jurisprudencia vinculante que indica la importancia de informar de manera previa a los trabajadores sobre la instalación de cámaras en el lugar de trabajo, me refiero a jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal Constitucional. Es decir, si bien la instalación de cámaras de videovigilancia responde a una decisión unilateral tomada por parte del empresario, la doctrina jurisprudencial considera necesario que el empresario informe de manera explícita, clara y precisa sobre la instalación de cámaras fijas, ya sean visible u ocultas, siendo necesario explicar la finalidad de las mismas.

Recordemos que este tipo de medidas al ser restrictivas de derechos fundamentales, deben siempre cumplir los criterios constitucionales de idoneidad, necesidad, proporcionalidad y justificación. Es decir, el actuar del empresario no puede ser indiscriminado o arbitrario, deberá demostrarse que la decisión de instalar cámaras de videovigilancia cumple una determinada finalidad objetiva, además que no existe otro mecanismo eficaz para conseguir la misma finalidad y la grabación deberá realizarse a los sujetos sobre los cuáles haya dudas razonables, por ejemplo, cuando éstos han cometido faltas anteriores.

En concordancia con lo señalado en párrafos anteriores, se ha abierto el debate respecto a la posibilidad del empleador de instalar cámaras ocultas con el objetivo de controlar y supervisar las actividades de sus trabajadores. En principio, podemos afirmar que dicha medida constituye en un tratamiento ilícito de datos personales, ya que como estudiamos, si bien la decisión puede ser tomada de manera unilateral por parte del empleador, es necesario que este informe al trabajador de manera clara y explícita sobre la colocación de cámaras y su finalidad. Por ende, pensaríamos que en el ámbito probatorio resultaría improcedente aquella prueba obtenida por la grabación de una cámara de videovigilancia secreta.

En España, cuyo desarrollo jurisprudencial es mucho mayor en este campo, hubo un caso muy curioso que a efectos de estudio resulta muy importante citar. Una empresa de

residencia de personas con discapacidad en Málaga, decidió despedir a varios trabajadores al comprobar por medio de una cámara oculta tratos vejatorios y denigrantes de los trabajadores hacia los residentes. Los trabajadores despedidos decidieron interponer una demanda ante el juzgado de lo social, al considerar que el despido era improcedente ya que las pruebas obtenidas por la empresa a través de cámaras ocultas, vulneraron sus derechos, ya que no se les había informado previamente de su existencia ni a ellos ni a los representantes de los trabajadores. En este sentido el juzgado de lo social falló a favor de los trabajadores al considerar que la prueba no era idónea, necesaria, ni proporcional, por no respetar el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales de los trabajadores. Ante esto, la empresa interpuso recurso de suplicación, ante lo cual el Tribunal Supremo de Justicia de Andalucía falló la nulidad de la sentencia del juzgado de lo social, al considerar que en el caso sub judice la obtención de la prueba (cámara oculta) no se la tuvo con violación de derechos fundamentales de los trabajadores, concluyendo que « en este caso resultan datos objetivos de los que entender que se ha producido un rechazo injustificado de la práctica de medios probatorios, que además aparecen ab initio como razonables para la finalidad pretendida, y todo ello con absoluta independencia de la valoración de los mismos una vez practicados, en conjunto con el resto de los medios probatorios utilizados» (STSJ Andalucía, 2020).

Como podemos ver, pese a que existen reglas jurisprudenciales y doctrinarias, no existen absolutos. Lo que quiero decir es que, cada caso particular entraña la necesidad de un estudio y análisis particular que permita dilucidar si hay o no vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores al momento de obtener pruebas que sirvan de base para medidas disciplinarias. Al tratarse de cámaras de videovigilancia, se preferirá siempre la opción de informar previamente a cada trabajador sobre la toma de esta medida. Solamente cuando «la empresa acredita la concurrencia de razones legítimas y de peso para acudir, como mejor medio, a instalar cámaras sin cumplir con la obligación de información útil o de calidad a los trabajadores, para con ellos averiguar si los empleados realizan el ilícito, no vulneraría su expectativa de privacidad» (STSJ Andalucía, 2020).

En este sentido, cuando el sistema de videovigilancia se implementa a efectos de controlar a un trabajador, el deber de informar previamente a los trabajadores tiene su particularidad,

ya que si comparamos con aquellos casos en donde se instala sistemas de videovigilancia con el único fin de preservar la seguridad de personas, bienes o instalaciones, bastará un cartel informativo en un lugar visible, mientras que, al tratarse de una relación laboral en donde el fin de la instalación del sistema de videovigilancia sea el control del cumplimiento de obligaciones laborales, la obligación de informar por parte del empresario tiene un alcance mayor, ya que deberá de manera concisa y clara informar a cada trabajador afectado sobre la finalidad de esta medida. (SERRANO 2018)

Finalmente, en España encontramos en la Ley Orgánica 3/2018 el artículo 89 que regula el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo; el cual de manera amplia establece los parámetros que deberá seguir el empleador para no vulnerar el derecho a la intimidad de sus trabajadores cuando haga uso de dispositivos de videovigilancia. En Ecuador vemos que existe la falta de normativa que regule este aspecto importante del derecho a la intimidad de los trabajadores frente al uso de dispositivos de videovigilancia por parte del empleador.

2.5.3 EL USO DE LA PROPIA IMAGEN DE LOS TRABAJADORES POR PARTE DE LA EMPRESA

En el ámbito laboral puede llegar a surgir una colisión entre dos derechos e intereses legítimos, por una parte, el derecho a la autoimagen del trabajador y, por otra parte, el derecho de libertad de empresa y dirección del empresario. Hoy es común que algunas empresas, con fines publicitarios o comerciales, requieran utilizar la imagen de sus trabajadores en videos, fotografías o cualquier otro medio. Ante esta disyuntiva, encontramos jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, que reconoce los requisitos que deben intervenir para que la empresa pueda utilizar la imagen del trabajador sin que el tratamiento de sus datos sea ilícito. En primer lugar, señala que es importante verificar cual es el objeto del contrato de trabajo y si este tiene relación o no con la utilización de su imagen que la empresa busca realizar, es decir, si un trabajador, por ejemplo, se desempeña como entrevistador en un medio de comunicación, difícilmente podrá argüir la vulneración a su derecho a la protección de datos, ya que el propio objeto del contrato necesariamente implica la aparición de la imagen del trabajador en distintos medios. Otro requisito, según menciona el Tribunal Constitucional, será verificar si las funciones recogidas en la categoría

profesional o en el contrato incluían obligaciones de cesión de la propia imagen, o si esta podía deducirse de la naturaleza de esas actividades. (STC 11 de abril de 1994).

2.5.4 INTERVENCIÓN DEL CORREO ELECTRÓNICO INSTITUCIONAL

Tanto en España como en Ecuador, se consagra el derecho al secreto de las comunicaciones como un derecho fundamental, independiente del derecho a la intimidad y derecho a la protección de datos personales. En España, su Constitución reconoce el derecho al secreto de las comunicaciones en su artículo 18.3: «Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial». En Ecuador, la Constitución de la República, en su artículo 66 numeral 21 reconoce de igual manera el derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual.

Como podemos ver, tanto la legislación ecuatoriana como la española, reconocen la importancia de proteger el secreto de las comunicaciones y su inviolabilidad. Este derecho por supuesto, protege también al trabajador frente a las actuaciones del empresario o empleador, quien no podrá violar su correspondencia física o virtual, ya que estamos frente a un derecho fundamental.

Ahora bien, al analizar este derecho, resulta de gran importancia ahondar en los casos prácticos en materia laboral donde podremos encontrar una colisión entre la libertad del empresario versus el derecho al secreto de las comunicaciones del trabajador. Hoy en día, es muy común que en la mayoría de empresas se provea de un correo electrónico institucional a cada trabajador, con la finalidad de que este pueda realizar las tareas y actividades propias de su cargo. La interrogante que surge es: ¿Puede el empresario registrar y acceder al correo electrónico de un trabajador?

Para dar respuesta a esta pregunta, podemos analizar el criterio desarrollado por el Tribunal Constitucional de España, a través de las sentencias SSTC 114/1984 de 29 de noviembre y 34/1996 de 11 de marzo, en las cuales se concluye que el secreto de las comunicaciones no se limita a proteger el derecho a la intimidad en las comunicaciones, sino busca proteger la libertad de expresión, es decir, se protegerá toda comunicación, inclusive aquellas que no se refieren al ámbito personal e íntimo, sino a otros aspectos profesionales o de trabajo, amparando también a las comunicaciones a través de correos electrónicos institucionales. Con este criterio, entendemos que, pese a ser un correo electrónico de propiedad de la

empresa, quien utiliza esta herramienta de comunicación es el propio trabajador, por lo tanto, toda comunicación remitida o receptada a través del correo electrónico institucional se encuentra revestida de una protección especial debido al derecho de secreto e intimidad de las comunicaciones.

Por lo tanto, en principio, debemos ser enfáticos que ningún empresario o empleador podría registrar de manera arbitraria un correo electrónico institucional utilizado por uno de sus trabajadores, ya que la propiedad del correo no otorga la potestad de violar uno de los derechos fundamentales protegidos por la constitución de un país. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en una sentencia dictada el 5 de septiembre de 2017, estableció que la correspondencia profesional también se encuentra protegida por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por ello, un trabajador no solo tiene derecho al secreto de sus comunicaciones personales sino también del correo profesional propiedad de la empresa en la que trabaja.

Cabe destacar en este punto que en anteriores temas revisados en este trabajo, se destaca por ejemplo que para acceder a un ordenador o instalar sistemas de videovigilancia se necesitaba informar previamente a los trabajadores, a que de esta manera se destruya la expectativa de privacidad o intimidad y de esta manera el tratamiento de datos sea lícito; sin embargo, las connotaciones especiales del secreto a las comunicaciones, hace que no sea suficiente informar a un trabajador sobre el registro de su correo electrónico, ya que hay un principio constitucional rígido que lo protege. Ahora bien, si bien el derecho al secreto de las comunicaciones protege a todo trabajador, conocemos que no existen derechos absolutos, por ende, habrá excepciones por las cuales, previo el cumplimiento de ciertos requisitos, el empleador pueda intervenir el correo electrónico profesional de un trabajador.

En primer lugar, será imprescindible el comunicado previo por parte del empresario al trabajador de manera clara y concisa sobre las medidas de vigilancia que se tomarán sobre el correo electrónico institucional. ¿A qué nos referimos con claridad y concreción? El empresario no puede dar avisos genéricos, sino con exactitud deberá informar de qué manera y en qué casos se intervendrá un correo electrónico. Además, acompañado a este requisito, será indispensable, diferenciar entre flujo y contenido, ya que el primero hace referencia a observar los destinatarios y remitentes de los correos, mientras que el segundo

hace referencia al contenido de dichos correos. En este sentido, bajo un principio de proporcionalidad, se deberá observar por parte del empresario la medida menos restrictiva, que en este caso es la primera, es decir, observar el flujo de los correos más no su contenido.

En cualquier caso, la decisión de intervenir un correo electrónico de un trabajador siempre deberá contar con una justificación razonable. Esto quiere decir que no se podrá de forma indiscriminada registrar los correos de los trabajadores, sino al contrario, al ser una medida de última ratio, se deberá efectuar únicamente con aquellos trabajadores que hayan tenido incumplimientos contractuales previos o de los cuales existan sospechas claras de ilicitudes. Solo así, el empresario previo un ejercicio de ponderación de derechos, podrá demostrar que su actuar no vulnera el secreto a las comunicaciones de su trabajador.

Cabe indicar que, como excepción, el empresario sí podrá utilizar como medios de prueba lícitos aquellos correos electrónicos en los cuales haya intervenido de forma directa, ya sea como remitente o destinatario. En este sentido, no podrá argüirse por parte del trabajador una violación a su derecho a la intimidad o secreto a las comunicaciones, ya que no existe secreto a las comunicaciones para aquel a quien la comunicación se dirige (STC 114/1984, 29 de noviembre)

Para finalizar este tema, es importante destacar que en Ecuador no existe legislación que regule en el ámbito laboral la intervención del correo electrónico de un trabajador por parte del empleador; sin embargo, en España la Ley Orgánica 3/2018 en su artículo 82 regula el derecho a la seguridad digital, entendido como aquel derecho a la seguridad de las comunicaciones que se reciba o transmita a través de internet.

2.5.5 TABLA RESUMEN COMPARATIVA SOBRE LA NORMATIVA JURÍDICA QUE REGULA EL USO DE NUEVAS TECNOLOGÍAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL ÁMBITO LABORAL

Para finalizar este tema será importante de igual forma establecer a través de un cuadro resumen las diferencias normativas respecto a la regulación del uso de las nuevas tecnologías en materia de protección de datos personales de los trabajadores en Ecuador y España.

Tema	Ecuador	España
Registro del ordenador	En Ecuador no existe normativa que regule este tema.	En España encontramos en primer lugar el artículo 20 bis. del ET que regula el derecho a la intimidad de los trabajadores en el uso de dispositivos digitales. Adicionalmente encontramos la Ley Orgánica 3/2018 que en su artículo 87 reconoce el derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral.
Sistemas de videovigilancia	En Ecuador no existe normativa jurídica que regule este tema en el ámbito laboral.	En España encontramos la Ley Orgánica 3/2018 que en su artículo 89 regula expresamente el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo.
Uso de la propia imagen de los trabajadores por parte de la empresa.	En Ecuador no existe normativa jurídica que regule este tema.	En España no existe normativa jurídica que regule este tema, tan solo jurisprudencia citada en el numeral 2.5.3. de este trabajo.
Intervención del correo electrónico institucional	En Ecuador no existe normativa expresa en el ámbito laboral que proteja el derecho del trabajador respecto a la intervención del correo electrónico por parte del empresario, en el caso ecuatoriano únicamente nos guiamos por la norma constitucional prevista en el artículo 66 numeral 21 de la CRE.	En España, adicional a la protección constitucional prevista en el artículo 18.3 de la CE, encontramos la Ley Orgánica 3/2018 que en su artículo 82 protege el derecho a la seguridad digital.

2.6 TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES SENSIBLES DE LOS TRABAJADORES

De lo anotado en este trabajo, ha quedado claro que el empresario, por regla general, puede tratar los datos personales de sus trabajadores, ya que tanto la legislación española y ecuatoriana, establecen que cuando entre las partes existan obligaciones contractuales o precontractuales, la ejecución de dichas obligaciones faculta al tratamiento de los datos personales. Precisamente en el ámbito laboral, aquello sucede dentro de una relación laboral, en donde el empresario debido a su facultad o poder de dirección, puede tratar los datos personales de los trabajadores.

En este apartado, buscaremos profundizar las materias de especial protección en el ámbito laboral, es decir, explicar qué categorías de datos son sensibles y merecen un tratamiento especial por parte del empresario. Para esto, nos referiremos brevemente a la legislación española a manera de introducción, para luego sí, revisar a profundidad la legislación constitucional y laboral ecuatoriana y encontrar los aspectos más sensibles que merecen una protección especial.

En España, el artículo 9 del Reglamento General de Protección de Datos, señala: «a fin de evitar situaciones discriminatorias, el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial y étnico». Como podemos ver, la legislación española taxativamente señala categorías de datos sensibles sobre los cuales su titular no podrá levantar la prohibición de su tratamiento. Esto, también se ve replicado en la legislación de protección de datos ecuatoriana, que en el artículo 26 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales señala la prohibición de datos personales sensibles, salvo algunas excepciones, entre las cuáles encontramos:

« a) El titular haya dado su consentimiento explícito; b) El tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del titular en el ámbito del Derecho Laboral y de la seguridad y protección social; c) El tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del titular o de otra persona natural, en el supuesto de que el titular no esté capacitado, física o jurídicamente; d) El tratamiento se refiere a datos personales que el titular ha hecho manifiestamente públicos; e) El tratamiento se lo realiza por orden de autoridad judicial;

- f) El tratamiento es necesario con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del titular.
- g) Cuando el tratamiento de los datos de salud se sujete a las disposiciones contenidas en la presente ley »

Como podemos ver, en materia de protección de datos personales, existen ciertos datos que tienden a provocar discriminación, por lo tanto, la ley les otorga una especial protección, de manera que se prohíbe su tratamiento. Sin embargo, la ley tanto en España como en Ecuador, contempla excepciones por las cuales sí se podría tratar estos datos personales sensibles. Dentro de las excepciones reguladas en la Ley Orgánica de Protección de Datos ecuatoriana, hay dos que aplican perfectamente al ámbito laboral, la primera, consagrada en el literal b) del artículo 26, que expresamente contempla la posibilidad de tratar datos sensibles cuando sea necesario cumplir con obligaciones y derechos derivados de una relación laboral; así mismo, el literal g) referente a datos de salud, también puede ser una causa común por la cual dentro de una relación laboral se llegue a tratar ciertos datos sensibles vinculados a la salud de los trabajadores.

De esta manera, el tratamiento de datos de carácter personal tiene circunstancias especiales en el ámbito laboral, por lo que, a continuación, revisaremos en Ecuador cómo debe ser el tratamiento de datos personales por parte del empresario cuando se encuentre frente a una categoría de datos personales sensibles.

En primer lugar, será importante identificar a qué nos referimos con datos personales «sensibles», ya que al parecer estamos frente a una descripción muy general. La tratadista DOMÍNGUEZ (2000, p.55) sostiene que «Las informaciones sensibles son aquellas que se refieren a cuestiones íntimamente ligadas al núcleo de la personalidad y de la dignidad humana. Son los datos relativos a la ideología, religión o creencias, origen racial, salud, vida sexual y, también, los relativos a la comisión de infracciones administrativas o penales.»

De esta definición doctrinaria podemos ver que los datos sensibles son aquellos que están vinculados directamente con la dignidad de la persona, y que, por esto, se encuentra

prohibido su tratamiento, ya que se podría vulnerar derechos fundamentales como la intimidad, dignidad y libre desarrollo de la personalidad.

La Constitución de la República del Ecuador, reconoce en su artículo 11 numeral 2 el principio de igualdad formal y material, en la cual reconoce varias categorías por las cuáles nadie podrá ser discriminado, indicando que, la ley sancionará toda forma de discriminación y que el Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de igualdad.

A continuación, haremos una revisión en el ámbito laboral de cada una de las categorías protegidas por la Constitución de la República del Ecuador.

2.6.1 DATOS RELACIONADOS A LA ETNIA U ORIGEN RACIAL

Los datos personales relativos a la nacionalidad o etnia de un trabajador son considerados datos sensibles, por ende, su tratamiento es prohibido por la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales. Ahora bien, en la materia que nos ocupa, sabemos que dentro de una relación laboral el empresario tiene la potestad de exigir al trabajador la presentación de sus documentos de identidad o permisos de trabajo si es que este es extranjero. Por lo tanto, nos encontramos ante una categoría sensible que, por tratarse de una relación laboral, el empresario en virtud del cumplimiento de las obligaciones laborales tendrá la potestad de efectuar el tratamiento de los datos personales del trabajador.

En el caso ecuatoriano, la Constitución de la República del Ecuador, señala en su artículo noveno que las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas. En el mismo sentido, el artículo 40 del mismo cuerpo normativo, indica que no se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria. De esta manera, la carta magna pareciese otorgar un idéntico estatus a nacionales y extranjeros, inclusive en el ejercicio del derecho al trabajo.

Sin embargo, en la realidad, desde la propia redacción del Código de Trabajo ecuatoriano, encontramos disposiciones normativas desactualizadas, que diferencian a trabajadores nacionales y extranjeros, por ejemplo, el artículo 318, señala que la nómina de trabajadores de compañías de transporte deberá contar con al menos un 80% de ecuatorianos. Si nos fijamos en el artículo 11 numeral 2, la Constitución de la República indicaba que las medidas

de acción afirmativa deben ser impuestas a favor de quienes históricamente han sido vulnerados y se encuentren en situación de desigualdad. En la disposición normativa del Código del Trabajo que he citado como ejemplo, al parecer se hace lo contrario, con un espíritu legislativo nacionalista se crea una regla de porcentaje mínimo de contratación a favor de nacionales, lo cual, desde una lógica constitucionalista es un disparate.

En fin, en Ecuador, aún el Código del Trabajo, vigente desde 1938, al parecer no ha logrado a través del órgano legislativo actualizarse a la Constitución de la República del año 2008, que en ese sentido establece los mismos derechos y obligaciones para nacionales y extranjeros.

2.6.2 DATOS RELACIONADOS A LA EDAD

¿Qué importancia tiene la edad de un candidato o de un trabajador dentro de una relación laboral? ¿Es acaso un dato sensible que merece especial protección? El empresario dentro de su derecho a la libertad y poder de dirección, está en la capacidad de contratar trabajadores que se ajusten al tipo de cargo ofertado, para esto, podrá establecer requisitos tanto de preparación formal o experiencia en actividades afines. El problema puede surgir cuando el empresario abiertamente anuncie una convocatoria de empleo donde fije como requisito una edad máxima, es decir, se ejerza una discriminación etaria para los trabajadores de mayor edad.

Respecto al tratamiento de datos personales relativos a la edad de un trabajador, el empresario deberá siempre manejarlo con cautela, entendiendo que la edad no puede ser un factor determinante a la hora de tomar decisiones sustanciales que afecten al trabajador. Por ejemplo, si un empresario decide despedir a un trabajador únicamente por motivo de su edad, estaríamos frente a un despido discriminatorio, el cual, según el Código del Trabajo, está sancionado con una indemnización especial equivalente a 12 remuneraciones.

2.6.3 DATOS RELACIONADOS AL SEXO, IDENTIDAD DE GÉNERO U ORIENTACIÓN SEXUAL

Cada vez es más frecuente que en el ámbito laboral los países vayan reconociendo la discriminación laboral histórica que han sufrido las mujeres por el solo hecho de ser mujeres. Cada vez existe más conciencia sobre la dificultad e inequidad que existe para las mujeres a la hora de ascender en su carrera laboral y profesional, «este fenómeno se conoce como techo de cristal, que alude a una barrera invisible que obstaculiza a las mujeres para alcanzar

la cima de los escalones jerárquicos; de esta forma se limita el desarrollo de su carrera laboral, y a su vez conlleva discriminaciones salariales y ocupacionales» (BUCHELI y SAN ROMÁN, 2005).

Es por este motivo que, dentro del tratamiento de datos personales, todos los datos relativos al sexo, género u orientación sexual del trabajador, deberán ser protegidos por el empresario, quien, si bien puede llegar a conocer dichos datos debido a la relación laboral existente, esto en ningún caso podría permitir actos u omisiones que afecten a los derechos del trabajador, los cuales podrían enmarcarse en una categoría sospechosa de discriminación.

En este tema, surge la siguiente interrogante: ¿Qué debe hacer un empresario que conozca actos de acoso laboral por parte de directivos de la empresa u otros trabajadores hacia un trabajador por motivo de su sexo, género u orientación sexual?

Datos sensibles como la orientación sexual de una persona o su identidad de género, puede que en un inicio el empresario no los haya conocido, ya que dentro de una relación laboral no es posible exigir por parte del empresario esa información personal. Sin embargo, quisiera a manera de ejemplo, exponer un caso en donde dentro de una empresa uno de los trabajadores ha sido hostigado debido a su orientación sexual por parte de otros trabajadores de la misma empresa. El trabajador, víctima de acoso, cansado de los tratos vejatorios decide como último recurso contarle a su empleador que está siendo víctima de acoso laboral por su orientación sexual. Estamos ante un caso curioso, en donde el empresario no tenía conocimiento de un dato sensible del trabajador, su orientación sexual, sino hasta el momento en que el trabajador ha decidido contarle de forma directa debido al hostigamiento que ha sufrido. En este punto, existen varias aristas que deberá el empresario considerar; en primer lugar, al ser un dato sensible, es un dato reservado que el empleador no lo podrá divulgar, ni podrá ser motivo para que la relación laboral sea modificada, ya que cualquier cambio o afectación estará revestida de una categoría sospechosa de discriminación. En segundo lugar, el empresario deberá tomar acción frente a la denuncia del trabajador, ya que el Código del Trabajo ecuatoriano, señala que el empleador ante la denuncia de un trabajador víctima de acoso, tiene la obligación de iniciar un trámite de visto bueno (sanción disciplinaria) en contra del trabajador que ha cometido el acoso laboral. Si el

empresario no toma acción, es decir, omite iniciar el trámite de visto bueno, esto faculta al propio trabajador víctima de acoso laboral a que inicie un visto bueno en contra del empleador, quien, por un principio de responsabilidad, se entenderá que acosó también de forma indirecta al trabajador.

En este caso que se ha expuesto a manera de ejemplo, se ilustra la responsabilidad enorme por parte del empresario de manejar con estricta cautela y cuidado aquellos datos personales sensibles vinculados a la identidad de género u orientación sexual, ya que cualquier acto u omisión por parte del empresario, que no se ajuste a derecho, podrá ser considerado como discriminatorio.

2.6.4 DATOS RELACIONADOS A LA IDEOLOGÍA Y AFILIACIÓN SINDICAL

Respecto al derecho del trabajador a la libertad sindical y su protección, en Ecuador no encontramos normativa que desarrolle a profundidad el ejercicio de este derecho, al contrario, en España, el desarrollo normativo es mucho mayor, en donde encontramos la llamada Ley Orgánica de Libertad Sindical, la cual establece algunas prerrogativas sobre el derecho de filiación sindical, que merecen ser estudiadas en este apartado.

Su importancia como dato de carácter sensible es especial, ya que «de todas las categorías especiales de datos, la referida a la afiliación sindical es una información de contenido estrictamente laboral, a diferencia de otras que, siendo de carácter más general, pueden tener una incidencia transversal, también –claro está– en las relaciones de trabajo, desde los estados previos hasta su finalización.» DE VAL TENA (2020, p. 112). En este sentido, los datos relativos a la filiación sindical de un trabajador son exclusivos, y bajo ningún motivo el empresario a pretexto de la relación laboral podrá acceder a ellos.

La Ley Orgánica de Libertad Sindical, señala que ningún empresario podrá obligar a un trabajador a declarar su filiación sindical, es decir, el trabajador siempre podrá reservarse la información sobre el sindicato al cual pertenece. Sin embargo, si el trabajador, por ejemplo, decide acogerse a lo dispuesto en el artículo 11 numeral 2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical para que el empleador descuente de su remuneración la cuota sindical, tendrá que informar al empleador a qué sindicato pertenece; sin embargo, debemos dejar claro que esta es una medida opcional y voluntaria para el trabajador.

2.6.5. DATOS BIOMÉTRICOS

Los datos biométricos son definidos por el Reglamento General de Protección de Datos de España como aquellos obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos. (Art. 4.14 RGPD)

Los datos biométricos han sido definidos como «propiedades biológicas, características fisiológicas, rasgos de la personalidad o tics, que son, al mismo tiempo, atribuibles a una sola persona y mensurables, incluso si los modelos utilizados en la práctica para medirlos técnicamente implican un cierto grado de probabilidad» (Dictamen 4/2007, 20 junio, GT29).

En el ámbito laboral, el tratamiento de datos biométricos de los trabajadores es muy común. El avance de las tecnologías permite que hoy el empresario pueda ejercer su poder de dirección y control de manera mucho más eficaz, pero a la vez de manera mucho más intrusiva, ya que existen varios métodos que, a través de datos biométricos como huellas dactilares, reconocimiento facial, reconocimiento de iris, entre otros, permiten la identificación plena de un trabajador ya sea para registrar su hora de ingreso y de salida, ingreso a ciertos lugares, etc. Este tipo de herramientas permiten al empleador acceder a información muy sensible y privada del trabajador, por lo que será muy importante que el tratamiento de los datos durante la relación laboral sea lícito conforme las reglas jurisprudenciales dictadas para el efecto.

Para esto, existe un criterio jurisprudencial en España desarrollado por el Tribunal Constitucional que sostiene lo siguiente: «para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).»

Bajo este criterio, entendemos que no puede existir un ejercicio indiscriminado por parte del empresario de su poder de dirección y control, al momento de aplicar técnicas que permitan la obtención y uso de datos biométricos de trabajadores. El actuar del empresario deberá siempre ajustarse al juicio de proporcionalidad, explicado en el párrafo anterior. Varios autores advierten de los riesgos que podrían provocar a los derechos fundamentales de los trabajadores el uso indiscriminado de sus datos biométricos por parte del empresario, entre ellos, Rodríguez Escanciano sostiene que «No en vano-y como mero ejemplo- el iris puede revelar el consumo de drogas y de alcohol o el padecimiento de enfermedades como hipertensión o diabetes» (RODRÍGUEZ 2019)

2.6.6 DATOS RELATIVOS A LA SALUD DE UN TRABAJADOR

Los datos relativos a la salud de un trabajador son considerados tanto por la legislación española, como por la ecuatoriana, como datos de carácter sensible, por lo que su tratamiento se encuentra prohibido. Sin embargo, como hemos visto en este trabajo, el ámbito laboral siempre contempla excepciones por las cuales un empresario podría acceder a los datos de salud de un trabajador, inclusive con la finalidad de cumplir obligaciones previstas en la ley y ante la seguridad social.

Dentro de una relación laboral el trabajador puede llegar a experimentar en cualquier momento una enfermedad que lo incapacite temporalmente, ante esta situación, tanto la legislación española como la legislación laboral ecuatoriana, prevén días de descanso y reglas sobre las prestaciones contributivas y no contributivas en materia de seguridad social. Sin embargo, en ambos países, es obligación del trabajador notificar de manera oportuna sobre su estado de salud, cuando su ausencia se deba a esta causa. De manera que, para justificar una ausencia por enfermedad, el trabajador comúnmente presenta al empleador un certificado médico, en el cual se da a conocer el diagnóstico de la enfermedad y la prescripción realizada por el facultativo médico.

Ahora bien, en España, la legislación prevé que, en caso de duda por parte del empresario de la veracidad del certificado médico, o de la enfermedad del trabajador, podrá verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico. Así mismo, en la legislación laboral ecuatoriana, encontramos una disposición normativa muy similar, en la

que se dispone que el empleador tendrá derecho, en cualquier tiempo, a comprobar la enfermedad no profesional del trabajador, mediante un facultativo por él designado.

De esta manera, por la naturaleza de una relación laboral, el empleador si tiene la facultad de acceder a los datos relativos a la salud del trabajador, siempre y cuando se respete el juicio de proporcionalidad que hemos comentado en acápites anteriores. Otro caso muy frecuente por el cual el trabajador comunica un dato relativo a su salud al empresario, se da al momento del aviso de una discapacidad. Por ejemplo, en la legislación ecuatoriana, la Ley Orgánica de Discapacidades, otorga una estabilidad laboral reforzada a todo trabajador que padezca una discapacidad calificada por el órgano rector en salud pública, en este sentido, ningún empresario podrá despedir de forma intempestiva a un trabajador que haya acreditado su situación de discapacidad.

Al referirnos al caso específico de trabajadores con discapacidad en Ecuador, vamos a encontrar que pese a ser un dato sensible, todo empleador se ve en la obligación de averiguar desde el inicio de la relación laboral si un trabajador padece o no una discapacidad. El Código del Trabajo ecuatoriano, en su artículo 40.3, establece una medida de acción afirmativa a los trabajadores con discapacidad, estableciendo la obligación de todo empleador público o privado de contratar personas con discapacidad en al menos un porcentaje del 4% del total de su nómina. De manera que, sin que implique una actuación discriminatoria, el empleador siempre en un proceso de selección debe averiguar si el candidato posee o no una discapacidad, de forma que pueda cumplir dicho porcentaje legal.

Además, si tomamos en consideración, el principio de estabilidad laboral reforzado consagrado en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, que establece que toda persona con discapacidad, deficiencia o condición discapacitante gozará de estabilidad especial en el trabajo, y que en caso de ser despedido de manera injustificada le corresponde la indemnización especial más cuantiosa consagrada en la legislación laboral ecuatoriana, equivalente a dieciocho meses de la mejor remuneración de toda la relación laboral. Es oportuno que el empleador conozca previamente sobre la discapacidad de un trabajador, de manera que pueda respetar el principio de estabilidad laboral reforzada y no afectar los derechos del trabajador.

De todo lo expuesto, habrá que distinguir entre la posibilidad que tiene el empresario de consultar y revisar la enfermedad o discapacidad de un trabajador frente a los límites que conlleva el tratamiento responsable de dichos datos sensibles. Existen enfermedades catastróficas como, por ejemplo, el VIH, que históricamente han causado discriminación a sus portadores en el ámbito laboral. Por este motivo, si el trabajador decide voluntariamente comunicar al empresario la existencia de esta enfermedad, en ningún caso el empresario podrá a partir de la comunicación despedir al trabajador, ya que también le será aplicable un principio de estabilidad laboral reforzada, entendiéndose tal despido como discriminatorio.

Para concluir este tema, la idea final que debemos tener sobre el tratamiento de datos relativos a la salud de un trabajador es que, pese a estar permitidos en el ámbito laboral debido a la ejecución del contrato de trabajo, siempre el tratamiento de los datos deberá ser responsable, justificando cumplir el juicio de proporcionalidad exigido por la doctrina jurisprudencial, y en ningún caso, el conocimiento de una enfermedad o discapacidad podrá dar lugar a conductas discriminatorias por parte del empresario, lo cual sería abiertamente ilícito.

2.7 REPUTACIÓN ONLINE DE LOS TRABAJADORES

En el presente trabajo hemos destacado la importancia de los avances tecnológicos dentro del tratamiento de datos personales en una relación laboral. Hemos analizado los diferentes métodos y herramientas tecnológicas de control y supervisión que el empresario utiliza para tratar los datos personales de sus trabajadores, y revisamos los requisitos para que dicho tratamiento sea lícito. A lo largo de todo el trabajo hemos confrontado la libertad empresarial, al momento de ejercer su derecho a controlar y supervisar al trabajador, y por otra parte los derechos fundamentales del trabajador a la intimidad y a la protección de sus datos personales.

El tema que abordaremos en este punto, conocido como reputación online de los trabajadores, no es más que aquel sistema de control y supervisión que el empresario delega a los consumidores de los bienes y servicios, a que estos sean quienes califiquen la atención y desempeño de los trabajadores de la empresa. Anteriormente este sistema se llevaba a cabo con llamadas telefónicas, en las cuáles se consultaba a los clientes sobre la atención recibida en los establecimientos y se solicita se evalúe al personal de trabajo; sin embargo,

hoy en día, a través de páginas web o aplicaciones móviles, cada vez más establecimientos han visto la oportunidad de permitir que el propio usuario sea quien evalúe el desempeño de los trabajadores.

Los autores MADRIGAL, MADRIGAL y CORTES (2021, p. 157) sostienen que: «La incursión del consumidor en los entornos virtuales y su decidida participación fueron posicionando a las páginas web y a las redes sociales como la principal fuente de información para decidir comprar un producto o servicio, creer en las campañas de relaciones públicas de las empresas, determinar cuál es el producto o servicio líder en un sector, etc. Es entonces que el control que tenía la empresa sobre su reputación no es el mismo. Ahora, la organización debe revisar su participación en los entornos virtuales y establecer directrices que le ayuden en la construcción de su reputación digital.»

Por una parte, encontraremos a quienes defienden este mecanismo de control y supervisión, ya que estamos frente a un mecanismo más eficaz de control por parte del empresario, ya que al ser el propio usuario o consumidor del bien o servicio quien realiza la evaluación aparentemente estaríamos frente a parámetros de calificación más objetivos, considerando que de igual forma es un mecanismo de evaluación con menores costes para el empresario.

Por otro lado, hay quienes advierten de los riesgos de estos sistemas de reputación online, ya que pueden provocar serias afectaciones a la protección de datos de los trabajadores. Existen varios métodos que suelen utilizar las empresas para que los clientes puedan evaluar de forma directa a los trabajadores, en algunos casos a través de encuestas o baterías de preguntas, en otros casos a través de textos libres se pide se describa el desempeño del trabajador.

Ahora bien, hay varias empresas que deciden publicar en redes sociales o páginas web los resultados de las evaluaciones de sus trabajadores, lo que se conoce como reputación online, de manera que los futuros clientes puedan conocer experiencias previas de otros usuarios y sobre todo, con el objetivo de generar presión al trabajador a que su desempeño sea impecable, ya que sabrá que un mal desempeño laboral será sancionado con la evaluación que un cliente pueda realizar, lo cual no solo afectaría su actual empleo sino futuras oportunidades laborales, es decir, su reputación como trabajador.

Cabe destacar que, en España, el Reglamento General de Protección de Datos, en su artículo 5.1 literal c) señala que los datos recogidos deberán ser «adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados»; de manera que, cualquier evaluación realizada por un cliente hacia un trabajador, deberá referirse estrictamente a su desempeño laboral o a su función profesional. Con esto, el empresario se vería limitado a publicar cualquier evaluación que verse sobre aspectos distintos al desempeño profesional, ya que la medida no sería ajustada al principio de proporcionalidad.

En Ecuador, si bien cada vez van apareciendo más aplicaciones y sitios web en los que las empresas solicitan evaluaciones de los trabajadores a sus clientes, aún podemos afirmar que la práctica de publicar los resultados de dichas evaluaciones en la web no es muy común. Sin embargo, al ser una práctica no prohibida por la legislación ecuatoriana, resulta muy llamativo analizar qué tipo de acción podría tomar el empleador ante evaluaciones repetitivas en donde se califique negativamente el desempeño laboral de un trabajador.

En España el proceso del despido disciplinario depende exclusivamente del empresario, es decir, ante la verificación de un incumplimiento o indisciplina grave de un trabajador, el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores faculta al empresario a que a través de una carta notifique el despido disciplinario con las causas que lo motivan al trabajador. Cabe destacar que el trabajador podrá impugnar en sede judicial, al considerar que el despido es improcedente. Sin embargo, en Ecuador, el proceso de despido por motivos disciplinarios es totalmente distinto, ya que depende de un trámite administrativo llamado Visto Bueno, que debe seguir el empleador ante el Ministerio del Trabajo, presentando una petición – muy similar a una demanda- en la que deberá explicar cuál es la causal por la cual desea terminar la relación laboral y sobre todo, deberá demostrarla, es decir, acompañar medios de prueba testimoniales, periciales o documentales que acrediten el cometimiento de la falta por parte del trabajador.

En este sentido, en Ecuador, ante una conducta del trabajador que pueda ser considerada como ineptitud manifiesta o indisciplina grave, es el empresario quien debe demostrar ante el órgano competente el cometimiento de dicha falta, y será este órgano, a través de un inspector de trabajo, el que emita una resolución donde apruebe o niegue la terminación de la relación laboral por visto bueno.

Surge la siguiente interrogante en el caso ecuatoriano: ¿Podría servir como medio de prueba lícito las evaluaciones realizadas por los clientes de una empresa para tramitar un visto bueno en contra de un trabajador? Como vemos, en España se deja cierta liberalidad al empresario al momento de sancionar o despedir a un trabajador por razones disciplinarias, aquello no ocurre en Ecuador, ya que como comentamos cualquier causal de indisciplina que busque utilizar el empresario deberá ser plenamente demostrado. Ante esto, la reputación online de un trabajador, sí podrá ser utilizada por un empleador para iniciar un trámite disciplinario de visto bueno; sin embargo, la decisión de si la prueba aportada cumple los presupuestos de proporcionalidad, idoneidad y necesidad recae en la autoridad del trabajo.

Es por esta razón que, al ser un tema novedoso en Ecuador, aún no han surgido controversias en sede administrativa o judicial, a partir de la publicación de resultados de evaluación realizados por los clientes, es decir, por la reputación online de los trabajadores; sin embargo, estamos seguros que con el desarrollo de las nuevas tecnologías será un tema que veremos cada vez con más frecuencia en Ecuador.

Finalmente, para concluir con este tema, debemos hacer énfasis que las evaluaciones realizadas por los clientes no solamente deberán referirse al desempeño profesional o laboral de los trabajadores, ya que la evaluación también deberá contener datos exactos, esto quiere decir que, una evaluación que omita datos o no sea clara no podrá ser publicada por el empresario. De igual manera, al tratarse de datos de carácter personal, el trabajador siempre podrá hacer uso de su derecho a la rectificación o a la supresión, consagrados tanto por la legislación ecuatoriana y española, de forma que, si en algún momento verifica información falsa, inexacta, incompleta, podrá solicitar al empresario su supresión o la rectificación de dichos datos.

3. CONCLUSIONES

Al finalizar este trabajo hemos podido estudiar los aspectos generales de la protección de datos personales tanto en la legislación española como en la ecuatoriana. Hemos hecho especial énfasis en las particularidades propias que presenta el tratamiento de datos personales dentro de una relación laboral. El estudio de cada tema ha buscado revisar las similitudes y diferencias que encontramos en la legislación de ambos países, nutriendo cada

tema no solo del análisis legislativo, sino también desde el análisis de doctrina y jurisprudencial.

Tal como habíamos afirmado en un inicio, Ecuador es un país en el que recientemente se aprobó la primera ley que regula la protección de datos personales, por lo que, al ser un tema nuevo, ha creado la necesidad de estudiarlo a detalle y compararlo con el desarrollo normativo, doctrinario y jurisprudencial de un país como España, en donde, como ha quedado evidenciado, existe un mayor desarrollo del tema.

Una idea final que nos queda de este trabajo, es que la libertad del empresario al ejercer su poder de dirección y control si puede verse conciliada con el derecho a la protección de datos personales del trabajador, sobre todo cuando las medidas impuestas por el empresario respetan el juicio de proporcionalidad, buscando crear la menor afectación posible a la intimidad y a los datos personales del trabajador, y justificando siempre que la medida es necesaria y justificada para cumplir el fin deseado.

Así mismo, hemos evidenciado que el avance de las nuevas tecnologías hace que cada vez existan nuevos mecanismos que nos obligan a debatir sobre la prevalencia del derecho de protección de datos del trabajador o la libertad del empresario. En todos los casos analizados, concluimos que las nuevas tecnologías son herramientas útiles para el empresario, que en muchos casos ayudan de manera más eficaz a ejercer un control sobre el desempeño de sus trabajadores, por lo tanto, estamos de acuerdo con su utilización, ya que la tecnología ofrece soluciones de mejora para el desempeño laboral. No obstante, como hemos revisado, las nuevas tecnologías implican nuevos riesgos a los derechos fundamentales del trabajador y a la protección de sus datos, por lo que en Ecuador se evidencia existen vacíos legales y jurisprudenciales que permitan determinar el alcance y requisitos para que la utilización de las nuevas tecnologías como método de control sea lícito.

Como conclusión final, el fuerte desequilibrio existente en la relación entre empresario y trabajador merece también un tratamiento especial en materia de protección de datos, ya que las normas generales de protección de datos no logran cubrir todos los vacíos que se presentan en una relación de naturaleza laboral. De manera que, países como Ecuador, en donde apenas existe una regulación sobre la protección de datos personales, pueden utilizar

como ejemplo el caso español que, a través de su legislación y jurisprudencia, ha establecido importantes directrices que permitirán al empresario saber cómo actuar correctamente al tratar los datos personales de sus trabajadores.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bibliografía básica

- BERROCAL LANZAROT, A. Derecho De Supresión De Datos O Derecho Al Olvido. 1ra edición. Madrid: Reus, 2017.
- FERNANDEZ DE MARCOS, I. «Protección de datos de carácter personal en México: problemática jurídica y estatus normativo actual», 77-112. en CHARVEL OROZCO, S. (coord.). *Protección de Datos Personales, Compendio de Lecturas y Legislación*. 1ra edición. México: Tiro Corto Editores, 2010.
- GALVIS CANO, L. y PESCA MESA, D. «Límites del tratamiento de los datos personales en el ámbito laboral frente al uso de las tecnologías de la información y comunicación en la era digital». *IUSTA*. 2020, vol. 52, 51-76.
- LOPEZ LAPUENTE, L. «La aplicación extraterritorial del Reglamento General de Protección de Datos». *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*. 2019, vol. 52, 136-140. [consulta: septiembre 2022]. ISSN 1578-956X. Disponible en: <https://docplayer.es/175274827-La-aplicacion-extraterritorial-del-reglamento-general-de-proteccion-de-datos.html>
- MADRIGAL, S. MADRIGAL, F y CORTÉS, A. «El rol de las redes sociales en la configuración de la reputación digital de la organización contemporánea». *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*. 2021, vol. 21, núm. 1, 155-170. [consulta: septiembre 2022]. ISSN 2500-9338. Disponible en: <https://ojs.unipamplona.edu.co/ojsviceinves/index.php/face/article/view/1033/1053>
- MAHIEU R. « The Right of Access to Personal Data: a Genealogy» *Technology and Regulation*. 2021, 62–75 .ISSN: 2666-139X. [Consulta: 20 de septiembre de 2022]. Disponible en: <https://doi.org/10.26116/techreg.2021.00>
- MEZA MARTINEZ, C. «Discriminación laboral por género: una mirada desde el efecto techo de cristal». *Equidad y Desarrollo*. 2018, vol. 1, núm. 32, 11-31. (consulta 27 de septiembre de 2022) DOI: <https://doi.org/10.19052/ed.5243>. Disponible en: <https://ciencia.lasalle.edu.co/cgi/viewcontent.cgi?article=1280&context=eq>

- NEVAREZ MONCAYO, JC. GAVILANEZ VILLAMARIN, S. y CLEONARES BORBOR, A. « El efecto normativo y reglamentario de la Constitución del Ecuador bajo la doctrina del neoconstitucionalismo». Uniandes Episteme. 2020, vol. 7, num. especial. 1297-1310. [consulta: 03 de agosto de 2022]. ISSN 1390-9150. Disponible en: <http://45.238.216.13/ojs/index.php/EPISTEME/article/view/2304>
- ORTEGA GIMENEZ, A. y GONZALO DOMENECH, J. «Nuevo marco jurídico, en materia de protección de datos de carácter personal en la Unión Europea». Revista de la Facultad de Derecho. 2018, vol. 44. 1-35. (Consulta: 19 de septiembre de 2022) ISSN 0797-8316. Disponible en: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?pid=S2301-06652018000100031&script=sci_abstract
- SAENZ GRIJALVA, M. ¿Derecho a la supresión de datos digitales o derecho al olvido?. Director: Juan Carlos Mejía. Universidad San Francisco de Quito, Provincia de Pichincha, Distrito Metropolitano de Quito, 2021.
- SERRANO OLIVARES, R. «Los derechos digitales en el ámbito laboral: comentario de urgencia a la ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales». Revista IUS Labor. 2018, vol. 3, 216-229. [consulta: septiembre 2022]. ISSN: 1699-2938. Disponible en: <https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/10.31009-IUSLabor.2018.i03.06/439819>
- UGARTE CATALDO, J. El nuevo derecho del trabajo. 1ra edición. Santiago: Editorial Universitaria S.A., 2004.
- VAL TENA, A. «La protección de datos personales en los procesos de selección de los trabajadores; en particular, aquellos datos especialmente sensibles» Documentación Laboral. 2020, vol. 1, núm. 119, 99-123. (consulta: septiembre de 2022) ISSN 0211-8556. Disponible en: file:///C:/Users/david/Downloads/Dialnet-LaProteccionDeDatosPersonalesEnLosProcesosDeSelecc-7544419.pdf

- YUGSI YUGSI, M y PINOS JAEN, C. «Análisis del estado actual de la estabilidad laboral reforzada en el sector público ecuatoriano». Dominio de las Ciencias. 2021, vol. 7, num. 3. [Consulta: 30 de julio de 2022]. ISSN: 2477-8818. Disponible en: [file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/1902-9400-2-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/1902-9400-2-PB%20(1).pdf)

Legislación citada

- Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo del Grupo de Trabajo del Artículo 29, órgano consultivo de la Unión Europea.
- Constitución Española:«BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424 (112 págs.) Sección:I. Disposiciones generales. Referencia:BOE-A-1978-31229. Disponible en:[https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1))
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Reglamento (UE) 2016/679 del parlamento europeo y del consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.
- Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20-X-2008)
- Ley Orgánica de Protección de Datos Personales de Ecuador (Quinto Suplemento del Registro Oficial 459, 26-V-2021).
- Código del Trabajo, (Publicado en el Registro Oficial 167, año 2005)

Jurisprudencia referenciada

- STC de 10 de abril de 2000. Recurso de Amparo núm. 4015/96.

- STEDH de 25 de junio de 1997 y 3 de abril de 2007.
- STSJ Andalucía de 01 de junio de 2020. Resolución: 1146/2020 - Nº Recurso: 4152/2018.
- STC de 11 de abril de 1994. Resolución 99/2004.
- STC de 29 de noviembre, número 114/1984 y 34/1996 de 11 de marzo.
- TEDH de 5 de septiembre de 2017, en el asunto Barbulescu vs Rumania (exp. 61496/08)