

EL DESPIDO MOTIVADO EN EL USO IRREGULAR DEL E-MAIL LABORAL

Jorge A. Larrea De Rossi¹

I. INTRODUCCIÓN.-

Mucho se ha discutido ya, sobre los nuevos debates que surgen en las relaciones de trabajo, motivados por el uso de las tecnologías de la información (TICs)² y, en especial, el correo electrónico y la Internet. Y es que, estas -ya no tan- nuevas tecnologías han revolucionado y modificado nuestras vidas, y se han interiorizado en los usos sociales de todos los países y culturas.

Así, la revolución informática –comparable a la revolución industrial- con la Internet como su principal carta de presentación, ha dado forma a nuestra actual y transformada "Sociedad de la Información"³ caracterizada por estas nuevas formas de acceder a la "información" y de producirla -siendo, esta, uno de los bienes de mayor valor en la actualidad- así como nuevas formas de relacionarnos y comunicarnos con las personas y, desde luego, nuevas formas de organización del trabajo y de prestación de los servicios.

En efecto, los nuevos motivos de conflictos laborales vinculados al mal uso de las tecnologías facilitadas a los trabajadores pasan por –durante el horario de trabajo- hacer uso de la computadora para realizar trabajos de otros empleos; acceder a paginas web que no tienen vinculo alguno con las labores; mantener conversaciones vía Chat o Messenger; realizar cursos a distancia haciendo uso de la computadora y el Internet de la empresa; participar de juegos on-line, descargar documentos, fotografías, audios o videos de ocio, humorísticos o pornográficos; sobrecargar y hasta bloquear la red de la empresa; infiltrar virus, gusanos, troyanos y otros que afectan los sistemas del empleador; usar para fines personales el correo electrónico asignado; situaciones de acoso o insultos, vía e-mail, entre trabajadores; responsabilidad de la empresa frente a terceros por el mal uso del email institucional; competencia desleal, espionaje industrial, fuga de información sensible o comisión de delitos informáticos y un largo etcétera...

¿Cuál es la respuesta del Derecho Laboral frente a estas situaciones?, el debate internacional sigue abierto -y se enriquece cada vez más- enfrentando posiciones divergentes y pudiéndose encontrar abundante información sobre los diferentes matices y complejidades que el uso de estas tecnologías puede suscitar en el seno de las relaciones de trabajo. Así, quien se aproxime al tema se vera frente a diferentes (y

¹ Consultor en Temas Laborales. Miembro del Gabinete de Asesores de la Presidencia del Consejo de Ministros. Diplomado en Relaciones Laborales en la Universidad Complutense de Madrid y cursa estudios de la Maestría en Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

² Según la OCDE (Organization for Economic Cooperation and Development) las TICs son aquellos dispositivos que capturan, transmiten y despliegan datos e información electrónica y que apoyan el crecimiento y desarrollo económico de la industria manufacturera y de servicios. OECD Reviewing the ICT sector definition: Issues for discussion. Working party on indicators for the information society. Stockholm, 25-26 Abril 2002

³ El Gobierno del Perú, en su "Plan de Desarrollo de la Sociedad de la Información en el Perú: La Agenda Digital Peruana" (Puede consultarse en: <http://www.peru.gob.pe/AgendaDigitalPeru/agendadigitalperu.htm>) señala que: "(...) definimos la Sociedad de la Información como: un sistema económico y social donde el conocimiento y la información constituyen fuentes fundamentales de bienestar y progreso (...)"

a veces contradictorias) posiciones doctrinales, jurisprudenciales y –en algunos países- incluso ya legislativas⁴. No existe, pues, a la fecha una tendencia clara respecto a las soluciones que el Derecho Laboral debe dar a estos nuevos conflictos.

En todo caso, queda claro que la preocupación de los trabajadores gira en torno al desarrollo de su *vida privada* dentro de la empresa, mientras que el interés principal de los empleadores no es si los trabajadores gastan bromas a sus compañeros, si mantienen correspondencia electrónica con sus novias o si son adictos a la pornografía colgada en Internet. La preocupación empresarial, no es sino la misma de siempre: *Productividad*, ¿Que tan bien aprovechado esta el tiempo de trabajo que los empleadores pagan? y ¿Cómo se usan las herramientas de trabajo que el empleador pone a disposición de sus trabajadores?”

II. EN EL PERÚ, EL USO IRREGULAR DEL E-MAIL LABORAL ¿PUEDE MOTIVAR UN DESPIDO?.-

El uso del e-mail que el empleador asigna a sus trabajadores, ha generado gran controversia en el Perú y en el derecho comparado; pues si bien –y sin lugar a dudas- el e-mail laboral es una herramienta de trabajo, también es un medio de comunicación, cuyo uso “social” es una costumbre habitual y su rapidez y bajo coste no genera en los trabajadores mayor reflexión sobre el hecho de que el uso para fines personales de esa herramienta de trabajo constituye una infracción laboral sancionable.

El uso de los bienes de la empresa en beneficio propio o de terceros, su uso irregular o contrario a las indicaciones del empleador, el uso para fines distintos a los productivos o cualquier otra figura similar, que implique darle a un bien del empleador -que nos ha sido confiado o asignado- un fin distinto al que corresponde a las necesidades propias del empleador, constituye -sin duda alguna- un acto contrario a la Buena Fe Laboral.

Sin perjuicio de ello, nuestro ordenamiento laboral contempla expresamente como causal de despido, por conducta del trabajador, a la falta grave consistente en: *“La apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia, así como la retención o utilización indebidas de los mismos, en beneficio propio o de terceros, con prescindencia de su valor”*

En consecuencia, el uso con fines extra laborales de la herramienta de trabajo “correo electrónico” es una infracción laboral (de por sí y sin importar su contenido).

Ahora bien, sin cuestionar ello, la sanción que corresponda a dicha infracción deberá ser razonable y proporcional; no es lo mismo los e-mail entre compañeros de trabajo para coordinar dónde almorzar, que un e-mail con fotos explícitas de pornografía infantil; por lo que el despido no siempre será la sanción que corresponda.

⁴ La más reciente es la modificación, en marzo del 2009, de la “Ley de Protección de las Comunicaciones Electrónicas” de Finlandia, que –ahora- permite expresamente el control del empleador de los emails asignados a sus trabajadores. Estados Unidos cuenta con un marco regulatorio a favor del control empresarial del correo electrónico de los trabajadores (véase, entre otras, la Electronic Communications Privacy Act y The Federal Wiretapping Act, ambas de 1986). El Reino Unido también ha optado por establecer normas que permiten el control del e-mail laboral (véase, entre otras, la Human Rights Act 1998, la Data Protection Act 1998, la Regulation of Investigatory Powers Act 2000 y la Lawful Business Practice Regulation 2000). En nuestra región, puede consultarse -entre otros- los siguientes proyectos de Ley: en Perú el Proyecto de Ley N° 01610/2007-CR; en Argentina el Proyecto de Ley N° 0623-D-2007 y en Chile el Proyecto de Ley N° 5662-13.

A su vez, la sanción que se determine, tendrá que –necesariamente- ser la consecuencia de un procedimiento de investigación y acreditación de la falta, que responda a criterios legales y técnicos informáticos, que respete los derechos fundamentales de los trabajadores.

El debate jurídico, entonces, no está referido a si el uso irregular del e-mail laboral es o no es una infracción laboral, o si la infracción podría llegar a ser de tal magnitud que resulte razonable y proporcional sancionar, la falta grave, con el despido del trabajador infractor. La controversia legal se presenta en el "*¿cómo?*" se debe llevar a cabo el procedimiento de investigación y acreditación de la falta, pues si tal procedimiento resulta ilegal, entonces el despido no será válido.

El conflicto jurídico aparece cuando ese e-mail laboral que no debió usarse para fines personales, en efecto se mal uso y contiene –o podría contener- información "*personal*" del trabajador, ante lo cual aparecen varias interrogantes: ¿cómo puede el empleador definir si un e-mail realmente contiene información personal o no sin acceder a su contenido? y ante la duda ¿cómo puede entonces el empleador ejercer eficazmente su facultad fiscalizadora sobre el uso de la herramienta de trabajo?

Y es allí dónde empiezan a darse, a nivel internacional, las diferencias interpretativas, legislativas, jurisprudenciales y doctrinales sobre cuál es la forma en que se debe llevar a cabo esta vigilancia sobre el buen uso de los e-mails laborales; existiendo posiciones que lo reducen a un control casi ineficaz y otras que lo vuelven un control excesivo, dónde el principal punto de conflicto es la discusión sobre si el control del empleador puede alcanzar la posibilidad de tener, eventualmente, acceso al contenido de los e-mails remitidos o recibidos por los trabajadores en la cuenta de correo electrónico que se les ha asignado para sus labores.

En consecuencia, el control que el empleador realiza sobre el uso del e-mail asignado a sus trabajadores ha generado gran debate, entre lo que podría ser un conflicto del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas del trabajador, frente a las facultades de control y fiscalización del empleador, derivadas de su derecho fundamental a la libertad de empresa.

Por ello, somos de la opinión que ante la pregunta "*¿el uso irregular del e-mail laboral puede motivar un despido?*", la respuesta jurídica laboral es un contundente Sí. Pero, ante la pregunta "*¿puede el empleador fiscalizar el e-mail laboral para acreditar validamente la infracción cometida?*", la respuesta no es pacífica.

Una posible respuesta, sostiene que como parte de las facultades del empleador, este control es válido, pues sostener lo contrario desprotege a la empresa frente a los usos indebidos de sus bienes informáticos; por lo que si los trabajadores están debidamente informados y conocen de las prohibiciones, los controles y las posibles sanciones no cabe que –luego- pretendan sentirse afectados en su privacidad al hacer un uso indebido del e-mail.

Otra posición, sostiene que llevar a cabo tal control sobre los e-mail, afecta el derecho a la privacidad del trabajador, en consecuencia es ilegal; lo que nos lleva a un sin sentido por el cuál los empresarios legalmente pueden ordenar a los trabajadores no hacer uso privado del e-mail, pero en ningún caso pueden abrir los correos electrónicos que los trabajadores puedan enviar o recibir incumpliendo la citada orden, con lo cuál

la infracción resulta imposible de acreditar y, por tanto, la sanción resulta jurídicamente imposible de aplicar.

Por la primera posición, a favor del control del e-mail laboral, se ha pronunciado –entre otros- el Tribunal Supremo Español⁵; por la segunda postura ha optado –junto a otros- el Tribunal Constitucional Peruano⁶.

En efecto, nuestro Tribunal Constitucional (TC) –en el celebre caso “Serpost”-, ha señalado que si bien se reconocen las facultades del empleador y se señala el uso extra laboral del e-mail como una infracción, el control sobre estos e-mail requiere de autorización judicial previa, reconociendo un derecho al secreto de las comunicaciones “*privadas*” de los trabajadores, incluso cuando hacen uso personal y no autorizado de la herramienta de trabajo, correo electrónico.

Nuestra posición frente al conflicto –arduamente debatido- es que el control del empleador sobre el uso del e-mail asignado a sus trabajadores, sustentando bajo determinados parámetros y cumpliendo ciertas condiciones, puede ejercerse de forma legal y sin afectar derecho fundamental alguno, cuando se verifica que el trabajador no puede alegar una razonable expectativa de privacidad sobre el uso del email laboral en su calidad de herramienta de trabajo.

En consecuencia, y así lo hemos sostenido en trabajos anteriores⁷, creemos que la sentencia del TC puede ser re-interpretada y abarcar la posición por la cuál, cuando el empleador haya establecido razonables y proporcionales mecanismos de control del e-mail y sus trabajadores tengan conocimiento de las políticas, regulaciones, controles, infracciones y sanciones vinculadas al uso del correo electrónico, no podría alegarse ninguna razonable expectativa de privacidad por parte del trabajador infractor, que hizo uso personal de la herramienta de trabajo, por lo que no podría alegarse validamente ninguna afectación del derecho al secreto de las comunicaciones “*privadas*” allí donde estas –expresamente- no podían darse de forma valida.

En tal sentido, el requerimiento de orden judicial previa, sería exigible sólo a aquellos empleadores que –como en el caso “Serpost”- no hayan tomado las medidas pertinentes para procurar no generar en sus trabajadores una falsa expectativa de privacidad sobre el uso que le dan al e-mail laboral.

III. EL E-MAIL LABORAL: UNA HERRAMIENTA DE TRABAJO FISCALIZABLE.-

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo Español del 26 de septiembre de 2007.

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, recaída sobre el expediente N° 1058-2004-AA/TC

⁷ Véase: LARREA De Rossi, Jorge. “La Libertad Sindical y el Uso de los Medios Informáticos de la Empresa” En: Actualidad Jurídica N° 189, Lima, Agosto del 2009; “El Control de los Correos Electrónicos en el Centro de Trabajo. Releyendo la Sentencia del TC Sobre el Control del e-mail Laboral” En: Dialogo con la Jurisprudencia N° 124, Lima, Enero del 2009. y “La Legalidad del Control del Empleador sobre el Correo Electrónico Asignado a sus Trabajadores” En Laborem N° 7 Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, Octubre del 2007.

Por útiles y/o herramientas de trabajo puede entenderse a todos los elementos puestos a disposición del trabajador por la empresa, directamente vinculados con la prestación de servicios, y a los que facilitan la misma.⁸

El Diccionario de Derecho Laboral de Guillermo Cabanellas⁹, precisa que las herramientas que la empresa les asigne, originan -para los operarios- los deberes de uso adecuado y el de custodia.

La legislación nacional no hace mayores referencias sobre los útiles y/o herramientas de trabajo, aunque el Proyecto de Ley General del Trabajo establecería explícitamente entre los deberes del trabajador el de cuidar y conservar en buen estado los instrumentos y útiles que se le hubieren proporcionado para ejecutar sus labores.¹⁰

En todo caso, la referencia legal expresa no resulta indispensable pues a partir del Principio de Buena Fe Laboral, se entiende que todo trabajador está obligado a dar un uso adecuado a los útiles y/o herramientas de trabajo que su empleador le proporcione. La legislación nacional –sin embargo– sí contempla la posibilidad de sanción, sea en virtud al inciso a) y/o al inciso c) del Art. 25° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL).

Los medios informáticos¹¹ que la empresa pone a disposición de sus trabajadores son, sin lugar a dudas, herramientas de trabajo y por tanto el uso razonable que se espera de ellas es únicamente con fines acordes a las labores encomendadas; en consecuencia -y como toda herramienta de trabajo- el uso de los medios informáticos está sujeto al establecimiento de condiciones y regulaciones de acuerdo a las disposiciones del empleador, a la fiscalización pertinente y la eventualidad de sanciones laborales.

Salvo en particulares actividades, el e-mail no es una condición de trabajo sino una herramienta de trabajo, la diferencia resulta importante pues siendo herramienta de trabajo, la regulación de su otorgamiento y uso depende –en principio– únicamente del empleador, en cambio si fuese una condición de trabajo, este instrumento sería exigible por los trabajadores.

Así, las condiciones de trabajo son necesarias e indispensables para el adecuado desempeño de las labores, resulta claro que en actividades riesgosas no es validamente posible que el trabajador realice sus labores sin contar con un adecuado equipo de protección personal; en cambio las herramientas de trabajo facilitan la ejecución del mismo y así resulta evidente que para una secretaria la asignación de una computadora le facilita las labores, pero no le resulta indispensable para trabajar

⁸ AGUT García, Carmen. Las facultades empresariales de vigilancia y control sobre útiles y herramientas de trabajo y otros efectos de la empresa. Revista Tribuna Social, Valencia, fascículo 163, año 2004. Pág.24-36

⁹ CABANELLAS de Torres, Guillermo. Diccionario de Derecho Laboral, Buenos Aires, Heliasta,1998.

¹⁰ Esto quedaría establecido en el inciso 10 del artículo 50° de la Ley General de Trabajo, siendo una norma sobre la cuál se ha alcanzado consenso en el Consejo Nacional de Trabajo.

¹¹ Dentro de estas herramientas de trabajo tendríamos –entre otras– a los teléfonos, telefax y celulares, las computadoras y todas sus partes integrantes y accesorias, las impresoras, fotocopadoras y escáneres, el acceso y navegación en Internet, las diferentes aplicaciones y recursos electrónicos que se puedan facilitar mediante –por ejemplo– una intranet institucional, las bases de datos, los programas, documentos, archivos y carpetas de archivos “colgados” –por ejemplo– en la red corporativa de la empresa y, desde luego, el correo electrónico como una herramienta de trabajo, hoy en día fundamental.

por lo que validamente podría prestar sus servicios con una maquina de escribir o una libreta y un lapicero.

Señala VALDÉS DAL-RÉ¹² que en su calidad de herramienta de trabajo (y no de condición de trabajo) y, por tanto, perteneciente al patrimonio de la empresa, la ordenación del uso de las nuevas tecnologías encuentra en los empresarios una fuerte resistencia a integrarse en el contenido de los convenios colectivos, pues las reglas de uso del utillaje productivo no han formado parte históricamente de las materias sujetas a negociación colectiva.

Tal como lo señala THIBAUT¹³ “el correo electrónico es una herramienta de trabajo de propiedad de la empresa (...) no cabe un derecho social al uso del e-mail laboral, en la medida en que, no lo olvidemos, ello puede significarle al empleador unos determinados gastos, además de tener repercusiones negativas sobre la prestación laboral de sus empleados”

Es claro entonces que, el empleador no esta obligado a proporcionar un e-mail a sus dependientes, ni a tolerar un uso personal del mismo y tiene la facultad de fiscalizar el adecuado uso que se le de a esta herramienta de trabajo. Sin embargo, la discusión jurídica continua sobre la legalidad de los mecanismos de control, las formas de acreditación de la infracción y la sanción adecuada y proporcional que puedan ejercerse.

IV. LA SITUACIÓN DE HECHO Y LAS FORMAS DE “CONTROL”.-

Un congresista estadounidense es sorprendido enviando correos electrónicos con propuestas sexuales a su practicante menor de edad; un trabajador español -de un importante banco alemán- es despedido en Barcelona por enviar 140 e-mails a sus amigos; un empleado de un banco estadounidense envía por “error” los datos de 1,300 clientes a una dirección electrónica equivocada; una secretaria -de un reconocido estudio de abogados limeño- es sancionada por usar el e-mail institucional para difundir cuestionables comentarios políticos en pasadas épocas electorales; un oficinista san isidriño -por error- envía un e-mail con “chistes” sumamente groseros y sexistas a todos los usuarios de la red (incluida la Gerencia); un funcionario de recursos humanos de una importante clínica limeña envía por email, a un representante de una AFP, los nombres, cargos y remuneraciones del personal sin autorización de ellos o del empleador; un ingeniero de una empresa industrial del Callao es detectado cuando por e-mail ofrecía a una empresa competidora información sensible de su empleador; un ejecutivo de Serpost acusado de enviar imágenes pornográficas a través del e-mail de la empresa a -por lo menos- uno de sus compañeros de labores.

Los ejemplos podrían ser tan numerosos y variados como la infinidad de posibilidades y recursos que nos ofrecen, hoy por hoy, el e-mail y la Internet. Las situaciones comentadas no son ejemplos académicos sino hechos de la vida real, que seguirán

¹² VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. En la presentación del especial monográfico “La utilización de los medios informáticos en la empresa” de la revista Relaciones Laborales N° 5-6, Madrid, Marzo del 2009.

¹³ THIBAUT ARANDA, Javier. “El uso del e-mail por los trabajadores y las facultades de control del empleador”. Ponencia presentada el 30 de marzo de 2001 en el Seminario “Poder informático e intimidad: límites jurídico- laborales y penales al control empresarial”, organizado por los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC. En: <http://www.uoc.es/web/esp/art/uoc/0109040/thibault-imp.html>.

produciéndose en tanto los medios informáticos de un empleador sean mal utilizados por sus dependientes.

Entonces, la situación de hecho es –en principio- tan simple como el que un trabajador utilice el correo electrónico asignado por su empleador con fines extra laborales, ello de por sí ya es una infracción laboral, tal como lo es hacer llamadas personales utilizando el teléfono de la empresa. Si ello amerita o no un despido u otra sanción más leve, deberá analizarse de forma casuística.

Ahora bien, del contenido de ese e-mail extra laboral podría –eventualmente- derivarse una segunda y quizás mas grave falta, como acoso o insultos a otros trabajadores, espionaje industrial, revelación de secretos o fuga de información sensible del empleador, competencia desleal, delitos informáticos, posesión o transmisión de pornografía infantil, etc. o quizás la verificación del bajo rendimiento o mala calidad de la prestación del servicio, cuando por ejemplo el trabajador se vincula con los clientes de la empresa vía e-mail.

El empleador, entonces, podría tomar conocimiento del mal uso que uno de sus trabajadores le viene dando al e-mail laboral, mediante “denuncia” de alguno de los destinatarios del e-mail, mediante un sistema de “control” informático permanente o mediante auditorias informáticas específicas para casos concretos.

Las empresas de cierta envergadura, suelen tener sus propios servidores de correo corporativos y asumen los costos que implican contar con las computadoras, el software apropiado, el programa de navegación y el de correo electrónico, el pago del derecho a usar el dominio que hayan establecido, la habilitación de las cuentas de e-mail asignadas a sus trabajadores, la arquitectura de la red empresarial (LAN), el mantenimiento de un servidor corporativo propio, el soporte técnico informático, la actualización y pago de licencias de todos ellos, los programas y herramientas antivirus, antispam¹⁴, Proxy¹⁵ y Firewall¹⁶, así como los filtros de seguridad necesarios, el pago del acceso a Internet que brinda el ISP¹⁷ y de ser el caso el pago adicional de la “data” es decir la infraestructura para lograr la conexión (CableNet o similares, ADSL, Red Telefónica, Fibra Óptica, etc.)

Desde el punto de vista técnico, pueden utilizarse una variedad de programas y filtros para “monitorizar” el e-mail asignado a los trabajadores; los servidores de correo corporativos –por los que debe pasar todo email antes de salir a Internet- pueden ser programados para casi todo lo imaginable: desde filtrar los correos, detectar las

¹⁴ SPAM es un término inglés utilizado para definir el envío indiscriminado de mensajes de correo electrónico no deseados. Normalmente se aplica a mensajes publicitarios que bombardean el correo electrónico del usuario que los recibe en contra de su voluntad. En Perú, la Ley N° 28493 se refiere al SPAM como comunicaciones comerciales, publicitarias o promocionales no solicitadas, realizadas por correo electrónico.

¹⁵ Servidor especial encargado, entre otras cosas, de centralizar el tráfico entre Internet y una red privada, de forma que evita que cada una de las máquinas de la red interior tenga que disponer necesariamente de una conexión directa a Internet. Algunos pueden contener al mismo tiempo mecanismos de seguridad que impiden accesos no autorizados desde el exterior hacia la red privada (como el firewall).

¹⁶ El firewall (cortafuegos) es un dispositivo que se coloca entre una red local e Internet y cuyo objetivo es asegurar que todas las comunicaciones entre los usuarios de dicha red e Internet se realicen conforme a las normas de seguridad de la organización que lo instala.

¹⁷ Internet Service Provider o “Proveedores de Internet”, compañías que han creado una conexión directa y permanente a Internet y que ofrecen la posibilidad de entrar en Internet a través de la señal que proveen.

keywords¹⁸, bloquear la salida o el ingreso de ciertos e-mails, registrar los títulos, documentos adjuntos, remitentes y destinatarios de los e-mails, hasta guardar copia del e-mail que se intenta enviar fuera de la empresa o hacerle llegar copia del mismo al Gerente General, etc.

Incluso, si este control no se hiciera a nivel del servidor de correo corporativo de la LAN de la empresa, eventualmente se podría hacer a nivel del Router¹⁹ del ISP –es decir el servidor gigante que maneja el ISP y al que llegan necesariamente todos los e-mails de los diferentes clientes del ISP antes de salir a Internet.

En Inglaterra, por ejemplo, un estudio²⁰ señala que el 55% de los empleadores encuestados controlaban el e-mail de sus trabajadores, mientras que otro estudio²¹ señalaba que el 75% de los directivos empresariales encuestados pensaba que controlar y filtrar las actividades de los trabajadores en Internet era absolutamente necesario. En Estados Unidos, la AMA²² en un estudio del año 2001 señaló que el 46.5% de los encuestados registran o controlan los e-mails de sus empleados. Mientras que la Fundación para la Privacidad publicó que la fuerza de trabajo “on-line”²³ en los Estados Unidos, en el 2001, era de 40.7 millones, de los cuales el 34% (14 millones) estaban sometidos a vigilancia continuada del correo electrónico²⁴.

Así, el control del e-mail laboral -que realiza la empresa- puede tener por fin:

1) Fin Preventivo o de Mantenimiento: evitar los perjuicios que causan los virus informáticos, evitar la sobrecarga de la red empresarial, evitar el exceso de capacidad de almacenamiento de las cuentas de correo o del servidor, etc. (lo cuál se puede llevar a cabo mediante un control externo de los e-mails y utilizando herramientas informáticas sin necesidad de ingresar a los contenidos)

2) Fin Organizativo: precisar la productividad individual de los trabajadores mediante la supervisión de su trabajo plasmado en e-mails y hacer un seguimiento de la correcta forma en que se brindan los servicios (por ejemplo, una adecuada atención al cliente cuando se da respuesta por e-mail para lo cuál es indispensable acceder al contenido del e-mail laboral)

3) Fin Fiscalizador: controlar de forma fiscalizadora y con afán disciplinario, el buen uso de las herramientas de trabajo a fin de aplicar sanciones a los infractores y/o reunir pruebas para sancionar diferentes faltas laborales (se trata de buscar, detectar

¹⁸ Palabras claves previamente determinadas (por ejemplo “pornografía infantil”) que al ser detectadas bloquean el ingreso o salida de un e-mail.

¹⁹ Dispositivo que distribuye el tráfico entre redes. La decisión sobre a donde enviar los datos se realiza en base a información de nivel de red y tablas de direccionamiento.

²⁰ Publicado en IRS Employment Trends, N° 703,2002 Pág. 5

²¹ Mencionado en la BBC News el 6 de Junio de 2001, Citado por Mark Jeffery En: Tecnología Informática y Privacidad de Los Trabajadores, monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, Navarra, Aranzadi, 2003, Pág. 122

²² La Asociación Empresarial Americana (AMA) estudia regularmente la gestión de recursos humanos en un grupo de empresas que en su conjunto emplean alrededor de una cuarta parte de la fuerza de trabajo de EE.UU.

²³ Se refiere a aquellos trabajadores que usan regularmente el correo electrónico o tienen acceso a Internet en el trabajo.

²⁴ Ambos informes son citados por Matthew W. Finkin En: Tecnología Informática y Privacidad de Los Trabajadores, monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, Navarra, Aranzadi, 2003, Pág. 281

y/o verificar situaciones irregulares para lo cuál es indispensable acceder al contenido del e-mail laboral)

V. LA LEGALIDAD DEL PROCEDIMIENTO.-

Resulta perfectamente claro que una cuenta de correo solicitada directamente por el trabajador a un proveedor de e-mail (con costo o no) y cuya dirección electrónica contenga un dominio diferente al del empleador, por ejemplo el popular Hotmail o Yahoo, es –sin lugar a dudas- un e-mail personal al que por ninguna razón podría tener acceso el empleador (ni en los datos externos del e-mail ni mucho menos en su contenido) así se haya ingresado a dicha cuenta desde una computadora de trabajo y usando la Internet de propiedad de la empresa.

Sin perjuicio de ello, el empleador validamente podría bloquear el ingreso a dicha web de correo electrónico personal, restringir y delimitar la navegación y el acceso de sus trabajadores a esa y otras determinadas web de Internet, evitando así el uso de cuentas de correo personales y navegación extra laboral, durante la jornada de trabajo, facultad del empleador sobre la cuál no existe mayor discusión en el derecho comparado.

En cuanto al email laboral (es decir el asignado por el empleador y que tiene un dominio que suele identificar a la empresa), siguiendo a TOYAMA²⁵, el acceso al contenido del correo electrónico debe ser el último medio a ser usado por el empleador para detectar una falta laboral, y es que –en principio- bastaría con ubicar los destinatarios, los nombres de los archivos adjuntos o el “asunto” del e-mail, para detectar un uso extra laboral del correo electrónico que ya de por sí resulta siendo una infracción laboral.

Así cuando no exista una intromisión en el contenido del e-mail, no se requerirá discutir sobre la necesidad o no del consentimiento o autorización del trabajador para la fiscalización o del requerimiento de una orden judicial.

Ciertamente en el año 2004 el TC Peruano, en la sentencia recaída sobre el expediente N° 1058-2004-AA/TC, conocido como el caso “SERPOST”, consideró que el trabajador que demandaba la acción de amparo, había generado cierto nivel de “*autodeterminación personal*” sobre el instrumento de comunicación “correo electrónico” que la empresa le había asignado, es decir se habría dado lo que aquí hemos llamado una “expectativa de privacidad” y esto fue así pues SERPOST carecía de una regulación interna sobre el uso del e-mail como herramienta de trabajo y no advirtió a sus trabajadores de los controles sobre las cuentas de correo electrónico.

Por tanto, consideramos que los criterios establecidos por nuestro TC (en los fundamentos 17, 18 y 21 de la sentencia) y la exigencia que se hace sobre iniciar un procedimiento judicial para poder acceder al e-mail asignado al trabajador, debería considerarse únicamente aplicable a casos de similares características al que motivo la sentencia, es decir, en los que el empleador no haya tenido una clara regulación sobre el uso de las TICs en la empresa y en consecuencia haya, negligentemente, permitido

²⁵ TOYAMA Miyagusuku, Jorge. Correo electrónico: entre la facultad de fiscalización, control del empleador y el derecho a la intimidad del trabajador. En: Dialogo con la Jurisprudencia N° 83, Agosto de 2005

que sus trabajadores tengan una razonable expectativa de privacidad sobre el uso que le vienen dando a sus e-mails laborales.

La obtención de la mencionada orden judicial –que nos exige el TC- para poder ejercer control sobre los e-mails asignados a los empleados, será ciertamente una odisea jurídica pues la Ley N° 27697, de desarrollo constitucional, regula la facultad de fiscales y jueces para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en casos excepcionales vinculados única y taxativamente a dieciséis delitos y sólo en el marco de una investigación penal, dejando fuera toda posibilidad a la investigación de una infracción laboral.

Por lo que en estas situaciones el empleador deberá limitarse a un control externo de los e-mails restringidos a remitentes y destinatarios, títulos y “*tamaño*” del e-mail, etc. pero nunca a su contenido.

Pero, en toda empresa donde haya existido o desde la fecha existan políticas y reglamentos de uso del correo electrónico, se advierta a los trabajadores sobre la existencia de los controles y se les informe sobre las infracciones y sanciones, no cabe tener una razonable expectativa de privacidad y sólo puede darse al e-mail el uso que el empleador haya establecido.

Por lo que consideramos, con criterio similar al del Tribunal Supremo Español, que en las empresas donde gracias a sus claras políticas y regulaciones, no cabe tener una razonable expectativa de privacidad, podrá hacerse un control no sólo externo sino también de contenidos sobre el e-mail asignado a los trabajadores, pero para que sea válido que el empleador pueda llevar a cabo estos controles y eventualmente pueda aplicar sanciones a sus trabajadores, el Empleador tendría que:

- ◆ Debe contar con una clara política de uso de las TICs de la empresa y comunicársela a los trabajadores, definiendo allí los usos, mecanismos, procedimientos, restricciones, etc. que sean aplicables a las TICs de acuerdo a la política de la empresa.
- ◆ Deberá precisar en los contratos de trabajo y/o en el Reglamento Interno de Trabajo, que el e-mail asignado es una herramienta de trabajo de uso exclusivo para fines laborales y señalar las restricciones, prohibiciones y sanciones aplicables por el mal uso del e-mail institucional haciendo referencia a la política de uso de las TICs de la empresa.
- ◆ Deberá alertar a los trabajadores sobre la existencia de los controles, sus mecanismos y sus fines, procurando que estos sean controles mecanizados permanentes, aplicables a la totalidad de trabajadores o a aquellos escogidos de forma aleatoria y sin ningún ánimo discriminatorio.
- ◆ Deberá procurar utilizar prioritariamente los mecanismos técnicos que permitan un control automatizado antes que un control manual, dando prioridad a un control externo de los e-mails para sólo acceder al contenido de aquellos considerados realmente “*sospechosos*”.
- ◆ Deberá procurar contar con un servidor de correo propio y asistirse por personal especializado a fin de llevar a cabo auditorías informáticas serias y confiables.
- ◆ Cuando realice auditorías específicas, deberá realizarlas en presencia del trabajador afectado y de ser el caso en compañía de un representante sindical, algún otro trabajador como testigo y/o un notario público.

Así, desde nuestro punto de vista y sin apartarnos de lo dispuesto por nuestro TC, consideramos que será la *razonable expectativa de privacidad* que validamente pueda generarse en el trabajador, el elemento que determine en que casos el empleador pueda proceder al control del e-mail laboral en virtud a sus solas facultades o cuando deberá cumplirse con lo exigido por nuestro TC.

VI. LA TIPICIDAD DE LA INFRACCIÓN.-

Como hemos señalado, resulta indispensable que los trabajadores estén advertidos, previamente, sobre la existencia de los controles y se les informe sobre las infracciones y sanciones, sólo así se podrá argumentar validamente que no cabe que los trabajadores tengan una razonable expectativa de privacidad al hacer uso indebido del e-mail laboral.

Por ello, consideramos que un empleador diligente debería asesorarse en materia legal laboral y técnica informática y hacer referencia al uso del e-mail laboral (y demás medios informáticos) hasta en tres instrumentos: Una cláusula contractual (cuando exista contrato de trabajo por escrito), un documento interno sobre las políticas y regulaciones de uso de las TICs de la empresa y en el reglamento interno de trabajo.

Los usos indebidos del email laboral deberán entenderse, por tanto, como una infracción a las políticas de uso de las TICs, cuya inobservancia resulte en un incumplimiento contractual y la sanción se encuentre tipificada en el reglamento interno de trabajo.

El eventual despido de un trabajador motivado por el uso irregular del email laboral podría basarse, en consecuencia, en la causal de "*incumplimiento injustificado de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral y/o la inobservancia del reglamento interno de trabajo*", falta prevista en el literal a) del artículo 25° de la LPCL, así como la causal de "*uso indebido de bienes o servicios del empleador en beneficio propio o de terceros*", falta prevista en el literal c) del artículo 25° de la LPCL.

Pudiendo derivarse otras causales de despido, a partir de la fiscalización del e-mail, como, por ejemplo, la de proporcionar información reservada del empleador a terceros, falta grave tipificada en el literal d) del artículo 25° de la LPCL.

VII. LA PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN.-

Al detectarse un uso indebido del e-mail laboral, partiendo del supuesto de la existencia de un adecuado procedimiento de control del uso del mismo y de la inclusión de su uso indebido como falta grave en el Reglamento Interno de Trabajo, el empleador podrá aplicar las sanciones correspondientes, teniendo en consideración los principios de razonabilidad y proporcionalidad, es decir, que exista un equilibrio entre la falta cometida y la sanción aplicada, lo cual se determinará en cada caso concreto.

NÚÑEZ²⁶ señala: El caso de la indebida utilización de la correspondencia electrónica en materia laboral debe analizarse sobre el caso particular, siendo muy arriesgado el establecer sanciones predeterminadas para ciertos casos por la variedad de posibles faltas que se pueden presentar y la configuración que les da el empleador, dado que no será lo mismo que, un trabajador remita pornografía a sus amigos, que un profesor de educación primaria remita pornografía a sus alumnos. En ambos casos, el hecho es el mismo (remisión de pornografía) siendo que en el segundo caso el tema se agravaría, dado que el remitente es un profesor y los destinatarios sus alumnos, y ello sí ameritaría el despido.

Por ello, creemos que sólo un uso *irregular, abusivo y desproporcionado* del e-mail laboral podría sustentar una medida disciplinaria como el despido; así creemos que será *irregular* todo uso extra laboral y/o contrario a las políticas sobre uso de las TICs de la empresa o que infrinja el Reglamento Interno de Trabajo; será *abusivo* un uso del e-mail que cause perjuicios de cualquier tipo al empleador o que en cuanto a su contenido resulte inaceptable y será *desproporcionado* un uso del e-mail laboral que exceda los razonables límites de tolerancia que pudiese haber fijado el empleador o que por sus características de número, tamaño, etc. resulte exagerado y reprochable.

Entendiéndose que la "tolerancia" del empleador frente a algunos usos extralaborales del e-mail no genera un derecho a su uso social y personal, siendo potestad del empleador perdonar o sancionar la falta, siempre ciñéndose a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, no pudiéndose alegar luego que se haya generado una "costumbre" dentro de la empresa que impida al empleador sancionar lo que de por sí es un acto irregular.

Los casos menos graves tendrían que ser sancionados con amonestaciones o suspensiones y creemos válido que se tomen medidas organizativas a fin de que técnicamente se puedan hacer modificaciones de control y restricción sobre el e-mail de trabajadores infractores. Consideramos que sería válido también sancionar de formas más graves las conductas reincidentes luego de las advertencias o sanciones previas.

VIII. EL RIESGO DE DESPDIR POR USO IRREGULAR DEL EMAIL LABORAL.-

Hay que resaltar (y advertir) que la discusión sobre la viabilidad de un despido motivado en el uso irregular del email laboral no es pacífica y como ya se ha mencionado, el debate jurídico se da con mayor fuerza en cuanto a la legalidad del "control" que pueda o no ejercer el empleador sobre el contenido de los email de los trabajadores.

Por un lado existen quienes sostienen que el ejercicio de la vida privada dentro del ámbito de la relación laboral, implica que el trabajador extiende parte de su "privacidad" sobre algunas facilidades que el empleador le otorga y las hace (o siente) "suyas"; por lo que tendría que poderse dar un "uso social" al correo electrónico asignado a los trabajadores, como un medio de comunicación que pueda usarse de forma privada para fines extra laborales y que en consecuencia su uso con fines

²⁶ NÚÑEZ PAZ, Sandro Alberto. ¡Alerta: tienes un e-mail! La facultad fiscalizadora y la inviolabilidad de las comunicaciones. En: Revista Actualidad Laboral, Octubre 2004, Pág. 23

personales quedaría protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones privadas.

Llegando –incluso- a señalarse que se requeriría de autorización del trabajador para que el empleador pueda ejercer cualquier tipo de control o fiscalización sobre el e-mail que la empresa le ha asignado y que cualquier tipo de autorización general o previa a la situación concreta resultaría en ilegal pues sería una “renuncia de derechos”.

Aunque no consideramos necesaria la “autorización” del trabajador para el control del e-mail que se le asignó, cabe señalar que si esta se diera no podría hablarse de la “renuncia de un derecho” pues el trabajador no está renunciando a su posibilidad de mantener comunicaciones privadas con quiénes guste, ni renuncia al secreto de estas, sino que se está comprometiendo a no dar un uso personal (y por tanto inadecuado) a una herramienta de trabajo, pudiendo validamente sostener comunicaciones privadas a su costo, por sus propios medios y fuera del horario y/o el centro de trabajo.

Según la posición de esta parte de la doctrina, el trabajador ingresaría a la empresa con un derecho a la “comunicación social extra laboral”, protegida por el secreto y la privacidad, factible de ejercerse en las instalaciones de trabajo, durante el horario de trabajo y haciendo uso –para ese fin- de las herramientas de trabajo o los bienes del empleador (y bajo el costo de este) quien no podría oponerse a tal situación, ni controlarla, fiscalizarla o sancionarla pues ello limitaría las posibilidades de desarrollo de la vida privada del trabajador en la empresa, sus posibilidades de comunicación y finalmente se terminaría violando el secreto de las comunicaciones privadas, al momento del procedimiento de acumulación de pruebas de lo que el empleador consideraba una infracción.

Frente a ello, estamos quienes sostenemos que realizar un control empresarial del correo electrónico asignado a los trabajadores –en sus aspectos exteriores y su contenido- de forma legal, razonable, proporcional y sin afectar ningún derecho constitucionalmente protegido, es posible en virtud a la sola facultad de fiscalización del empleador (sin requerir una orden judicial como lo ha señalado nuestro TC).

Esto es así en tanto el e-mail institucional es una herramienta de trabajo fiscalizable como cualquier otra; el uso indebido del e-mail con fines extra-laborales implica no sólo un aprovechamiento desleal de los recursos de la empresa, sino también un perjuicio al empleador por las horas acumuladas de improductividad, así como diversos perjuicios que eventualmente pudiesen derivarse del mal uso del correo electrónico asignado a los trabajadores; la facultad del empleador para poder ejercer tal control deriva del poder de dirección, fiscalización y sanción del empleador (Art. 9° de la LPCL) los cuales son una expresión de su derecho fundamental a la libertad de empresa (Art. 59° de la Constitución) y en consecuencia, el empleador tiene reconocida la facultad legal de sancionar las situaciones de un uso indebido del e-mail en virtud al literal a) y c) del artículo 25° de la LPCL.

Y es que amparar que un trabajador mal utilice el argumento del secreto de comunicaciones “*privadas*” para obstruir la probanza de una infracción laboral es una situación de Abuso de Derecho²⁷, siendo que NO existe el mal llamado “*derecho*” a un

²⁷ Entiéndase la figura del *Abuso de Derecho* como la que comete el titular de un derecho subjetivo cuando actúa de modo tal que su conducta concuerda con la norma legal que concede la facultad, pero que resulta contraria a la buena fe, la moral, las buenas costumbres, o los fines sociales y económicos del derecho.

"uso social" de la herramienta de trabajo correo electrónico –ni de ninguna otra- por parte de los trabajadores.

El Tribunal Constitucional Peruano²⁸, la Cour de Cassation Francesa²⁹, el Tribunal de Trabajo de Bruselas³⁰ y otros, se han pronunciado en contra de la facultad de control y fiscalización del empleador sobre el email laboral asignado a sus trabajadores.

Los Jueces de Estados Unidos³¹, Argentina³², Uruguay³³ y Costa Rica³⁴, así como el Tribunal Supremo Español³⁵, la Dirección de Trabajo de Chile³⁶, entre otros, se han pronunciado a favor del control empresarial del e-mail asignado a los trabajadores.

En consecuencia, el debate sobre la facultad de control y el despido que, en virtud, a ella pudiese darse, ha sido, es y –seguramente- seguirá siendo un tema en constante discusión y evolución.

Lo cierto es que nuestro Tribunal Constitucional (equivocado o no) ha señalado ya el principal precedente que sobre la materia existe en el país y por tanto debe cumplirse, pero para ello se hace necesaria una re-interpretación de sus criterios que resulte acorde a la realidad de las relaciones laborales.

Frente a la sentencia del TC en el caso "serpost" y su exigencia de contar con una orden judicial antes de verificar el contenido de un email asignado a un trabajador, los empleadores (y sus asesores legales) tendrán que optar entre, cuando menos, estas opciones para enfrentar el uso irregular del email laboral de sus trabajadores:

1. NO controlar los contenidos de los emails laborales.
2. Solicitar a los trabajadores una autorización expresa para controlar sus cuentas de correo electrónico, en cada oportunidad en que se pretendan realizar auditorías informáticas (y depender de la voluntad del trabajador de autorizar o no ello)
3. Establecer un email interno (no fiscalizable) que sólo comunique a los trabajadores entre sí y establecer que sean ellos quienes deban solicitar autorización por cada email que quieran enviar fuera de la empresa (condicionado a fiscalización).
4. Establecer, como hemos sugerido, cláusulas contractuales, políticas de uso, regulaciones en el reglamento interno de trabajo y, de ser posible, convenios

²⁸ El Tribunal Constitucional resuelve un caso de despido por uso indebido del e-mail en el Exp. 1058 - 2004-AA/TC, conocido como caso "Serpost"

²⁹ La Cour de Cassation resuelve un caso de despido por uso indebido del e-mail en su sentencia del 2 de octubre de 2001, conocido como caso "Nikon"

³⁰ Sentencia del Tribunal de Trabajo de Bruselas del 2.05.2000 citada por Oviedo, Maria Natalia. Control empresarial sobre los e-mails de los dependientes, Buenos Aires, Hammurabi, 2005. Pág. 249 y sgtes.

³¹ Véase las resoluciones judiciales en los casos: Fraser v. Nationwide Mutual Ins. Co., Smith v. Pillsbury Co., Restuccia v. Burk Technology Inc., Bonita P. Bourke v. Nissan Motor Co., Steve Jackson Games Inc. v. United States, United Sates v. Reyes, Egle Investment Systems Co. v. Einar Tamm, McLaren Jr. v. Microsoft Co., entre otras.

³² Véase la sentencia del 27 marzo del 2003 de la Sala VII de la Cámara Laboral de la Ciudad de Buenos Aires

³³ Véase la Sentencia N° 312 del 26 de agosto de 2004, del Tribunal de Apelaciones del Trabajo.

³⁴ Véase el voto de minoría en el fallo de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia (Expediente No. 02-300243-641-LA Ordinario Laboral de Paola Melissa Barboza Quirós contra Baxter Productos Médicos Limitada)

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo Español del 26 de septiembre de 2007.

³⁶ Véase el Ordinario 0260/0019, de fecha 24 de enero de 2002, de la Dirección del Trabajo de Chile.

colectivos que permitan argumentar que no es válida una razonable expectativa de privacidad al hacer uso indebido del e-mail laboral y en virtud de ello ejercer los controles y aplicar las sanciones. Pudiendo fijarse márgenes de tolerancia respecto a ciertos usos no sancionables o estableciendo alguna especie de "cabina pública", dentro de la empresa, desde la cual se pueda usar emails personales.

Proponemos pues, con respaldo legal y en base a jurisprudencia y legislación de derecho comparado, una ampliación y re interpretación del criterio de nuestro TC que creemos resulta sólo aplicable a supuestos donde, como en caso Serpost, el trabajador se haya generado una expectativa de privacidad, pero no exigible en las empresas que han sido diligentes sobre el control de sus medios informáticos.

Pero somos conscientes, que aunque nuestra posición es coherente y defendible jurídicamente, para los empleadores peruanos –en el contexto actual- podría ser un riesgo aplicar un despido motivado en el uso irregular del email laboral asignado a un trabajador.

Se requerirá, pues, de un empleador que gravemente afectado por el uso indebido del email laboral, este dispuesto a sostener los argumentos jurídicos que defiendan sus facultades de control y sanción, hasta procurar un nuevo pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional.