

Efectos legales de la utilización indebida de los servicios de INTERNET propios del empleador por parte del trabajador

Fernando Elías Mantero

Doctor en Derecho (UNMSM 1973). Asociado Honorario de la SPDTSS.

Sumario

1. Introducción. 2. El servicio de INTERNET. 2.1 Formas de acceso a los diversos servicios que se dan a través del INTERNET. 2.2. Objeto de la utilización del INTERNET por parte de los empleadores. 2.3. Razones que justifican el interés del empleador de controlar el acceso al INTERNET por parte de sus trabajadores. 2.4 Formas de regulación del comportamiento laboral del trabajador con relación al acceso al INTERNET. 2.5 Reglas de aplicación para el ejercicio de las facultades disciplinarias del empleador con respecto a la utilización indebida del INTERNET. 2.6 Derecho del empleador de regular el acceso al INTERNET. 2.7 Posibilidad de los empleadores de restringir técnicamente el acceso o uso de INTERNET. 2.8 Modalidades de utilización indebida de los servicios de INTERNET por parte del trabajador. 3. El Correo Electrónico. 3.1 Derechos constitucionales que protegen el correo electrónico del trabajador. 3.2 Marco legal. 3.3 Consecuencias para el trabajador de la utilización indebida del INTERNET. 3.4 Derecho del empleador de fiscalizar la utilización del INTERNET por parte del trabajador. 3.5 La utilización de los servicios de INTERNET del empleador por parte de las organizaciones sindicales. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía

Sumilla

El ensayo analiza las implicancias legales de la utilización indebida de los servicios de INTERNET del empleador por parte del trabajador estableciendo las reglas de compatibilidad con derechos fundamentales del trabajador como son el derecho a la reserva de sus comunicaciones personales y la irrenunciabilidad de los derechos laborales.

1. INTRODUCCIÓN

La utilización cada vez más creciente del INTERNET por parte de los empleadores para el cumplimiento de sus fines empresariales y el acceso a este sistema de comunicación e intercambio de información por parte de la ciudadanía en general y de los trabajadores en particular, viene generando nuevas conductas y comportamientos que el derecho debe regular, en algunos casos aplicando criterios ya establecidos para situaciones similares y en otros creando nuevas fórmulas.

El tema es relativamente nuevo y por lo tanto recién ha comenzado a esclarecerse y regularse, al comienzo con cierta lentitud, y posteriormente con más rapidez, ya que conforme los estudiosos se dan cuenta de la falta de regulación se abocan a ello de manera intensiva. Esto es lo que a sucedido en los últimos años, lo que ha sido motivado en parte por la jurisprudencia principalmente la extranjera, que a falta de una regulación expresa, ha comenzado a crear normas especiales que resuelvan los casos que se vienen presentando, que a su vez van activando la participación del legislador.

Interrogantes:

La situación actual del tema origina una serie de interrogantes que resulta necesario esclarecer. Entre ellas las más importantes están dirigidas a determinar:

- 1) ¿Si el acceso a INTERNET en las instalaciones del empleador es un derecho que le corresponde al trabajador en su calidad de tal o si es una potestad del empleador que puede ejercer sin restricción de ninguna clase, o si tiene restricciones y de qué naturaleza?
- 2) ¿Si el referido acceso por parte del trabajador puede originar sanciones o consecuencias jurídicas para el trabajador, cuando no ha sido autorizado o se encuentra prohibido expresamente por el empleador? o se realiza de una manera diferente a la regulada por éste.
- 3) ¿Cuál es el marco legal para determinar las consecuencias de una utilización indebida de los servicios de INTERNET por parte del trabajador? y cuales son las reglas para la aplicación de eventuales sanciones disciplinarias?

- 4) ¿Si el empleador tiene derecho a vigilar o revisar las comunicaciones del trabajador originadas desde el centro de trabajo y en horas de trabajo y si puede utilizar mecanismos de control y de registro de tales comunicaciones, así como en general revisar el contenido de los equipos que le entrega al trabajador exclusivamente para la ejecución de su trabajo? o eventualmente desaparecer la información que encuentra en los mismos.
- 5) ¿Si las organizaciones sindicales tienen derecho a utilizar los servicios del empleador para ponerse en contacto con sus afiliados y los trabajadores de la empresa en general o para dirigirse a los trabajadores de la empresa exponiendo lo relacionado a su actividad? Sobre todo a la dirección de correo proporcionada por el empleador.
- 6) Si los empleadores pueden efectuar controles en las computadoras (ordenadores)¹ de sus trabajadores y en caso de ser la respuesta afirmativa ¿Cuáles son las condiciones para hacerlo?
- 7) ¿Cuáles son los límites que tiene el trabajador para utilizar el correo electrónico del empleador y si éste puede fiscalizar las comunicaciones del trabajador que se encuentran en el servidor de la empresa para verificar su correcta utilización?

En el curso del presente análisis trataremos de responder algunas de las mencionadas preguntas.

Importancia del tema

El tema resulta importante si se tiene en consideración que la utilización del INTERNET por parte de los empleadores es cada vez mayor y que a su vez los trabajadores hacen uso de dicho servicio muchas veces desde el propio centro de trabajo y en horas de trabajo.² Se han desarrollado inclusive programas de software

¹ Debe tenerse presente que el vocablo "ordenador" que es el aceptado en muchos países de habla latina no tiene mayor acogida en nuestro medio en el cual se le menciona como "computadora" " computador" o "PC".

² Existe una tendencia cada vez mayor de recurrir al sistema inalámbrico.

que le permiten al usuario esconder rápidamente el contenido de la pantalla para que no se pueda detectar el tema que exhibe. Lo que significa que en muchos hay conciencia que se trata de una conducta que no es correcta y con la cual el empleador no está de acuerdo. También existen otros que están dirigidos a limitar el acceso al INTERNET o registrar su uso a través de un registro detallado de los lugares a los que se "visita". De otro lado existen interesantes artículos sobre la "adicción" que crea el uso de INTERNET en determinadas personas que las conduce a dedicarle una gran cantidad de tiempo a la "navegación" o al intercambio o al "Chat" dentro de la gran red de comunicaciones.

En un artículo denominado "Filtros de Contenido"³, dedicado justamente a los diversos mecanismos para restringir, controlar o prohibir el acceso a INTERNET, se nos proporciona diversa información que corrobora algunos aspectos del presente análisis. Entre la información proporcionada se encuentra la siguiente:

- a) Que el 70 por ciento de las visitas a páginas web relacionadas con la pornografía tienen lugar dentro de la jornada de trabajo.
- b) Más del 70% de las compras a través de INTERNET o el envío y recepción de archivos ejecutables se realizan desde la oficina.
- c) "Que el acceso de los trabajadores a páginas web que no tienen nada que ver con su actividad laboral supone a la empresa unas pérdidas aproximadas de dos mil dólares por empleado al año".

La jurisprudencia internacional que se ha venido generando en los últimos años no hace sino ratificar la existencia de estas tendencias y los esfuerzos para sancionarla. Adicionalmente se van creando una serie de criterios que necesariamente se tendrán que tomar en consideración para calificar estas situaciones.

Se trata entonces de una forma de conducta que se presenta universalmente y que se origina en nuevas situaciones. También se está dando dentro de nuestro medio en forma progresiva aunque como es fácil comprobar no existen mayores pronunciamientos jurisprudenciales y los que hay no proporcionan elementos sufi-

³ Yolanda Sánchez, revista PC World Perú de fecha 7 de febrero de 2001 (p. 25) al que se puede acceder por INTERNET (www.elcomercioperu.com.pe/pcworld).

cientes para dilucidar el tema que se mantiene todavía dentro de la elucubración doctrinaria.

2. EL SERVICIO DE INTERNET

2.1 Formas de acceso a los diversos servicios que se dan a través del INTERNET

El acceso a los servicios de INTERNET se lleva a cabo fundamentalmente por medio de tres vías:

- a) A través de las líneas telefónicas convencionales y;
- b) Mediante las líneas dedicadas (que pueden o no utilizar el cable telefónico o similares);
- c) Por medio de la comunicación inalámbrica⁴.

En el primero de los casos el usuario generalmente sufraga un costo proporcional al tiempo de utilización de éste o duración de la llamada, mientras que en el segundo lo usual es que la tarifa sea "plana", que consiste en la realización de un solo pago -generalmente mensual- por el derecho de acceso, lo que significa que el costo no se incrementa en función del uso o tiempo de utilización, estando sustentadas las diferencias tarifarias en el llamado "ancho de banda". El sistema de tarifa plana a su vez está sustituyendo en su mayor parte al de consumo por tiempo o figuras similares.⁵

También, existe un costo adicional que se da por el hecho de tener la computadora encendida (lo que implica un consumo de energía eléctrica) y un eventual -aunque mínimo desgaste de las piezas.

⁴ Existe una tendencia cada vez mayor de recurrir al sistema inalámbrico y para los efectos de este comentario de asemeja a la reseñada en el punto b), no obstante que este forma de acceder a INTERNET puede originar situaciones especiales.

⁵ En la práctica la primera modalidad se da más a nivel domiciliario mientras que la segunda es más aceptada en el plano empresarial que necesita mayor cantidad de comunicaciones y una conexión permanente a INTERNET.

2.2. Objeto de la utilización del INTERNET por parte de los empleadores

No obstante que la utilización del INTERNET puede tener muchas finalidades específicas, su campo de uso -sobre todo en la actividad empresarial-, está dirigido principalmente a la obtención de información (caso de los periódicos, centros de educación, trabajo profesional o de naturaleza similar) y para la transmisión de información en sustitución del correo tradicional, así como la comunicación institucional y comercial. Este sistema además de revolucionar las comunicaciones está eliminando o reduciendo ciertos trabajos (como es el caso del mensajero o "portapliegos") y obligando a cierto sector de trabajadores a dominar la utilización del ordenador -principalmente ejecutivos que trabajan directamente su información muchas veces concluyendo la actividad de apoyo de las secretarías-. La característica principal de las comunicaciones por vía del INTERNET es la celeridad en su realización. Además, da acceso a formas tradicionales de comunicación (caso del correo electrónico), así como modalidades especiales como es la video conferencia, la comunicación verbal y la transmisión de música, fotografías y videos,

Independientemente del objetivo antes señalado no se puede dejar de considerar que otra utilización de gran importancia de los servicios que se dan a través del INTERNET es la comunicación personal (correo electrónico, video conferencia o comunicación instantánea-chat) utilizándose también con fines de entretenimiento.

Otra situación que es fácil de comprobar en la vida real se deriva de la circunstancia que por razones de racionalización laboral un número cada vez más amplio de trabajadores desarrolla su actividad laboral en torno a la computadora que no solo utilizan para el desempeño de sus labores, sino también para comunicarse con los demás trabajadores o terceros. Tanto dentro como fuera de la empresa. El uso del INTERNET se generaliza también por el desarrollo del comercio internacional y por la misma globalización empresarial y la existencia de grandes corporaciones que llevan a cabo su actividad en una gran cantidad de lugares situados en lugares diferentes. Asimismo contribuye al uso generalizado el desplazamiento de las personas a diversas partes del mundo con una facilidad nunca vista que impulsa a las comunicaciones dentro de un ámbito que no conoce fronteras ni distancias y que ha sido llamado con mucha precisión como "espacio virtual".

En lo que se refiere al proceso de obtención de información a través del correo electrónico se puede recibir correspondencia múltiple de listas de interés, boletines informativos y revistas electrónicas. También, se hace uso de la "navegación", que

implica permanecer conectado al sistema durante determinados períodos de tiempo que pueden ser más o menos prolongados, para acceder a diversas páginas web en las que aparece toda clase de información de relevancia laboral o personal⁶. Usualmente la "navegación" esta dirigida a la búsqueda de información o se realiza con fines exclusivamente recreativos y de entretenimiento.

2.3 Razones que justifican el interés del empleador de controlar el acceso al INTERNET por parte de sus trabajadores

Se han encontrado una pluralidad de fundamentos que justifican el interés del empleador de controlar el acceso a INTERNET de sus trabajadores. Esta situación se da cuando existe prohibición total o parcial y puede estar referida a una de varias situaciones como podrían ser:

La prohibición de acceder al INTERNET de una computadora que tenga acceso a dicho sistema, pero cuyo uso le haya sido prohibido expresamente al trabajador.

La prohibición de acceder a ciertos servicios de INTERNET por disposición del empleador.⁷

La utilización de la computadora para ingresar al INTERNET con un instrumento propio (Sistema de acceso autónomo de propiedad del trabajador como es el caso del Wi-max que es transportable).⁸

Las razones que justifican la decisión del empleador se pueden señalar:

⁶ Se han realizado numerosos estudios para determinar los efectos del acceso a INTERNET de determinadas personas. Ya se habla de una posible "adicción" al INTERNET que conduce a que determinadas personas permanezcan en proceso de navegación o accediendo al correo electrónico constantemente y por períodos prolongados de tiempo.

⁷ Esto podría darse por ejemplo cuando permite el correo electrónico pero no la comunicación instantánea (chat)

⁸ El sistema Wimax le permite al trabajador tener su propio sistema de acceso al INTERNET (ajeno al del empleador). En teoría podría ser utilizada conectando el MODEM portátil al ordenador proporcionado por el empleador o llevando el trabajador su propio sistema y eventualmente su propio ordenador. En este caso la infracción que pudiera cometer sería una diferente por estar desarrollando actividades ajenas al trabajo durante el tiempo de trabajo.

1. En la posibilidad de cargar el ancho de banda asignado lo que hace más lentas las comunicaciones.
2. El riesgo de infectar la máquina o red con virus informáticos con los efectos consiguientes (destrucción de archivos, desaparición de la información que se encuentra en el disco duro).
3. Desgaste innecesario del ordenador.
4. Mayor consumo de energía.
5. Descuido por distracción de las actividades del trabajador y falta de dedicación al trabajo encomendado. Baja de rendimiento y situaciones similares.
6. La responsabilidad vicaria que le pudiera surgir al empleador como consecuencia de la utilización indebida de los servicios informáticos por parte de su trabajador.⁹
7. La posibilidad que el trabajador haya cargado software no autorizado cuyo uso podría generarle al empleador la aplicación de una multa por concepto de violación de las normas sobre propiedad intelectual del soporte informático no autorizado que podrían generar responsabilidad legal de diversa naturaleza.

No está demás señalar que muchas veces el nombre o imagen del empleador está vinculado al correo electrónico de sus trabajadores. Ello se da cuando en el nombre de dominio aparece la razón social o denominación del empleador, de tal forma que todo correo que remiten sus trabajadores de una u otra forma constituye una proyección de la imagen de la empresa, ya que se identifica con ésta.

⁹ Esta situación se podría dar por ejemplo con la difusión masiva de correo no solicitado (spam), o la distribución de virus informáticos o situaciones similares.

2.4 Formas de regulación del comportamiento laboral del trabajador con relación al acceso al INTERNET

El empleador debe expresar su posición con respecto a la utilización del INTERNET de manera clara a fin de estar en aptitud de aportar eventualmente la prueba de la existencia de la prohibición y las sanciones aplicadas por su incumplimiento. Lo normal es que tal regulación se encuentre fijadas en órdenes verbales o escritas (siendo recomendable estas últimas por consideraciones de probanza). También lo podría estipular en los convenios individuales - y eventualmente colectivos de trabajo-, siendo lo usual que tales políticas se expresen en los reglamentos de trabajo.

El empleador deberá estar en aptitud de demostrar eventualmente que puso las reglas de uso del INTERNET en conocimiento del trabajador, por lo que sería recomendable que el instrumento que contenga la notificación se hubiera entregado con cargo.

Estas políticas podrían estar también publicadas en el intranet de la empresa.

En caso de no existir las mencionadas políticas podrá darse la existencia de la falta laboral en la medida que la conducta de trabajador pueda “encajar” genéricamente como incumplimiento de las obligaciones del trabajador. En caso de no darse esta situación la eventual imputación de un eventual incumplimiento de las órdenes del empleador estará subordinada a la existencia de una prohibición expresa.

2.5 Reglas de aplicación para el ejercicio de las facultades disciplinarias del empleador con respecto a la utilización indebida de los servicios de INTERNET

El incumplimiento por parte del trabajador de las obligaciones impuestas por el empleador con respecto a la utilización de los servicios de INTERNET no constituye una excepción a las reglas que regulan el ejercicio de la potestad disciplinaria por parte del empleador. Es así como cada situación concreta que se presente se tendrá que resolver sobre la base de los principios que rigen la aplicación de las sanciones disciplinarias a cualquier situación de incumplimiento de obligaciones laborales. Serán de aplicación por lo tanto los principios de tipicidad, proporcionalidad, razonabilidad, buena fe etc. Será entonces la gravedad de la falta en cada caso particular la que determine la eventual sanción disciplinaria a ser aplicada sin

que existan reglas especiales para este tipo de infracciones.¹⁰ Una de estas (la de tipicidad sancionatoria) ha sido objeto de mención en la sentencia del Tribunal Constitucional dictada una Acción de Amparo seguida contra SERPOST.¹¹

2.6 Derecho del empleador de regular el acceso a INTERNET

El acceso a INTERNET en las instalaciones del empleador puede ser regulado por éste de la forma que estime conveniente teniendo en cuenta que esta utilización puede significarle determinados gastos o generarle eventuales riesgos. (Lo primero se da básicamente cuando el acceso es a través de la red telefónica básica dentro de un sistema de tarifa variable relacionado a su uso. Existe además otra razón por la cual puede hacerse necesaria dicha regulación cual es *el tiempo que el trabajador le puede dedicar al acceso a INTERNET dentro de la jornada de trabajo* que si no es para fines autorizados implica la utilización del tiempo de dicha jornada para la realización de actividades personales del trabajador y atenta contra el cumplimiento de las obligaciones que el contrato de trabajo le impone al trabajador. La situación sería más grave cuando dicho uso se realiza dentro de una jornada extraordinaria de trabajo por la que se percibe una remuneración adicional o con recargo, o cuando ella se hace necesaria cuando el trabajador no puede concluir su trabajo justamente por su dedicación al INTERNET, o también cuando sin conocimiento del empleador decide permanecer en el centro de trabajo para hacer uso de dicho servicio generando la presunción de trabajo extraordinario.¹²

¹⁰ Debemos recordar que las faltas son graves, intermedias y leves. Cada una de ellas dará lugar a determinado tipo de sanción (sanción grave, intermedia y leve)

¹¹ Uno de los considerandos de dicha resolución ha señalado: "Un segundo aspecto que en cierta forma es consecuencia del anterior (solo en tanto se asuma la veracidad de los cargos imputados) tiene que ver con la intensidad de la sanción que, a estos efectos, tampoco resulta la adecuada. Si, conforme lo establece el artículo 108° del Reglamento Interno de Trabajo, son cuatro los tipos de medidas disciplinarias: amonestación verbal, amonestación escrita, suspensión temporal sin goce de remuneraciones y despido, y las mismas deben ser aplicadas tomando en cuenta los hechos, la gravedad de las faltas y los antecedentes del trabajador, resulta absolutamente desproporcionado e irrazonable, por decir lo menos, que, por los hechos denunciados, se proceda de inmediato y sin elemento de ponderación, a aplicar al recurrente la más grave de las medidas sancionatorias. Tal circunstancia, a juicio de este Colegiado, tergiversa los alcances del debido proceso, no solo en términos formales, sino fundamentalmente sustantivos".

¹² El Art. 7° del D.S.04-2066-TR en su versión modificada por el D.S. 011-2006-TR, señala: "Si el trabajador se encuentra en el centro de trabajo antes de la hora de ingreso y/o permanece después de la hora

La facultad del empleador de regular el uso del servicio se sustenta en los poderes tradicionales de los que está investido que sustentará su derecho o facultad de dictar las órdenes relacionadas con su utilización (poder o facultad de dirección), de controlar su uso (facultad de fiscalización) o eventualmente el sancionar la utilización indebida (facultad disciplinaria). En base a estos atributos puede dictar las pautas de utilización del INTERNET que estime conveniente desde permitir un uso libre, irrestricto e indiscriminado hasta su regulación detallada o prohibición de su uso a cierto sector de trabajadores o dentro de determinado horario.

Esta regulación se pueda dar en forma específica por medio de órdenes escritas o verbales (siendo más convenientes las primeras con fines probatorios) o genéricas a través del Reglamento Interno de Trabajo. Podría resultar conveniente la suscripción de un documento ad hoc en el cual se especifiquen las condiciones de autorización de uso de INTERNET en las instalaciones de la empresa, así como imponiendo otras obligaciones referidas a la utilización de la computadora que le proporciona el empleador para su uso en el trabajo. La regulación también podría estar considerada dentro de un contrato individual o colectivo de trabajo, aunque resulta poco usual recurrir a esta última forma por las consecuencias que se podrían derivar de una situación como la mencionada.

2.7 Posibilidad de los empleadores de restringir técnicamente el acceso o uso de INTERNET

Existen formas de restringir o limitar la utilización de determinados servicios de INTERNET, los que se encuentran a disposición del empleador principalmente a través de cierto tipo de programas (software). Existe también la posibilidad que pueda controlar y dejar registrado el uso que se de en el acceso al sistema lo cual nos llevará a esclarecer más adelante si el empleador está facultado para fiscalizar la utilización de los implementos y servicios que le proporciona al trabajador para la ejecución del trabajo. Algunos de estos sistemas de control pueden ser los me-

de salida, se presume que el empleador ha dispuesto la realización de labores en sobretiempo por todo el tiempo de permanencia del trabajador, salvo prueba en contrario, objetiva y razonable.

Los empleadores deben adoptar las medidas suficientes que faciliten el retiro inmediato de los trabajadores del centro de trabajo una vez cumplido el horario de trabajo”

dios probatorios para demostrar eventualmente el incumplimiento de las obligaciones del trabajador. Esta referencia es importante pues nos hace ver que la utilización de los servicios de INTERNET puede ser controlada técnicamente por el empleador quién puede impedir o restringir su utilización si ello es verdaderamente su intención. La existencia de la posibilidad de controlar o limitar el acceso con medios técnicos no permite sin embargo señalar que es de responsabilidad del empleador el acceder a dichos mecanismos ya que ello implicaría tener que asumir el costo de adquisición de dicho "software".

2.8 Modalidades de utilización indebida de los servicios de INTERNET por parte del trabajador

El trabajador puede acceder indebidamente a los servicios de INTERNET, tanto dentro como fuera de las horas de trabajo. En el primero de los casos su conducta se da cuando utiliza los servicios contrariando las reglas fijadas por el empleador (podría ser el caso de utilizar dichos servicios para acceder a su correo electrónico personal, o cuando lo hace con fines de distracción y entretenimiento como sería para recurrir al "chat", lectura de medios informativos, recabamiento de información privada). En el segundo se da por la sola utilización de los equipos del empleador y se agrava cuando existe prohibición expresa de permanecer en el centro laboral fuera del horario de trabajo o cuando se pretende cobrar trabajo extraordinario por dicha permanencia. También podemos identificar otra situación especial cual es la de acceder a INTERNET a través del equipo no asignado al trabajador, en cuyo caso podríamos encontrar frente a la figura de utilización indebida de los bienes del empleador, siendo esta una modalidad a la que recurre el autor cuando persigue no ser identificado.

En los últimos años también se viene perfilando la realización de otro tipo de ilícitos utilizando los equipos informáticos del empleador asignados a otros trabajadores. En algunos casos se han dado maniobras fraudulentas haciendo uso de dichos medios y teniendo en cuenta la dificultad de comprobar algunos de los hechos que se generan haciendo uso de las nuevas tecnologías.

En consecuencia las formas de hacer uso indebido del INTERNET dentro del desarrollo de una relación laboral se pueden dar básicamente por:

- a) utilización indebida de los servicios de INTERNET en forma general
- b) utilización indebida del correo electrónico (e-mail) en forma particular.

3. EL CORREO ELECTRONICO

El tema de la utilización del correo electrónico del empleador por parte del trabajador origina en la práctica situaciones problemáticas o difíciles de resolver. Aún reconociéndosele al empleador determinadas facultades que fluyen de su posición preeminente en el contrato de trabajo se hace necesario determinar los alcances de las mismas y si ellas de alguna manera pueden colisionar con derechos constitucionales que por ser de jerarquía superior tendrían preferencia en su aplicación.

La Constitución establece derechos fundamentales en favor de todo ciudadano los que por su jerarquía tienen aplicación preferente con respecto a derechos de jerarquía inferior como son los de naturaleza legal.

Estos derechos le serían aplicables al trabajador - en su calidad de ciudadano-teniéndose en cuenta de otro lado que la primera calidad se desarrolla dentro del marco de la segunda.

3.1 Derechos constitucionales que protegen el correo electrónico del trabajador

En términos generales el artículo 2º de la Constitución protege los llamados "Derechos Fundamentales de la Persona", que le corresponden a todo trabajador en su calidad de ciudadano. Los diversos incisos del artículo mencionado protegen los referidos derechos pudiéndose mencionar como los más importantes relacionados con la utilización del correo electrónico los señalados en el inciso 10, que se concordaran con lo enunciado en el inciso segundo del artículo 26º de la misma Constitución.

El inciso mencionado establece el derecho de todo ciudadano al secreto de inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados, lo que obliga a esclarecer los alcances de los referidos términos a fin de determinar los límites en la facultad de fiscalización del empleador.

Los derechos mencionados, por su jerarquía constitucional prevalecen sobre cualquier norma de jerarquía inferior, que por lo general son las que regulan las facultades del empleador. Para este efecto será necesario determinar los alcances de los términos "... comunicaciones y documentos privados".

El segundo párrafo del inciso décimo del artículo segundo mencionado señala de manera literal: "Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley".

Resulta fácil de concluir que el concepto de "...comunicaciones y documentos privados", son aquellos que le corresponden al trabajador y no al empleador, de tal forma, que si la computadora del empleador solamente debe existir las comunicaciones de su propiedad, que son aquellas que el emite en su calidad de empleador, o las envía el trabajador por encargo de este, que serían todas las comunicaciones empresariales.

En principio el empleador no debería necesitar un permiso especial para revisar la computadora entregada como herramienta de trabajo al trabajador, como tampoco podría cuestionarse la eventual decisión de borrar toda la información que estuviera en el disco duro del referido equipo, sin tener que preguntarle al trabajador si dentro del mismo tiene información personal que no tendría por qué estar en él. Dentro de este contexto el trabajador no tendría por qué reclamar de la desaparición de información personal que se encuentra sin autorización dentro del disco duro de propiedad del empleador. Tampoco tendría que solicitar autorización para llevar a cabo una revisión o auditoría del contenido del soporte informático habida cuenta que si es de su propiedad nadie le podría cuestionar el referido derecho.

En caso de que al revisar el contenido del disco duro encontrara una carpeta que estuviera marcada con claridad como "documentación privada o correspondencia privada del trabajador", no podría acceder a su contenido aún cuando podría iniciar una investigación para determinar la infracción cometida por el trabajador de colocar archivos personales dentro de la computadora del empleador. De hacerlo estaría incurriendo en una afectación de derechos constitucionales del trabajador.

El concepto de "comunicaciones y documentos privados" significaría que el empleador no puede revisar cualquier documento personal del trabajador aún

cuando se encontrara en un equipo de su propiedad. No podría por ejemplo entrar a los archivos del correo personal del trabajador que pudieran estar en una computadora privada, o en la cuenta de correo personal que el trabajador tuviera fuera el servidor de empresa, para lo cual obviamente el empleador tendría que contar con la clave de acceso a la cuenta del trabajador.

Distinto es el caso de aquellos documentos que no tienen la calidad de privados o que no son de propiedad del empleador, como podría ser la información de carácter genérico que se recibe a través del INTERNET.

El artículo 26° de la Constitución, que se refiere a los principios que regulan la relación laboral, hacen mención a aquellos derechos reconocidos por la Constitución y la ley, lo que debe ser respetados en la relación laboral.

La correcta interpretación de este artículo, y su concordancia con el inciso 10° del artículo 2° nos permite llegar a determinadas conclusiones:

1. El empleador no tiene acceso a los documentos privados o la correspondencia privada del trabajador. No puede por lo tanto, ingresar a su correo privado para revisar sus comunicaciones: Tampoco sería válida la estipulación contenida en el contrato trabajo por la cual el trabajador acepta la revisión de su correspondencia privada. Este es un acuerdo que no tendría validez por contrariar el dispositivo constitucional mencionado.
2. En caso que el empleador encontrara en el disco duro de la computadora entregada al trabajador correspondencia privada, no tendría derecho de revisar la misma en atención a la garantía constitucional. Si podría, sancionar disciplinariamente al trabajador por incumplir con la obligación que no introducir en el equipo de propiedad de la empresa información de naturaleza privada. En consecuencia, el empleador no está facultado para revisar la correspondencia privada del trabajador, aunque se encuentre dentro de una computadora de su propiedad, pero si podría sancionar al trabajador por infringir las normas dictadas por el empleador, al guardar la misma en el soporte informático.
3. En el supuesto de que el empleador obtuviera copia de la correspondencia privada del trabajador ubicada en el computadora de su propiedad entregada como herramienta de trabajo, no podía utilizarla como medio probatorio en la medida se hubiese sido obtenida sin consentimiento del trabajador al

amparo de los señalados en el tercer párrafo del inciso décimo del artículo segundo de la constitución.

3.2 Marco Legal

Siguiendo una clasificación genérica de las faltas laborales éstas pueden dividirse en leves, intermedias o graves. Tal clasificación resulta aplicable a lo que es objeto de nuestro análisis, ya que no es posible calificar que el acceso a INTERNET por parte del trabajador siempre se ubicará dentro de uno de estos criterios. Será necesario evaluar cada situación concreta para determinar su gravedad y la aplicación de la sanción que pudiera corresponder de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Un factor importante podrá ser también la reiteración en la infracción cuando ha existido una prohibición previa del empleador.

La ley laboral peruana (art. 25 del D.S. 003-97-TR) define genéricamente como falta grave: "... la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación". A continuación señala de manera taxativa aunque no específica, una multiplicidad de conductas del trabajador que se consideran como tales, entre ellas (considerando las aplicables al caso que se analiza) tendríamos:

- a) El incumplimiento de las *obligaciones de trabajo* que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con sus labores.... la *inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo*... aprobado por la Autoridad Administrativa de Trabajo" (inciso a) del art. 25 del D.S. 003-97-TR).
- b) La *utilización indebida de los bienes o servicios del empleador*, en beneficio propio o de terceros, con prescindencia de su valor. (inciso c) del artículo 25 del D.S. 003-97-TR.¹³

¹³ El incumplimiento de las obligaciones de trabajo podría tener su causa en la utilización o acceso al servicio cuando el trabajador por hacerlo descuida sus obligaciones laborales (caso del que no atiende a un cliente por estar dedicado al acceso al INTERNET), o cuando se resiste a cumplir la orden que se le

Para "tipificar" la conducta específica que se analiza y ante la enunciación genérica de la infracción resulta conveniente regular la utilización de los servicios de INTERNET de manera expresa señalando de manera clara la regulación de su uso (o eventualmente su prohibición). Es conveniente definir dicha utilización como obligación de trabajo - a fin de poder invocar su incumplimiento- o como orden relacionada con las labores para poder invocar la reiterada resistencia. En el caso que la imputación sea por inobservancia del reglamento interno de trabajo es necesario que se haya incluido dicha regulación dentro del mismo.¹⁴

Lo que sí se debe destacar es que de acuerdo con el D.S. 003-97-TR, la sola configuración de una de las faltas requiere de un complemento que es su grado de gravedad. No es suficiente infringir el Reglamento Interno de Trabajo, pues la infracción para justificar determinada sanción debe tener a su vez cierta gravedad.

No existe una tipificación específica de la utilización indebida de los servicios de INTERNET como falta grave laboral. Sin embargo, la tipificación expresa no es necesaria ya que la conducta puede encuadrarse dentro de las causales existentes en la legislación.

Lo expuesto nos permite concluir que la calificación de los casos de utilización indebida del correo electrónico tiene que realizarse sobre las circunstancias específicas de cada situación. El resultado de dicho análisis determinará la gravedad de la infracción y las consecuencias jurídicas que de ella se pueden derivar.

3.3 Consecuencias para el trabajador de la utilización indebida del INTERNET

Habiéndose determinado que le empleador tiene el derecho de regular la utilización del acceso a INTERNET por parte del trabajador corresponde analizar las

ha impartido, que no lo haga para determinados fines o por un tiempo superior al que se le hubiese autorizado, o cuando se hubiese estipulado expresamente en el reglamento interno de trabajo.

¹⁴ El Reglamento Interno de Trabajo tiene una eficacia limitada en tanto que este instrumento es obligatorio solamente para las empresas que tienen más de 100 trabajadores y facultativo para las que tienen menos de dicho número.

eventuales consecuencias de dicho incumplimiento o infracción aplicando los criterios tradicionales que regulan las facultades disciplinarias del empleador.

Las situaciones que se pueden presentar son variadas y dependerán fundamentalmente de la existencia de una prohibición de la utilización de los que puede estar expresada de diversas maneras, siendo importante estar en aptitud de demostrar su existencia, lo que corre de cargo del empleador en aplicación de los principios que regulan la carga de la prueba.

Se puede presumir que si el empleador le da al trabajador una conexión al servicio de INTERNET implícitamente lo está facultando a su utilización sin restricción de ninguna clase. Para salir de la presunción que genera dicha conducta debe regularse el uso de los servicios en forma expresa, siendo la mejor forma de hacerlo a través del Reglamento Interno de Trabajo cuya presentación ante la Autoridad competente genera una presunción de conocimiento por parte de todos los trabajadores, o mediante la entrega de las instrucciones respectivas recabando el cargo que acredite la existencia de la notificación. También podría darse el caso que la regulación de su uso se diera a través de convenciones colectivas de trabajo - aunque ello por el momento no constituye práctica por lo menos dentro de nuestro medio, por la natural resistencia del empleador de limitar lo que constituye una expresión de la facultad de dirección. Otra consideración práctica que limita la regulación del uso del INTERNET por esta vía es que una vez establecido un convenio de utilización de dichos servicios, solamente podrían ser modificados a través de otra convención colectiva de trabajo.

También, deberá de tomarse en cuenta eventualmente la política existente sobre dicha utilización - situación que eventualmente tendría que ser demostrada por el trabajador que la invoque en su favor. Si éste demuestra que el empleador ha permitido el acceso a dichos servicios al no haberlos prohibido y que ésta es una práctica en la empresa, podrá invocar tal situación en su beneficio. Ello independientemente del derecho del empleador de modificar dicha práctica en el momento en que lo estime conveniente y de acuerdo con las facultades que le son propias.

Podemos asimilar los casos de utilización indebida de INTERNET a otras figuras parecidas ya existentes como es el caso de los servicios de telefonía en sus diversas modalidades (telefonía directa, fax etc). Es usual que todo empleador restrinja la utilización de estos servicios y eventualmente sancione la infracción de las reglas respectivas de acuerdo con los principios tradicionales que regulan la

facultad disciplinaria (principios de inmediatez y de proporcionalidad). Existen precedentes que los han calificado como falta grave estableciéndose la aplicación de la sanción en atención a los principios antes mencionados. Obviamente que el primer caso de utilización indebida no puede tener la misma gravedad que aquéllos casos en que la utilización irregular resulta reiterada. Asimismo existe una gravedad diferente cuando el uso se da dentro de las horas laborales como fuera de ellas.¹⁵

3.4 Derecho del empleador de fiscalizar la utilización de los servicios de INTERNET por parte del trabajador

Como regla general podemos señalar que el empleador está facultado para establecer las condiciones de acceso del trabajador a los servicios de INTERNET para lo cual puede dictar las reglas que estime convenientes. Asimismo y como una expresión de su facultad de fiscalización está en la posibilidad de introducir elementos de registro y control de dicha utilización, siendo eventualmente su facultad grabar las comunicaciones que se intercambien dentro de sus servicios sin que ello pueda ser considerado como una afectación del derecho a la intimidad del trabajador. Es conveniente que el empleador deje constancia expresa de tal situación en algunos de los instrumentos ya señalados o se los comunique expresamente al trabajador, a fin de que éste conozca de la referida eventualidad y por lo tanto se abstenga de dicha conducta o ésta sea de su conocimiento.¹⁶ Ello conducirá al trabajador interesado en defender su intimidad a utilizar dichos servicios fuera del centro de trabajo y sin utilizar los medios del empleador.

Si el empleador recurre a estas prácticas dentro de sus instalaciones y anunciando la existencia de dicha política no es dable que se considere tal actitud como violatoria de derechos fundamentales del trabajador - como podría ser el caso del derecho a la intimidad-, en tanto que está controlando la actividad del trabajador en sus instalaciones y como consecuencia del trabajo.

¹⁵ En este último caso la gravedad debe ser consideradas como menor, ya que no está en uso el tiempo de trabajo sino solamente la utilización de los bienes del empleador.

¹⁶ En una situación como la expuesta la gravedad debe ser considerada como menor ya que no está en uso el tiempo de trabajo sino solamente la utilización de los bienes del empleador.

Precedentes jurisprudenciales sobre el tema analizado:

El tema que se analiza ha sido objeto de diversos pronunciamientos jurisprudenciales. En el Perú el de mayor trascendencia es el pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional en el expediente Número 1058-2004-AA/TC (acción de amparo seguida por García M. contra Serpost S.A. en el cuál se declaró fundada la demanda interpuesta por el accionante en atención a diversas consideraciones, principalmente la forma como el empleador había ingresado a la computadora cuyo uso había asignado al trabajador, constatando la presencia en la misma de abundante material pornográfico que fue considerado como falta grave.

El caso referido es uno de los pocos en que se ha dado un pronunciamiento relacionado con la utilización de los servicios de acceso al INTERNET es en el expediente mencionado.

Aunque la resolución se produjo principalmente por consideraciones relacionadas con las formalidades de comprobación de los hechos en discusión, principalmente la forma de comprobación de la falta grave imputada por el trabajador, debe destacarse la parte del razonamiento del Tribunal relacionada con la utilización de los medios informáticos entregados por la empresa al trabajador para efectos de la prestación de los servicios.

Dentro del razonamiento expresado en la sentencia tenemos determinados párrafos de la parte “considerativa” de la sentencia en la que se expresó lo siguiente:

“Aunque, en el presente caso, podría pensarse que la infracción de procedimiento reside principalmente en el hecho de haberse efectuado acopio de supuestos elementos probatorios y haber colocado al recurrente en una condición desventajosa para defenderse, queda claro que la controversia planteada permite considerar un hecho de suma trascendencia: el de saber si los medios informáticos de los que se vale un trabajador para realizar sus labores, pueden considerarse de dominio absoluto de la entidad o empresa para la que labora, o si, por el contrario, existe un campo de protección respecto de determinados aspectos en torno de los cuales no le está permitido al empleador incidir de manera irrazonable. (Considerando 16)

Sobre este particular, queda claro que aunque una empresa o entidad puede otorgar a sus trabajadores facilidades técnicas o informáticas a efectos de desempeñar sus funciones en forma idónea y acorde con los objetivos laborales que se persigue, no es menos cierto que cuando tales facilidades suponen instrumentos de comunicación y reserva documental no puede asumirse que las mismas carezcan

de determinados elementos de autodeterminación personal, pues sabido es que en tales supuestos se trata del reconocimiento de condiciones laborales referidas a derechos fundamentales que, como tales, deben respetar las limitaciones y garantías previstas por la Constitución Política del Estado. (Considerando 17)

Conforme lo establece el artículo 2º, inciso 10), de nuestra norma fundamental, toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley. *Aunque, ciertamente, puede alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo. (Considerando 19)*

Aun cuando es inobjetable que toda relación laboral supone para el trabajador el cumplimiento de obligaciones; y para el empleador, la facultad de organizar, fiscalizar y, desde luego, sancionar ha quien incumple tales obligaciones, ello no quiere decir que el trabajador deje de ser titular de los atributos y libertades que como persona la Constitución le reconoce. No en vano el artículo 23º de nuestra norma fundamental contempla expresamente que *“Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales; ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”*. Por consiguiente y en tanto existen mecanismos mediante los cuales el trabajador puede ejercer sus derechos, resulta igual de inobjetable que la relación de trabajo debe respetar el contenido esencial de los mismos. (Considerando 20)

Queda claro, empero, que cuando se alega que la relación laboral no puede desconocer los derechos fundamentales del trabajador, ello no significa tampoco que tales atributos puedan anteponerse a las obligaciones de trabajo, de manera tal que estas últimas terminen por desvirtuarse o desnaturalizarse. En tales supuestos, es evidente que el empleador no solo puede, sino que debe, hacer uso de su poder fiscalizador e, incluso, disciplinario. Sin embargo, en tales supuestos, la única forma de determinar la validez, o no, de una medida de tal índole es, en primer lugar y como ya se anticipó, respetar las propias limitaciones establecidas por la Consti-

tución y, en segundo lugar, implementar mecanismos razonables que permitan, sin distorsionar el contenido de los derechos involucrados, cumplir los objetivos laborales a los que se encuentran comprometidos los trabajadores y las entidades empleadoras a las cuales pertenecen. (Considerando 21)

Lo que se plantea en el presente caso no es, sin embargo, que la empresa demandada no haya podido investigar un hecho que, a su juicio, consideraba reprochable, como lo es el uso de un instrumento informático para fines eminentemente personales, sino el procedimiento que ha utilizado a efectos de comprobar la presunta responsabilidad del trabajador investigado. Sobre este particular, es claro que si se trataba de determinar que el trabajador utilizó su correo electrónico para fines opuestos a los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo era iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la imponía, para estos casos, la propia Constitución. La demandada, lejos de iniciar una investigación como la señalada, ha pretendido sustentarse en su sola facultad fiscalizadora para acceder a los correos personales de los trabajadores, lo que evidentemente no está permitido por la Constitución, por tratarse en el caso de autos de la reserva elemental a la que se encuentran sujetas las comunicaciones y documentos privados y la garantía de que tal reserva solo puede verse limitada por mandato judicial y dentro de las garantías predeterminadas por la ley.

Es necesario determinar si de acuerdo con lo señalado por el Tribunal en el pronunciamiento referido se pueden extraer conclusiones de carácter general que enerven de alguna manera la facultad fiscalizadora del empleador con respecto al correo electrónico o material que se encuentre dentro de las computadoras de su propiedad. A nuestro juicio y no obstante lo señalado en el pronunciamiento consideramos que este no es suficiente para enervar el derecho fiscalizado del empleador, en la medida que se de bao determinadas condiciones. El pronunciamiento está referido a un caso concreto en el cuál el razonamiento del Tribunal se sustentó principalmente en la forma de obtención de los medios probatorios. Y a nuestro juicio no constituye un pronunciamiento de fondo sobre el control del uso del INTERNET por el empleador

Las situaciones que se pueden presentar con respecto a la utilización indebida del correo electrónico se pueden ubicar dentro de las siguientes posibilidades.

- a) Revisión del correo electrónico utilizado por el trabajador en la cuenta de la empresa habiéndose advertido previamente de la prohibición de utilizar dicho correo con fines particulares, reservándose la empresa el derecho de revisar tanto el computador entregado al trabajador como la cuenta de correo electrónico entregada por la empresa con la condición que solamente puede ser utilizado para fines empresariales y la advertencia que puede ser revisada en cualquier momento por el empleado
- b) Revisión del correo electrónico del propio trabajador que no está vinculado nominalmente ni en su contenido a la empresa, sino al propio trabajador y que no se encuentra en el servidor de la empresa.

La figura descrita en el acápite b) que antecede no presenta mayor problema por cuanto si el empleador decide invadir la esfera privada de la correspondencia del empleador dentro de su cuenta de correo particular estará afectando sus derechos constitucionales y cometiendo un delito expresamente tipificado por la legislación penal.

En lo que se refiere a la primera (mencionada en el acápite a) que antecede, a nuestro juicio no se estaría afectando ningún derecho del trabajador en razón de que como es de su pleno conocimiento la cuenta, el computador y el contenido de los correos solamente deben estar referidos a la empresa y ser de conocimiento del trabajador la posibilidad de que sean revisados en cualquier momento en tanto que el empleador no ha concedido la facultad de introducir en el equipo ningún tipo de información de propiedad privada del trabajador.

Pronunciamientos jurisprudenciales extranjeros:

La jurisprudencia extranjera viene clarificando el panorama al pronunciarse sobre diversos escenarios.

Existe un pronunciamiento jurisprudencial dictado por el Tribunal de Trabajo de Bruselas, quien se pronunció en un caso específico considerando que si bien el empleador tiene derecho a sancionar a un trabajador por uso indebido de correo

electrónico, no está facultado para revisar por tal motivo el correo electrónico del trabajador.¹⁷

En España se han dictado una pluralidad de pronunciamientos. En uno de ellos se ratificó la facultad del empleador de revisar el computador del trabajador interpretando extensivamente disposiciones la Ley General de Trabajo.¹⁸

A nivel internacional se registran una serie de pronunciamientos de diversa naturaleza.

No conocemos específicamente la existencia de un pronunciamiento jurisprudencial expreso con respecto al tema que es materia de análisis. Una sentencia emitida por un Tribunal Superior de Justicia de Cataluña aceptando el despido de un trabajador de una empresa por utilización indebida de correo electrónico. Ramón Castilla, en el artículo mencionado en la parte bibliográfica de éste comentario indica la existencia de otro precedente similar anterior.¹⁹ La situación que se

¹⁷ En este sentido ya se ha pronunciado el Tribunal de Trabajo de Bruselas en sentencia de 2 de mayo de 2000. El Tribunal analiza el despido de un trabajador (responsable del sistema informático) que, al parecer, usaba el correo electrónico del trabajo para mantener una relación epistolar con una compañera de trabajo. El empresario, con la excusa de un supuesto bajo rendimiento, decidió acceder al correo del trabajador, despidiéndole posteriormente por una falta grave. El Tribunal mantiene, con base en el artículo 8º de la Convenio Europeo de Derechos Humanos, que el envío de correos personales desde la empresa pertenece a la vida privada del trabajador. El Tribunal, tras analizar si el atentado a la vida privada del trabajador era indispensable y proporcionado al supuesto perjuicio causado, concluye que, la mera constancia del número de correo, su tamaño y su carácter privado, eran datos suficientes para proceder a su sanción, sin necesidad de intervenir el correo. (Mayor información en: <http://altavoz.nodo50.org/endida.htm>).

¹⁸ Una sentencia de noviembre de 2000 de la Sala de lo Social en Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en la que se juzgaba la denuncia efectuada por un trabajador contra el empresario que le intervino y copió todos sus correos y ficheros personales, aún en presencia del comité de empresa, se inclina por el criterio empresarial, (a pesar de que la sentencia en cuestión da la razón al trabajador, pero solo por el hecho de que no se justificó el registro como obliga el artículo 18). La resolución afirma, aún implícitamente, que el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores autoriza el registro en la terminal de ordenador que utiliza el trabajador, pues, a estos efectos, el ordenador lo asimila a la taquilla, basándose en que el ordenador es un instrumento de trabajo propiedad de la empresa y que no debe ser utilizado para otros fines distintos y diferentes que la realización de la actividad laboral, por lo que no cabe hablar de documentos personales incorporados al mismo.

¹⁹ Hacemos mención a la sentencia del TSJ de Madrid de 16 de octubre de 1998, antes indicada, en la que el Tribunal admitió como procedente el despido de un trabajador por usar, para fines personales y dentro del horario laboral, el ordenador puesto a disposición por la empresa. En este supuesto, se probó, por

plantea en el presente análisis resulta equivalente a la de la utilización indebida de cualquier otro bien o servicio del empleador presentándose las mayores coincidencias con el uso del servicio telefónico y los de facsímile.

3.5 La utilización de los servicios de INTERNET del empleador por parte de las organizaciones sindicales

Nos referimos expresamente a la utilización de estos servicios en las instalaciones del empleador pues nadie podría cuestionar el derecho de las organizaciones sindicales o sus dirigentes de hacer uso de tales servicios desde sus propias instalaciones o desde las de terceros ajenos al empleador.

La utilización cada vez más generalizada de los servicios mencionados por parte de las organizaciones sindicales o sus dirigentes nos lleva a la formulación de diversas interrogantes.

¿Es posible que un trabajador utilice los servicios de la empresa para el envío de comunicaciones sindicales tanto a los trabajadores de la empresa como a terceros?

¿Es posible que las organizaciones sindicales utilicen los equipos de cómputo de la empresa para el envío de sus comunicaciones sindicales tanto a sus afiliados como a los demás trabajadores de la empresa? ¿Requieren de permiso expreso del empleador para utilizar dicho canal de comunicación?

En principio la utilización de los equipos de propiedad de la empresa está sujeta a lo que ella establezca sobre el particular considerándose que su primera finalidad es el cumplimiento de los fines empresariales. De tal manera que su uso para fines diferentes constituiría una excepción y por lo tanto haría necesaria la autorización previa del empleador. En caso de no obtenerla el incurrir en la conducta descrita podría originar consecuencias variables en función de la gravedad de la infracción

parte de la empresa, que el trabajador utilizaba el ordenador de la empresa para conectarse a INTERNET, para fines personales, durante el horario laboral."

que haría al trabajador acreedor a una sanción variable a ser aplicada en función del principio de proporcionalidad.

Un caso como el señalado genera la responsabilidad individual y particular del trabajador que incurre en la mencionada conducta quien no podría pretender eliminar su responsabilidad invocando la naturaleza sindical de la actividad. La restricción en el acceso a estos servicios por parte de la empresa no afecta en absoluto el derecho de comunicación de los sindicatos que puede ser ejercido desde un lugar diferente a las instalaciones de la empresa, así como también recurrieron a otros medios de difusión.

Consideramos que el tema debe ser regulado por medio de la convención colectiva de trabajo, ya que la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo considera que es la vía adecuada para tratar todo lo relacionado al desarrollo y ejecución de la actividad sindical.²⁰

¿Es posible que el empleador le prohíba a los trabajadores u organizaciones sindicales el envío de correspondencia tanto a la empresa como a los trabajadores de la misma desde el exterior de la empresa y a través de equipos que no son de su propiedad?

Antes de analizar el tema materia de la pregunta debemos señalar que existen formas técnicas de impedir la llegada de determinado correo electrónico a cualquier destinatario. Ello se puede hacer a través de determinados "filtros" que impiden la recepción de cierta correspondencia a los destinatarios que se indique o la admisión de mensajes de determinadas personas.

No creemos que el empleador se encuentre facultado para prohibir el envío de comunicaciones tanto a él como a sus representantes cuando ellas se generan fuera de la empresa y en horas diferentes de las de trabajo, lo que si puede es restringir el uso de sus equipos para que el trabajador recurra al recojo o lectura de su correo en servidores ajenos en horas de trabajo.

²⁰ El artículo 32° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo señala que la convención colectiva de trabajo contendrá las estipulaciones tendientes a facilitar las actividades sindicales en lo relativo a reuniones, comunicaciones, permisos y licencias.

¿Está facultado el empleador para prohibir el uso de sus equipos de cómputo para el envío de comunicaciones por parte de sus organizaciones sindicales?

La respuesta a la pregunta que antecede es afirmativa, pues las organizaciones sindicales no están facultadas -salvo que el empleador se lo permita- a utilizar los servicios de la empresa para el envío de sus comunicaciones. La utilización indebida de estos podrá generar la responsabilidad individual respectiva.

4. CONCLUSIONES

1. Cuando el empleador tiene contratado un servicio de acceso a INTERNET está facultado para regular su uso por parte de los trabajadores, para lo cuál puede introducir las reglas de uso pertinentes.
2. Es conveniente que la regulación del uso de INTERNET en sus diversas modalidades y manifestaciones sea puesta en conocimiento del trabajador de manera expresa y a través de un documento que demuestra que éste se encuentra informado de las condiciones de su uso. De preferencia debe constar una declaración de conocimiento y aceptación de cumplimiento de las directivas impartidas por el empleador.
3. El trabajador está obligado a dar cumplimiento a las reglas en mención, pudiendo ser sancionado por la infracción de las mismas, caso en el cuál se aplicarán las reglas que rigen la facultad disciplinaria del empleador.
4. El empleador no puede pactar con el trabajador el acceso a su correo personal y privado ubicado fuera de sus equipos o dominio, pues implicaría pactar contra los derechos fundamentales que la ley consagra en su favor.
5. El empleador puede acceder al disco duro de la computadora entregada al trabajador para su uso personal, accediendo a los archivos que son de propiedad de la empresa, pero sin acceder a cualquier archivo personal que pudiera tener el trabajador en el disco duro, aún cuando éste se encontrara en el mismo sin conocimiento o consentimiento del empleador. Podría eliminar dichos archivos sin registrarlos o sancionar al trabajador

por su incorporación al mismo, especialmente cuando lo hubiese prohibido de manera expresa.

6. El empleador no puede acceder por ninguna razón o motivo al correo particular del trabajador que se encuentre fuera de su servidor o dominio.
7. El empleador tiene derecho de fiscalización del contenido de la computadora entregado al trabajador para el cumplimiento de sus funciones. No puede sin embargo ingresar al ordenador personal del trabajador aún cuando se encuentre dentro del centro de trabajo o utilizado como herramienta de trabajo.

RECOMENDACIÓN

Es conveniente una regulación legislativa de los aspectos laborales del acceso al INTERNET como consecuencia de la relación laboral.

5. BIBLIOGRAFIA

ARTICULO PUBLICADO EN BOLETIN ELECTRONICO DE DERECHO INFORMATIVO (www.vlex.com.pe): Por Ramón Castilla Fernández-Fábregas, Abogado de NAUTADUTILH, (rcastilla@nautadutilh.ddnet.es).

NUÑEZ PAZ , Sandro Alberto: LIMITES EN EL USO Y CONTROL DEL CORREO ELECTRONICO. Tesis para optar el Grado Académico de Master en Derecho Empresarial. (Universidad de Lima) Noviembre 2004.

Artículo: “Filtros de Contenido” PC World Perú, 7 de febrero 2001 (www.elcomercioperu.com.pe) pgs. 25 y ss.