

Control de las comunicaciones electrónicas: ¿ejercicio razonable de la facultad de control empresarial o violación del derecho a la intimidad del trabajador?<sup>1</sup>

Carlos A. TOSELLI

SUMARIO: I. *Reseñas de los fallos anotados*. II. *El comentario*.

## I. Reseñas de los fallos anotados

CNAT, sala VIII, 10-12-2007, “Vidal, Gustavo Sergio c/Microstar SA s/Ley 14.546”

*Contrato de trabajo. Despido por justa causa. Gravedad de la causa. Incumplimiento del deber de buena fe y fidelidad. Información confidencial*

Se considera justificado el despido del trabajador que es sorprendido manteniendo una conversación vía Messenger en la cual estaba pasando a una empresa de la competencia un precio que estaba cotizando un compañero de tareas. Tal proceder implicó la violación del deber de fidelidad, en tanto afectó la lealtad y confianza mutua que deben primar en un contrato de trabajo, así como el deber de buena fe, propio también de la relación laboral.

<sup>1</sup> Parte de este comentario ha sido extraída del artículo del suscripto denominado: *El e-mail laboral y los bancos de datos personales. Situaciones laborales y las consecuencias penales de su utilización indebida*.

CNAT, sala VII, 11-7-2007, “Viloria, Myriam Analía c/Aseguradora de Créditos y Garantías SA s/Despido”

*Contrato de trabajo. Despido por justa causa. Gravedad de la causa. Incumplimiento del deber de buena fe y fidelidad. Información confidencial. Correo electrónico*

1. Acreditado que el trabajador estableció un intercambio de correo electrónico con personal de otra firma competidora, suministrando información confidencial referida a operaciones, clientes y valores a cambio de una recompensa, debe concluirse que dicha conducta no es compatible con la prosecución de la relación laboral, ya que de esa forma se han violado las más elementales y fundamentales pautas de una relación de trabajo (deberes de lealtad y reserva, artículos 85 y 88, LCT).

2. No puede invocar válidamente el trabajador haberse visto sorprendido por el proceder de su empleador al considerar injurioso la divulgación de cierta información de la empresa, en la medida que suscribió un documento titulado “Cumplimiento de Seguridad Informática”, que le advertía, mediante la asunción de un compromiso de confidencialidad, acerca de la cautela y celo con el que debía resguardar tanto la utilización de los accesos al sistema como la información que de ellos surgiera; al respecto, es válido recordar que el artículo 902 del Código Civil, impone el deber de mayor diligencia cuando las circunstancias lo impongan. En el caso, el trabajador fue despedido por haber brindado mediante correo electrónico información confidencial a otra empresa competidora de su empleador.

3. No atenta contra el derecho a la privacidad o intimidad del trabajador, ni debe considerarse que las pruebas obtenidas por el empleador lo fueron de manera ilegítima, si la inspección de los registros y constancias de la información que contenía el servidor de la empresa, se limitó a verificar las comunicaciones dirigidas por el trabajador a la empresa competidora, no incluyendo las comunicaciones que tenían otro destinatario.

## II. El comentario

### 1. Los casos analizados

1. Ambos casos tienen en común que se trata de despidos con invocación de causa dispuestos por la patronal derivados de la violación de los deberes de buena fe, no concurrencia, fidelidad y lealtad que el

dependiente debe tener hacia su patrón (artículos 62, 63, 85 y 88, LCT) como parte inherente de la existencia misma del contrato laboral.

2. Otra particularidad que aplica a ambos es que la injuria del dependiente fue realizada mediante la utilización de medios electrónicos provistos por la empresa. En uno de los casos mediante una conversación on line empleando el sistema Messenger y el segundo a través de la remisión de correos electrónicos desde la computadora provista por la empresa para uso personal del dependiente.
3. Desde ya creo que debe especificarse la gravedad de los hechos que han sido tomados en consideración por las dos salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo para considerar válida la decisión empresarial de extinguir el vínculo por sostener que no había posibilidad de continuar con el contrato laboral: *a)* en el primer caso, comunicar una cotización que estaba realizando la empresa a otra empresa de la competencia; *b)* en el segundo caso, remisión de datos de operaciones, valores y clientes a una empresa de la competencia.
4. En el primer supuesto el modo de verificación resulta ser la constatación ocular del superior jerárquico del actor, corroborado por otro dependiente, al momento de la conversación on line (chat a través de Messenger), al menos ese dato es el que surge de la declaración testimonial a la que la Cámara del Trabajo le da validez dirimente para descalificar el pronunciamiento de primera instancia y admitir la justificación empresarial.
5. En el segundo supuesto, tal presencia personal del trabajador al momento de la verificación no aparece configurada, ya que conforme el voto transcrito se requirió la asistencia de un experto en informática que, ingresando a la casilla de correos del trabajador dependiente, a través del servidor central de la firma, aisló las comunicaciones cursadas a la dirección de correos de una firma competidora, de donde surge la corroboración de la injuria.

## 2. *Un poco de historia sobre las comunicaciones electrónicas laborales*

En nuestro país, el anteproyecto de Ley de Protección Jurídica del Correo Electrónico, en su artículo 2º, establece: “A los efectos legales, el co-

reo electrónico se equipara a la correspondencia epistolar. La protección del correo electrónico abarca su creación, transmisión y almacenamiento”.<sup>2</sup>

Por su parte, en su artículo 1º se lo define señalando que “se entiende por correo electrónico toda correspondencia, mensaje, archivo, dato u otra información electrónica, que se transmite a una o más personas por medio de una red de interconexión entre computadoras”.

En realidad, si bien el análisis que estamos realizando involucra no sólo el e-mail laboral sino también el chat laboral a través del uso de Messenger, en ambos casos lo primordial es la utilización de un medio electrónico provisto por la empresa como herramienta laboral que, se sostiene, es empleado de manera irregular e injurante hacia los intereses del titular de ella.

Las ventajas de esta herramienta tecnológica en la sede de la empresa están dadas por la capacidad para la transmisión instantánea y por la posibilidad de comunicarse con cualquier lugar del mundo en forma inmediata y sin desplazarse de su lugar de trabajo, a más de las posibilidades de interconexión entre diversos sectores de trabajo de la misma empresa, lo que genera un importante ahorro de tiempo material y de costo económico, dado la menor incidencia con referencia a otras alternativas de comunicación rápida.

### *3. El control patronal y el derecho a la intimidad del trabajador*

La discusión estriba en definir si la comunicación electrónica realizada por el trabajador desde la empresa y utilizando medios provista por ésta integra la esfera del derecho de reserva del trabajador y, en todo caso, si se puede sostener que la misma reviste el mismo carácter que la correspondencia privada, ya que en tal caso gozaría de garantía constitucional. En ese sentido el artículo 18 de nuestra Carta Magna estipula: “El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados”.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VI, en los autos “Lanata, Jorge”,<sup>3</sup> señaló que el correo electrónico posee características de protección a la privacidad más acentuadas que la

<sup>2</sup> Res. 333/2001 de la Sec. de Comunicaciones. D. T. 2001-B-1972.

<sup>3</sup> Res. del 4 de marzo de 1999.

inveterada vía postal a la que estábamos acostumbrados, ya que para su funcionamiento se requiere un prestador del servicio, el nombre del usuario y un código de acceso que impide a terceros extraños la intromisión en los datos que a través del mismo puedan emitirse o archivers. Por lo que, sentadas estas bases preliminares, nada se opone para definir el medio de comunicación electrónico como un verdadero correo en versión actualizada.

Así lo ha sostenido la Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal, al afirmar: “El correo electrónico es sin lugar a dudas correspondencia privada, que está protegida por la Constitución Nacional y otros tratados sobre derechos humanos incorporados a ella”.<sup>4</sup>

Se destaca que el fin último de la protección de la correspondencia epistolar es el derecho a la intimidad de las personas intercomunicadas por esa vía y, con él, el garantismo genérico basado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, cuando dispone que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

En ese sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha readecuado la definición dada en los autos “Ponzetti de Balbín c/Editorial Atlántida”, en la que había precisado que el derecho a la intimidad previsto por el artículo 19 de la Constitución Nacional ampara la autonomía individual integrada por sentimientos, hábitos, costumbres, relaciones familiares, posición económica, creencias religiosas, salud mental y física y todos los hechos y datos que integran el estilo de vida de una persona que la comunidad considera reservadas al individuo, y cuyo conocimiento o divulgación significa un peligro para la intimidad. En uno de sus últimos pronunciamientos sobre el tema ha referido: “en la era de las computadoras el derecho a la intimidad, ya no puede reducirse a excluir a los terceros de la zona de reserva, sino que se traduce en la facultad del sujeto de controlar la información personal que de él figura en los registros, archivos y bancos de datos”.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> CNCCorr., sala I, res. de fecha 11 de febrero de 2003, en autos “Grimberg, Alfredo H. s/Sobreseimiento”.

<sup>5</sup> CSJN, 13 de febrero de 1996, “Dirección General Impositiva c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”.

En razón de ello la posibilidad de ejercitar el poder de vigilancia y control por parte del empresario genera una tensión entre el derecho empresarial a la titularidad de los medios instrumentales y a su libre disponibilidad, con relación al derecho del trabajador con respecto al contenido de los correos u otro tipo de comunicaciones electrónicas almacenados en su base de datos, o bien que fueran remitidos desde su computadora y que pudieran haber sido rastreados por el empleador.

La adopción de una línea de razonamiento u otra marcará el límite del conflicto que se desarrollará en el seno de la empresa, que tendrá como paradigmas, por un lado, el derecho a la intimidad del trabajador y la protección de sus secretos y, por otro, el derecho empresarial al control de los medios de producción de los cuales es titular.

En sentido amplio, respecto de la posibilidad de control empresarial se ha sostenido:

las condiciones de confidencialidad y acceso por parte del empleador al correo-herramienta, otorgado al trabajador como consecuencia de una relación laboral deben ser amplias... ya que si al empresario no se le allana el camino para poder verificar el contenido de los correos de sus trabajadores, tampoco se le podrá exigir la responsabilidad subsidiaria derivada de los actos de los mismos en los que haya podido existir comunicación por esta vía, ya que el derecho de inspeccionar el correo electrónico constituye la fuente de la responsabilidad del empresario.<sup>6</sup>

En Francia, en un pronunciamiento de la Corte de Casación, a través de la sala con competencia en Derecho Social, se revocó el pronunciamiento que había rechazado la demanda de un trabajador despedido a la cual la empresa, en su ausencia, había abierto y grabado en un *diskette* el archivo personal y el archivo “fax” de su computadora Macintosh que había sido puesta a su disposición,<sup>7</sup> expresando como fundamentos que “el trabajador tiene derecho incluso en el horario y lugar de trabajo, al respeto de la intimidad de su vida privada; que esta última comprende en especial el secreto de la correspondencia; que el empleador no puede, enton-

<sup>6</sup> Miranda de Hermida, Beatriz, *El e-mail laboral en Argentina*, en D. T. 2001-B-1892/1895.

<sup>7</sup> “Sociedad Nikon France c/O. Frederic”, fallo del 2 de octubre de 2001, D. T. 2002-A-216.

ces, sin violar esta libertad fundamental, tomar conocimiento de los mensajes personales, emitidos y recibidos por el empleado, gracias a una herramienta informática puesta a su disposición para el trabajo; que lo dicho hasta aquí se aplica incluso para el caso en que el empleador hubiera prohibido una utilización no profesional de la computadora”.

Del mismo modo, de admitirse tal mecanismo de control en las computadoras de propiedad del empresario y de uso exclusivo del trabajador, con alguna garantía que así lo asegure a tal hecho, como es la clave personalizada de acceso, no resulta razonable que la búsqueda se extienda sobre otros aspectos no relacionados directamente con el objeto de contralor, como podría ser la libreta de direcciones de la cuenta de correo electrónico, ya que en tal supuesto se estaría produciendo una clara injerencia en la intimidad del trabajador.

De todas maneras debe tenerse en cuenta que en el tratamiento del tema nos encontramos en presencia de un delgado hilo, por cuanto si se convalida tal manera de contralor unilateral, y sin habilitación previa jurisdiccional o administrativa, sería posible hacerla extensiva, por ejemplo, a las escuchas telefónicas irregulares, con la única pretensión de que se hicieran valer solamente las efectuadas a determinado número telefónico. La peligrosa comparación con la doctrina del “fruto del árbol envenenado o prohibido” en materia penal exige un extremo cuidado al respecto, a fin de no admitir generalizaciones reñidas con los elementales derechos del ciudadano, entre los que, como no puede ser de otra manera, se incluye al trabajador, rescatando, al decir del maestro Rodolfo Capón Filas, el derecho a la ciudadanía en la empresa.

#### 4. Conclusiones

1. La gravedad de los hechos considerados acreditados en las dos sentencias motivo de análisis constituyen violaciones de normas de conducta que debe guardar el trabajador y que, por su entidad, *prima facie*, no permitirían efectivamente la continuación de la vinculación laboral, con lo que el accionar patronal aparece como justificado.
2. Sin embargo, tal claridad conceptual tiende a diluirse cuando se procede al análisis del modo de constatación de la falta cometida, ya

que de conformidad con el relato transcrito, en un caso no habría sido glosado el texto de la comunicación, sino que simplemente existió una discusión con la acusación de un personal jerárquico y una declaración testimonial de un compañero de trabajo, quien asevera haber visualizado el contenido del mensaje electrónico remitido, y en el segundo caso se admitió el accionar unilateral empresario que ingresa a la casilla de correo electrónico particular de su dependiente extrayendo los datos para avalar su decisión rupturista.

3. Con relación al primer caso, no parece que haya existido la corroboración documental suficiente para considerar acreditado el hecho. En cambio, en el segundo, este elemento sí ha sido acompañado al proceso para que sea evaluado por el magistrado, pero se ha obtenido de modo unilateral y sin la presencia del trabajador afectado en el momento de la realización de la pesquisa.
4. En este segundo caso, parecería indudable que ha existido una violación del derecho de la intimidad del trabajador y no se advierte cuál es la razón por la que no se pudo realizar el requerimiento con la presencia del trabajador para poder de esta manera dar mayor seguridad a la medida instrumentada, máxime cuando tampoco se requirió la presencia de la autoridad de aplicación laboral o de la entidad gremial que representara al trabajador afectado.
5. Si bien los ilícitos contractuales no configuran, en principio, ilícitos penales, ello, a mi entender, no habilita a proceder de una manera irregular para la recolección de la prueba. Es cierto que en materia laboral el eje central es la búsqueda de la verdad real, pero la misma debe hacerse de modo tal de preservar los derechos de los afectados.
6. Ello no significa bajo ningún punto de vista la convalidación de conductas reñidas con los deberes elementales que debe guardar el trabajador para con su patronal, como en este caso concreto son los de fidelidad y no concurrencia, ya que el acatamiento de los mismos resulta imprescindible para lograr el necesario equilibrio en el contrato laboral.