

El correo electrónico otorgado por el empleador



ORLANDO DE LAS CASAS

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La posibilidad del uso del correo electrónico del empleador para fines no laborales.
- III. La fiscalización interna del correo electrónico.
- IV. Otras formas de fiscalización del trabajador a través del uso del correo electrónico (control a distancia).

Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

ADVOCATUS 128

I. INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas, el uso del correo electrónico debe ser en la actualidad una de las herramientas más usadas por las empresas, y termina siendo una de las formas de comunicación más usual, ya sea al interior de toda relación laboral, como de (o desde) la empresa hacia terceros.

Por eso no solamente es frecuente sino indispensable que toda empresa asigne a la totalidad de sus trabajadores una cuenta de correo electrónico, para lograr tener una comunicación fluida y en tiempo real con sus trabajadores, y para que éstos puedan comunicarse con terceros vinculados al giro del negocio. No resulta absurdo afirmar que el correo electrónico permite dar instrucciones, noticias, amonestaciones, enviar documentos, planes de trabajo, campañas publicitarias, etc.

Podemos afirmar que muchas de las manifestaciones de la subordinación (dirección, fiscalización y sanción) se pueden dar a través del uso del correo electrónico; y el correo electrónico, al interior de la relación laboral tiene, como nos lo señala Algar Jiménez¹, una doble vertiente: como herramienta de trabajo y como medio de comunicación (tanto interna como externa) dentro de la empresa.

Definitivamente, por la presencia que tiene en prácticamente todos los aspectos de la vida (personal, social, académica y, lógicamente, laboral), el uso del correo electrónico resulta ser uno de los temas o aspectos más tratados en los últimos años. Los estudios realizados discuten aspectos de lo más variados.

En el presente trabajo trataremos los principales aspectos relacionados al uso del correo electrónico proporcionado por el empleador. Veremos si es factible que el correo electrónico sea utili-

zado por el trabajador, además de para aspectos laborales, también con fines personales; discutiremos, igualmente, cuál debe ser la forma de control que debe ejercer el empleador sobre el uso del correo electrónico que proporciona a sus trabajadores: si debe ser un control sobre los aspectos externos del mismo (si el control del empleador debe ejercerse respecto del "asunto", del "remite", de la eventualidad de dedicarle al uso personal del correo electrónico tiempo valioso que debiera ser dedicado a las labores encargadas por el empleador, perdiendo con ello no solamente tiempo de trabajo sino además malgastando los recursos proporcionados por la misma empresa), o si la facultad de control empresarial puede llegar también a los aspectos internos (en otras palabras, si es factible fiscalizar o revisar los contenidos de los mensajes enviados a través del correo electrónico).

Buscaremos determinar la forma en que el control empresarial se manifiesta a través del uso del correo electrónico, y cuáles pueden ser los límites que tiene el control empresarial (o las formas en que éste puede presentarse). Recordemos que como parte de las facultades de dirección y fiscalización que tiene el empresario, éste tiene "(...) todas las facultades para organizar técnica y económicamente la empresa sin que el trabajador pueda cuestionárselo (...)"², con lo que las formas de control que se pueden presentar son diversas.

II. LA POSIBILIDAD DEL USO DEL CORREO ELECTRÓNICO DEL EMPLEADOR PARA FINES NO LABORALES

No es poco frecuente que dentro de las facultades de organización y control que tiene el empleador, se impida el uso particular al correo electrónico proporcionado por el empleador (o lo que es lo mismo, que el trabajador le de un uso distinto del laboral).

1. ALGAR JIMÉNEZ, Carmen. *El derecho laboral ante el reto de las nuevas tecnologías*. Primera edición. Madrid: Tirant lo Blanch, 2007, p. 41.

2. TOSSELLI. Cit. por OVIEDO, María Natalia. *Control empresarial sobre los e-mails de los dependientes*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, febrero de 2005, p. 62.

Si como señalan Sempere y San Martín, "(...) en el ámbito laboral no cabe realizar actividades de carácter personal y que los medios de trabajo son de propiedad de la empresa (...)"; el empleador tendría todo el derecho de prohibir que el correo electrónico asignado a sus trabajadores sea usado para fines distintos a los laborales. De esa manera, el empleador estará facultado para establecer sistemas de control respecto del uso del correo electrónico que los puedan efectuar los trabajadores.

Sin embargo, ¿eso significa que efectivamente el trabajador está impedido de hacer uso de la cuenta de correo electrónico proporcionada por la empresa para fines distintos a los laborales? Si bien existen quienes siguen esta posición (que el uso del correo electrónico para fines distintos a los laborales resulta ser una situación prohibida para los trabajadores) debemos manifestarnos en contra de la misma.

Un ejemplo claro de lo que queremos sustentar podemos verlo con lo que sucedía hasta hace unos años, cuando la única forma de comunicación en tiempo real estaba dada por el teléfono fijo. En ese contexto, ¿caso el trabajador estaba impedido de dar uso personal al teléfono de la empresa?, ¿el trabajador estaba impedido, por ejemplo, de permitirse efectuar una llamada al domicilio para preguntar por sus hijos o por otro familiar cercano? Si bien es conocido que el empleador en más de un caso impedía o prohibía este tipo de usos, nosotros no pensamos de esa forma; o dicho de otra manera; entendemos que esas prohibiciones absolutas no son del todo correctas, por las razones que a continuación trataremos de explicar.

En esas épocas (y en la actual inclusive) no nos hubiera resultado ilógico pensar que el trabajador no estaba facultado para -utilizando el teléfono fijo de la empresa- efectuar o realizar una o dos llamadas al día para preguntar por la

familia (¿no es frecuente preguntar si los hijos llegaron bien del colegio?). Nadie discutiría que un trabajador había usado indebidamente el teléfono fijo de la empresa de presentarse una situación de ese tipo.

Regresemos ahora a la época actual. Si somos capaces de aceptar que es factible, permisible y proporcional que un trabajador haya hecho uso del teléfono fijo de su empresa para llamar a su domicilio (en los términos planteados en el ejemplo utilizado en el párrafo precedente), ¿cuál sería la razón para que el empleador prohiba tajantemente el uso del correo electrónico proporcionado por la empresa? La pregunta resulta ser más interesante si consideramos, por ejemplo, que puede ser (como estamos seguros es) que sea el trabajador el que recibe mensajes a través del correo electrónico proporcionado por la empresa, situación en la que el trabajador no tiene (en la generalidad de los casos) participación.

Además, nos preguntamos cuál podría o debería ser la forma de control a fin de cumplir a pie juntillas la prohibición del uso del correo electrónico para aquellos fines que no sean los estrictamente laborales. No nos resulta imaginable el hacer una depuración de la totalidad de correos electrónicos enviados por la totalidad de trabajadores a fin de descubrir cuáles fueron remitidos a personas con las que la empresa no tenía razón para tratar (además del evidente costo administrativo que implicaría esta tarea).

Peor aún, ¿cómo podría hacer una empresa para distinguir entre las amistades o familiares de un trabajador, y aquellas personas a las que se les remitió un correo electrónico con fines laborales?

Consideramos, por lo tanto, que ese tipo de situaciones (el uso racional del correo electrónico proporcionado por el empleador para fines distintos

3. SEMPERE NAVARRO, Antonio y Carolina SAN MARTÍN MAZZUCCONI. Cit. por RUBIO DE MEDINA, María Dolores. *El despido por utilización personal del correo electrónico*. Primera edición. Barcelona: Editorial Bosch, febrero de 2003, p. 12.

a los laborales) no solamente son factibles sino permisibles. En ese mismo sentido se pronuncian Sempere y San Martín, cuando afirman que:

"(...) quien envía un mensaje de correo electrónico a un amigo desde el ordenador de la empresa en tiempo de trabajo, no merece más reproche laboral que quien comenta a un compañero, durante la jornada, la trama de una película que ha visto (...). Por lo tanto, en la mayoría de pronunciamientos se admite un cierto grado de tolerancia de tal utilización privada, siempre que guarde moderación (...)."⁴

Los mismos Sempere y San Martín (esta vez citados por García Birimisa⁵):

"(...) señalan que existiría una suerte de realidad social 'electrónica' en virtud de la cual la empresa debe comprender el hecho de que su personal pasa más horas en su puesto de trabajo que en su domicilio y que el correo electrónico puede contribuir a solucionar un porcentaje importante de problemas personales (...)."

Con lo señalado justificamos las razones por las que no compartimos la posibilidad de una prohibición absoluta para el trabajador del correo electrónico proporcionado por la empresa.

Esta ha sido la posición asumida por nuestro Tribunal Constitucional en la ya citada sentencia recaída en el Expediente 1058-2004-AA/TC, originada por la demanda de amparo iniciada por el señor Rafael Francisco García Mendoza contra la empresa de Servicios Postales del Perú S.A. (Serpost S.A.). El señor García fue despedido por remitir a través del correo electrónico proporcionado por su empleador (Serpost S.A.) información de contenido pornográfico. Pese a la riqueza del caso, el Tribunal Constitucional se pronuncia (tenuemente, es verdad) respecto del derecho fundamental a la intimidad, y se centró en la violación del derecho de defensa⁶. Pero queremos resaltar que en opinión del Tribunal Constitucional:

"(...) 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 (...)."⁷

Vemos cómo el problema del uso indebido del correo electrónico va por otro lado; y lo vemos

4. SEMPERE NAVARRO, Antonio y Carolina SAN MARTÍN MAZZUCCONI. "Incidencia de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones en el ámbito laboral: una visión panorámica". Ponencia presentada en la Agencia Catalana de Protección de Datos (<www.apdcat.net>). pp. 3 y 4. El texto puede ser encontrado en <<http://www.apdcat.net/media/284.pdf>>.

5. GARCÍA BIRIMISA, Eduardo. "El ejercicio del poder de dirección y el uso del correo electrónico en el ámbito de trabajo". En *Estudios de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Libro Homenaje a Javier Neves Mujica*. Lima: Editorial Grijley, 2009, p. 226.

6. La sentencia señala que "(...) es evidente que si la supuesta prueba objetiva en que se basó SERPOST, residía en la constatación notarial (Acta Extraprotocolar), de fecha 10 de junio de 2002, obrante de fojas 88 a 89 de autos, y en las copias de los correos, acompañadas de fojas 90 a 101, lo mínimo que debió hacerse fue ponerlas en conocimiento oportuno del demandante a efectos de acreditar la veracidad de las imputaciones realizadas y, como ya se adelantó, de otorgar la posibilidad de que el mismo pudiera contraponer los argumentos que a su derecho de defensa correspondían. La demandada, lejos de proceder del modo descrito, le ocultó al demandante tales elementos, pese a que los mismos fueron obtenidos tres días antes de procederse a remitir la carta de imputación de cargos" (Fundamento 10). Del mismo modo señala que "(...) queda claro que con este proceder la demandada no solo no acreditó, en ningún momento, que de la computadora del recurrente hubiesen provenido los correos calificados de pornográficos, sino que impidió que el demandante pudiese hacer acopio de los datos e informaciones necesarios para hacer sus descargos (...)." (Fundamento 12).

7. Sentencia recaída en el Expediente 1058-2004-AA/TC, Fundamento 18.

no por el uso extralaboral del correo electrónico proporcionado por el empleador, sino por el uso inadecuado que el trabajador le pueda dar.

El problema ha sido impecablemente captado por Falguera Baró, cuando nos señala que:

“(...) en la medida que las nuevas tecnologías tienen un uso social, además del estrictamente productivo, no puede pretenderse –siendo ambos inseparables– que esta nueva lógica de comunicación opere en el centro de trabajo sólo en la directa relación de prestación de servicios. Debe recordarse, en este sentido, que la más reciente doctrina legal viene considerando que el uso para fines particulares del teléfono, fijo o móvil, el fax de la empresa, etc. para fines extraproductivos no puede ser considerada, al menos inicialmente, como un abuso de derecho o como una vulneración del principio de bona fides contractual, salvo, evidentemente, aquellos supuestos que podríamos calificar como ‘patológicos’ (...).”⁸

Algar Jiménez hace un comentario (referido, es verdad, a la visitas a páginas web por los trabajadores dentro del horario de trabajo) que resulta de plena aplicación a lo que estamos discutiendo. Dicha autora señala que:

«(...) algunos tribunales vienen estableciendo que “la consulta de páginas web y el uso de las redes de Intranet y Extranet por motivos extralaborales no constituyen por sí mismos quebrantamiento alguno de deberes laborales, más allá de lo que puede constituir, por ejemplo, hojear un periódico en tiempo y lugar de trabajo. Tal tipo de conductas, para ser sancionables, han de implicar, o bien un coste económico para la empresa, por ejemplo cuando la consulta exige una conexión tarifada por tiempo (...) o un proveedor de servicios ISP, o bien

el abandono de las tareas laborales con disminución del rendimiento (...).”⁹

En esa misma línea, no habría razón para que sea infrecuente el uso particular del correo electrónico proporcionado por el empleador o para que se prohíba el uso con fines personales, siendo el problema más bien el uso abusivo del mismo. Y los mecanismos para determinar de manera externa el uso extralaboral indebido o abusivo del correo electrónico proporcionado por el empleador resultan ser bastante claros: cantidad de correos remitidos, volumen de los mismos (permitiría determinar el mayor o menor texto que tiene el correo electrónico remitido), el asunto, entre otros. De esa manera se podría estar en condiciones de saber si efectivamente se ha presentado un uso indebido y abusivo del correo electrónico proporcionado por el empleador, o dicho de otra manera, se estaría en condiciones de determinar inclusive el tiempo dedicado por el empleador a asuntos ajenos a la relación laboral, incumpliendo con sus obligaciones laborales.

Si bien no se cuenta con jurisprudencia nacional que respalde o contradiga la posición planteada, en España este tema ha sido tratado ya judicialmente, y de manera coincidente con nuestra posición. Tenemos por ejemplo la Sentencia 74/2000 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 8 de febrero de 2000 (Recurso 5352/1999) que señala que:

“(...) aludiendo a la exigencia jurisprudencial (...) la sanción ha de ser proporcionada atendiendo el hecho, el factor humano y la realidad social, y ésta es que el correo electrónico es un medio rápido y económico de conectarse con los demás, que no causa graves perjuicios económicos, ni resta apenas tiempo a los quehaceres laborales (...).”

Señalando además que en el caso citado no se ha constatado:

8. FULGUERA BARÓ, Miguel Ángel. “Trabajadores, empresas y nuevas tecnologías”. En GÓMEZ MARTÍNEZ, Carlos (director). *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 196.
9. ALGAR JIMÉNEZ, Carmen. *Op. cit.*, pp. 77 y 78.

"(...) gravedad ni culpabilidad en su actuación dado que enviaba menos de dos breves e-mails por semana, entre tres y diez líneas cada uno, y la empresa lo conocía al existir entre el actor y los dueños de esa amistad además confianza (...)."10

Decisión contraria (pero que respalda nuestra posición), se encuentra en la Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña de fecha 14 de noviembre de 2000 (Marginal 1578) en donde reconociendo los costos que pueden implicar para el empleador el uso indebido del correo electrónico se señala que:

"(...) la inversión de tiempo no se debe limitar, exclusivamente, al envío sino a su captura, registro, lectura y modificación de los mensajes, sin olvidar la pérdida de tiempo efectivo que provoca en los 298 perceptores de los mismos, incrementando en mucho, el tiempo dedicado al envío de los 140 mensajes. Todo ello en horas de trabajo (...)."11

En esa misma línea están las sentencias del TSJ Madrid de 12.06.2001 y 16.07.2002, en las que se reconoce que

"(...) es permitido el uso personal de internet y del correo electrónico de la empresa siempre que se haga de forma moderada y esporádica y tenga poca repercusión en la producción de la empresa (...)."12

Resulta lógico, por lo tanto, que el uso del correo electrónico proporcionado por la empresa para fines distintos a los laborales no tenga razón de ser objeto de sanción en tanto no implique una afectación a los costos del empleador.

Y como se ha visto ya, la fiscalización del uso del correo electrónico en este tipo de casos no

tiene por qué entrar en conflicto con ninguna de las características que tiene, principalmente, el derecho a la intimidad. Recordemos que lo fundamental, para practicar una fiscalización laboral, debe ser la verificación del tiempo utilizado, mas no los contenidos, ver de manera transparente cuánto tiempo de trabajo ha sido dedicado a situaciones o aspectos extralaborales. Finalmente, y como todo instrumento o herramienta proporcionada por el empleador, el uso extralaboral del correo electrónico debe de ser responsable.

III. LA FISCALIZACIÓN INTERNA DEL CORREO ELECTRÓNICO

El aspecto en verdad polémico de la fiscalización del uso del correo electrónico proporcionado por el empleador está en los aspectos internos o en los contenidos de los correos electrónicos enviados o recibidos por el trabajador.

Si el empleador es quien organiza el trabajo, y como parte de la organización laboral decide otorgar a sus trabajadores una cuenta de correo electrónico, tiene todo el derecho (y está en toda su facultad) de regular el uso del mismo. Como parte de estas facultades está, en opinión de algunos, la posibilidad de prohibir el uso del correo electrónico para fines distintos o ajenos a los laborales.

Pero, ¿es factible (como parte de las facultades de control que tiene el empleador) acceder al contenido de los correos electrónicos que el trabajador puede enviar o recibir? Recordemos lo señalado en el punto precedente: siendo un instrumento de comunicación tanto interna como externa proporcionado por la empresa, resulta lógico que ésta busque controlar el uso adecuado. El problema es hasta dónde.

10. La referencia jurisprudencial puede ser encontrada en: <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/35_32.pdf>.

11. La referencia jurisprudencial puede ser encontrada en: <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/35_32.pdf>.

12. Consulta web: <http://www.aegaz.org/noticias.php?pageNum_Recordset1=10>.

Hay quienes sostienen que efectivamente es factible que el empleador controle o fiscalice el contenido de los correos electrónicos de sus trabajadores. Esa es la opinión de Oviedo¹³, que nos señala que:

"(...) tomando como premisa fundamental que el trabajador no puede utilizar el correo electrónico provisto por la empresa para fines personales, el contenido de todos los e-mails laborales le pertenece a la empresa, excede el ámbito de la intimidad del trabajador y, por lo tanto, no puede verse afectado ningún derecho o garantía constitucional (...)."

La misma Oviedo¹⁴ es más contundente, cuando a continuación señala que

"(...) la dirección del correo electrónico le pertenece al empresario, es un bien del empleador. Tan es así que en ella figura el nombre o las iniciales de la empresa, que es quien tramitó el dominio, y el nombre del usuario-trabajador sólo figura a los efectos de una distribución direccionada del mensaje. Por ende, el contenido de los mensajes emitidos y recibidos, vía esa dirección de e-mail, le pertenecen al empresario. De esta manera (...), el empleador tiene la facultad de controlar cuántos e-mails se envían y reciben mediante esa dirección, quiénes son los destinatarios de los enviados, los remitentes de los recibidos, fechas de envío y recepción, etcétera; pero especialmente qué contenido tienen esos mensajes, porque el mismo atañe particularmente a la empresa y a su desenvolvimiento (...)." (El resaltado es nuestro)

En el ámbito nacional, Elías Mantero tiene la misma opinión, cuando nos señala (al referirse

a la 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 el derecho de revisar tanto el computador como la cuenta de correo) que "(...) 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 (...)"¹⁵.

Sin embargo, ¿el acceso al contenido de los correos electrónicos de los trabajadores en los que la cuenta de correo ha sido otorgada por el empleador afecta derechos fundamentales como la intimidad o la reserva en las comunicaciones?

Aceptar una fiscalización de este tipo implicaría consentir que el empleador, como parte de la facultad de fiscalización o control que puede ejercer, tenga acceso a aspectos que nada tienen que hacer con la relación laboral. Lo advierte Falguera Baró¹⁶ cuando dice que "(...) una cosa es la capacidad de control 'per se'; y otra, distinta desde mi punto de vista, la inexistencia de un ámbito de privacidad en el contenido de dichos correos (...)". Aceptar lo contrario (aceptar que es una facultad del empleador el tener acceso al contenido de los correos electrónicos del trabajador) implicaría aceptar que el empleador tiene derecho a escuchar conversaciones privadas de sus trabajadores, situación que no nos parece factible.

Aspectos relacionados a la vida privada del trabajador (costumbres, situaciones familiares, etc.), en virtud de la vigencia del derecho fundamental a la intimidad, están excluidos de la intromisión o conocimiento que pudieran tener terceras personas, entre éstas el empleador.

13. OVIEDO, María Natalia. *Op. cit.*, p. 67.

14. *Idem.*, p. 70.

15. ELÍAS MANTERO, Fernando. "Efectos legales de la utilización indebida de los servicios de Internet propios del empleador por parte del trabajador". *Laborem*, 2006, número 6, p.99.

16. FULGUERA BARÓ, Miguel Ángel. *Op. cit.*, p. 205.

Además, y de acuerdo a lo señalado en el punto precedente, existen formas de determinar el uso correcto o no del correo electrónico proporcionado por el empleador de parte del trabajador cuya utilización en nada afectarían los contenidos de los correos electrónicos.

Si a lo mencionado agregamos que el numeral 10 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú reconoce el derecho que toda persona tiene al secreto e inviolabilidad de sus comunicaciones, confirmariamos (al menos en nuestra opinión) la imposibilidad que tiene el empleador de acceder al contenido de los correos electrónicos, así sea del correo electrónico proporcionado por el empleador.

Nuestra jurisprudencia, si bien tiene un desarrollo escaso, ha dejado en claro la imposibilidad que tiene todo empleador de acceder al contenido de los correos electrónicos de los trabajadores.

Tenemos, en primer lugar, el pronunciamiento emitido por nuestro Tribunal Constitucional en el Expediente 1058-2004-AA/TC (Rafael Francisco García Mendoza contra Serpost S.A.). Queremos resaltar lo señalado por los fundamentos 16, 17 y 21 que a continuación transcribimos:

"16) 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.

17) Sobre este particular, queda claro que aunque una empresa o entidad puede otor-

gar 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.**

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." (El resaltado es nuestro)

Tenemos, igualmente, la sentencia recaída en el Expediente 04224-2009-PA/TC (Angelina María

Huamani Vargas contra la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Tacna S.A.), en el que se hace un interesante desarrollo del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados. La mencionada sentencia nos señala lo siguiente:

"(...) en tanto los correos electrónicos fueron usados como sustento para despedirla, es de suma importancia conocer si los medios informáticos empleados por el trabajador para cumplir sus funciones son considerados de dominio absoluto del empleador, más aún si fueron usados para remitir correos electrónicos, es decir como instrumentos de comunicación personal. Al respecto, la Constitución en el artículo 2.10) establece que toda persona tiene el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, y precisa que "(l) 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 (...)." (Considerando 13)

"(...) de fojas 47 a 89 obran copias legalizadas de varios correos electrónicos de cuentas personales del servidor de HOTMAIL.COM, que sería de la demandante, y de otra persona del servidor de MIBANCO.COM.PE, **documentos que obviamente no pueden servir como medios probatorios ni mucho menos ser difundidos, por su carácter personalísimo y por estar ello protegido por la Constitución (...).**" (Considerando 15) (El resaltado es nuestro)

"(...) si bien 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 ésta pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, (...) si se

trataba de determinar que el trabajador utilizó el correo electrónico en forma desproporcionada en horas de trabajo para fines distintos 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, otorgándole las garantías del caso." (Considerando 16)

Un caso muy particular se presentó en el expediente 03599-2010-PA/TC (María Espinoza Chumo contra Telefónica Gestión de Negocios SAC)¹⁷, en el que se presentó un despido al haberse utilizado el chat virtual o mensajero interno de la Empresa para conversaciones personales con otro trabajador de la Agencia en un promedio de quince minutos diarios. Si bien entendemos que nadie dudaría que efectivamente la utilización del esa herramienta virtual de trabajo ha sido inadecuada, y efectivamente se podrían haber infringido normas y disposiciones internas del centro de trabajo, la pregunta que corresponde hacernos es si es factible o no la fiscalización de los contenidos de los mensajes enviados a través de ese tipo de medios.

Si bien la demanda fue declarada fundada, los magistrados del Tribunal Constitucional emitieron diversos votos, algunos de los cuales pasamos a comentar a continuación.

El voto del Magistrado Mesía Ramírez señala que:

«En cuanto al derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, el Tribunal Constitucional en la STC 01058-2004-AA/TC ha precisado que **"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, inter-**

17. Consulta en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/03599-2010-AA.html#_ftnref1>.

ceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley".

En buena cuenta, este derecho prohíbe que las comunicaciones y documentos privados sean incautados, interceptados o intervenidos, salvo que exista una resolución judicial debidamente motivada que lo autorice. Asimismo, garantiza que el contenido de las comunicaciones y documentos no sea difundido o revelado, así como la identidad de los participantes en el proceso de comunicación. Lo que se prohíbe es toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, específicamente, en sus comunicaciones, independientemente de su contenido.» (Considerando 3)

"Ahora bien, para determinar si el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones también protege el correo electrónico y el comando o programa de mensajería instantánea que es proporcionado por el empleador a sus trabajadores, resulta pertinente destacar que en la dogmática existen dos posiciones sobre la naturaleza jurídica de estos medios técnicos de comunicación.

La primera postura considera que el correo electrónico y el comando o programa de mensajería instantánea, al ser proporcionadas por el empleador, son herramientas de trabajo que pueden ser supervisadas, intervenidas, interceptadas y registradas por el empleador, sin la existencia de una resolución judicial debidamente motivada que lo autorice.

En cambio, la segunda postura considera que el correo electrónico y el comando o programa de mensajería instantánea proporcionados por el empleador son medios de comunicación incluidos dentro del ámbito de protección del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones." (Considerando 4)

"Reseñadas estas posturas, considero que tanto el correo electrónico como el

comando o programa de mensajería instantánea que proporciona el empleador a sus trabajadores, son formas de comunicación que, al igual que la correspondencia, se encuentran protegidas por el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones (...).

En buena cuenta, el inciso 10) del artículo 2 de la Constitución protege el secreto y la inviolabilidad de la comunicación en todas sus formas o medios, como son el telefónico, el telegráfico o el informático, es decir, aquella comunicación que se mantiene a través de un determinado medio o soporte técnico." (Considerando 5)

"En atención a lo expuesto, debe concluirse que el empleador se encuentra prohibido de conocer el contenido de los mensajes del correo electrónico o de las conversaciones del comando o programa de mensajería instantánea que haya proporcionado al trabajador, así como de interceptarlos, intervenirlos o registrarlos, pues ello vulnera el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones." (Considerando 6)"

En buena cuenta, el poder fiscalizador o disciplinario no faculta al empleador acceder o interceptar el contenido de los mensajes del correo electrónico o de las conversaciones del comando o programa de mensajería instantánea que brinda a sus trabajadores." (Considerando 7)

Posición similar tiene el voto del Magistrado Calle Hayen, que nos señala que:

"(...) si bien el empleador goza de las facultades de organizar, fiscalizar y sancionar, de ser el caso, si el trabajador incumple sus obligaciones; esto no quiere decir que se vean limitados los derechos constitucionales de los trabajadores, como lo establece el artículo 23, tercer párrafo, de la Constitución; y tampoco significa que tales atributos puedan anteponerse a las obligaciones de trabajo, de manera tal que estas últimas terminen

por desvirtuarse (STCS 1058-2004-PA/TC y N.º 04224-2009-AA/TC). En tal sentido, en el presente caso, si se trataba de determinar que el trabajador utilizó el servicio de Net Send Chat Virtual en forma desproporcionada o incorrecta en horas de trabajo para fines distintos a los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo era iniciar una investigación de tipo judicial (...)." (Considerando 7)

El Magistrado Eto Cruz, siguiendo esa misma línea señala que:

"(...) cuando la Constitución utiliza el adjetivo 'privados' para referirse al derecho al secreto y a la inviolabilidad de dichos documentos y comunicaciones, no está haciendo alusión al tipo de contenido o mensaje comunicado, sino a la cualidad del medio técnico de comunicación empleado para transmitir cualquier mensaje; a partir de cuya cualidad, surge la expectativa de confidencialidad y la protección constitucional del secreto e inviolabilidad de la referida comunicación. En dicha línea, el elemento crucial en la definición del derecho es el tipo de medio empleado para la comunicación, el mismo que recibirá la cualidad de 'privado', no por el hecho de ser propiedad de uno de los participantes en la comunicación, sino por las características intrínsecas de dicho medio y por las condiciones bajo las cuales se utiliza. Así, puede ser que se emplee una cabina pública de teléfono para llevar a cabo una conversación y no por eso creer que se carece de protección por el derecho al secreto de las comunicaciones privadas. Del mismo modo, puede suceder que quien utiliza un teléfono propio, para realizar una llamada a un programa de televisión en vivo, al ser grabada dicha comunicación, no se pueda alegar afectación al derecho al secreto de las comunicaciones, pues por las condiciones en que se efectuó dicha llamada era claro que la misma no podía ser calificada de 'privada'." (Considerando 9)

Señala, igualmente que:

"(...) las comunicaciones efectuadas a través de un correo electrónico personal o de un chat o mensajero externo, aun cuando se hayan realizado desde la computadora del centro laboral, si se encuentran protegidas por el derecho al secreto de las comunicaciones, pues sobre ellas sí existe una expectativa razonable de secreto o confidencialidad, dada su titularidad en la persona del trabajador, la clave personal que se maneja para acceder y su utilización para fines estrictamente personales. Sobre dichas comunicaciones no cabe pues, salvo con las previsiones establecidas en el artículo 2, inciso 10 de la Constitución, ninguna clase de interferencia o intervención por parte de terceros o del Estado." (Considerando 17)

El Magistrado Eto concluye, al preguntarse si la facultad de control sobre los recursos informáticos de la empresa (e-mail laboral y chat o mensajero interno, específicamente) puede ejercerse libremente o si, por el contrario, tiene alguna clase de límite, que efectivamente debe de existir un límite al control empresarial, determinado por el derecho a la dignidad y los derechos fundamentales, que no pueden ser desconocidos en el seno de una relación laboral (Considerando 20).

Por el contrario, el voto del Magistrado Álvarez Miranda tiene una posición radicalmente distinta. Si bien reconoce que "(...) bajo ningún concepto podría admitirse que un tercero interfiera en comunicaciones privadas, como por ejemplo, en una charla amical a través de un sistema de mensajería instantánea como *MSN Messenger* o *Skype* en el que se utilice cuentas privadas, si es que no cuenta autorización judicial conforme a lo previsto en el artículo 10 de nuestra Constitución Política (...)" (Considerando 11) o "(...) incluso cuando alguno de los involucrados en dicha comunicación haya utilizado bienes ajenos (como la computadora de su empleador) para efectuar tal conversación" (Considerando 11), no piensa lo mismo cuando los instrumentos de comunicación han sido proporcionada por el empleador.

En estos casos, señala que:

"[las cuentas proporcionadas por el empleador] únicamente deben ser utilizadas para

usos estrictamente laborales, y es que, en tanto dichas cuentas se encuentran vinculadas al dominio del empleador, éste debe velar por su correcto uso no sólo porque su marca o nombre comercial podría perjudicarse al involucrarse en problemas no deseados, sino porque incluso podría comprometer al empleador en litigios tanto de naturaleza contractual como extracontractual." (Considerando 13)

Concluye que:

«(...) a mi juicio, no puede asimilarse mecánicamente el tratamiento de las cuentas privadas a las laborales. En tal sentido, no puede entenderse que una sesión de chat realizada a través de una aplicación proporcionada por el empleador, **como herramienta de trabajo**, haya generado una expectativa razonable de confidencialidad, "pues el trabajador no puede deducir, objetiva y razonablemente, que dicho medio técnico cuenta con la garantía del secreto o confidencialidad, pues ni el medio le pertenece ni le ha sido entregado con otros fines que queden fuera de la esfera de intereses del empleador. No existe, por tanto, una expectativa de que lo comunicado a través de dichos medios técnicos se sitúe en el margen de privacidad y secreto, que busca proteger el derecho al secreto de las comunicaciones. Efectuando las analogías, puede decirse que el e-mail laboral y el chat o mensajero interno, son medios de comunicación laboral, al igual que los clásicos memorandos, oficios o requerimientos, sólo que más rápidos, prácticos y ecoeficientes que estos últimos. Y no se puede desprender, razonablemente, por su propia naturaleza, que un oficio, memorando o requerimiento sea un medio de comunicación sobre el que quepa guardar una expectativa de secreto o confidencialidad."» (Considerando 14)

Con ello vemos cómo, si bien el desarrollo a través de los pronunciamientos jurisprudenciales ha sido escaso, más allá de algún pronunciamiento aislado, se reconoce la imposibilidad de acceder al contenido de las comunicaciones de los tra-

bajadores, pese a que las herramientas (correo electrónico y similar) han sido proporcionadas por el empleador. Lamentamos, eso sí, que los pronunciamientos se hayan centrado básicamente en el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, dejando de lado el análisis de otros derechos fundamentales igualmente afectados (o por lo menos potencialmente afectados) tales como dignidad (tenuemente tratado -simplemente mencionado diría- por el Magistrado Eto en el voto emitido a propósito del Expediente 03599-2010-PA/TC) y en particular el derecho fundamental a la dignidad, que tan poco desarrollo ha tenido en los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional.

IV. OTRAS FORMAS DE FISCALIZACIÓN DEL TRABAJADOR A TRAVÉS DEL USO DEL CORREO ELECTRÓNICO (CONTROL A DISTANCIA)

No podemos de dejar de mencionar en este trabajo las nuevas formas de prestación de la relación laboral; formas que se vienen presentando con mayor frecuencia, y que implican que la prestación laboral se desarrolle fuera del centro de trabajo, ya sea en el domicilio del trabajador, o en cualquier lugar geográfico (inclusive en el extranjero), pero en las que el uso del correo electrónico hace innecesaria la presencia física del trabajador.

Wilfredo Sanguinetti nos señala que:

"(...) la aplicación de las modernas tecnologías -especialmente de la información y las comunicaciones- a los procesos productivos está permitiendo el surgimiento de modalidades 'descentralizadas' de trabajo, que no participan de las características típicas que hasta el momento han venido acompañando a la prestación de servicios en régimen de dependencia (desarrollo de la labor en el centro de trabajo, con sometimiento a un horario y a la vigilancia y control constantes del empresario)."¹⁸

Ejemplos tenemos muchos (y a mano). La reciente promulgación de la Ley 30036 (Ley que regula el teletrabajo) es un claro ejemplo. El te-

letrabajo, definido doctrinariamente como "(...) aquel trabajo que se ejerce fuera de los lugares o sitio donde el resultado de este trabajo se espera, mediante herramientas informáticas y/o las tecnologías de la información (...)"¹⁸, y definido por la Ley 30036, como "una modalidad especial de prestación de servicios caracterizada por la utilización de tecnologías de la información y las telecomunicaciones (TIC), en las instituciones públicas y privadas (...)"¹⁹ deja en evidencia el cada vez más frecuente cumplimiento de la relación laboral fuera del centro de trabajo o en lugar distinto al local de la empresa.

Es en este tipo de situaciones en donde el correo electrónico, como medio para impartir directivas e instrucciones, y sobre todo como medio de fiscalización y control tiene una función fundamental. En estos casos, el problema surge no por la forma en que el empleador puede ejercer la función de control, sino por los espacios que pueden ser invadidos o afectados so excusa de la dirección y fiscalización practicada por el empleador. En ese mismo sentido lo anota Marín Alonso²⁰, cuando señala que:

"(...) en casos como el teletrabajo, se advierte fácilmente que los mecanismos de control empleados por la empresa para fiscalizar u observar la actividad laboral de los trabajadores pueden inmiscuirse en aspectos pertenecientes a la vida privada de los mismos (...)."

Exactamente ocurre lo mismo por el solo hecho, por ejemplo, de recibir correos electrónicos en

horas que debieran estar dedicados al descanso o a espacios familiares; inclusive en aquellos casos en los que la relación laboral se desarrolle mayoritariamente en el centro de trabajo, pero el trabajador recibe un teléfono celular con la posibilidad de recibir correos electrónicos, surgen algunas interrogantes: ¿resulta factible el uso del correo electrónico más allá de la jornada de trabajo?, o ¿es factible la exigibilidad del uso del correo electrónico más allá de la jornada de trabajo? En muchos casos, resulta ser una exigencia del empleador el no apagar los dispositivos celulares fuera de la jornada, o establecen la obligación de contestar los correos electrónicos sin importar la oportunidad en que éstos son recibidos. Resulta claro que nos enfrentamos a un nuevo tipo de interrogantes, nuevos escenarios, nuevos problemas (extensión de la jornada de trabajo al propio domicilio, afectación de las esferas propias de la intimidad del trabajador, pago de horas extras por la recepción o envío de correos electrónicos a través de teléfonos celulares -sobre lo que ya existen pronunciamientos²¹-).

Con el presente trabajo buscamos poner sobre la mesa estas nuevas formas, las mismas que deberán ser cuidadosamente analizadas, para lograr determinar la procedencia o no de las mismas, procedencia que deberá considerar no solamente la justificación o conveniencia de quienes contratan, sino también la intimidad y los espacios propios de quien es contratado. Nos enfrentamos a nuevas situaciones que no se encuentran reguladas y que han sido escasamente tratadas jurisprudencialmente.

18. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Contrato de Trabajo y Nuevos Sistemas Productivos*. Primera edición. Lima: Ara Editores, 1997, pp. 58 y 59.

19. ALGAR JIMÉNEZ, Carmen. *Op. cit.*, p. 13.

20. MARÍN ALONSO, Inmaculada. *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al secreto de las comunicaciones*. Valencia: Tirant lo Balch, 2005, p. 50.

21. Al respecto se pueden revisar algunos casos en <www.latincounsel.com/esp/noticiaampliada.php?nid=6639>. Asimismo, se cuenta con un reciente pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional (Expediente 00385-2012-PA/TC), caso en el que se acredita la realización de actividades más allá de la jornada de una persona que se encontraba bajo un convenio de prácticas pre profesionales, entendiéndose por lo tanto que la práctica pre profesional de habría desnaturalizado, siendo la relación de naturaleza laboral y no formativa. La realización de labores más allá de la jornada asignada (fundamento central de la desnaturalización) se demuestra por el uso del correo electrónico institucional (Fundamento 4).