

IMPACTO DE LAS TECNOLOGIAS EN LAS RELACIONES LABORALES

Segunda Parte

Prof. Dra. Esc. María José Viega¹

V) Resoluciones de la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales (URCDP)

La Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales (URCDP), creada por la Ley N° 18.331 como órgano garante en materia de protección de datos, ha recibido varias consultas sobre el tema objeto de este trabajo y se ha expedido de la siguiente forma.

Dictamen N° 2 de 27 de abril de 2009. Consulta realizada por el Ministerio de Salud Pública sobre la posibilidad de publicar en la web otras actividades laborales declaradas por los Inspectores, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 34 literal g) de la Ley N° 18.331.

¹ **Doctora en Derecho y Ciencias Sociales y Escribana Pública por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay (UDELAR). Profesora de Informática Jurídica, de Derecho Informático y de Derecho Telemático en la UDELAR.** Gerente de la Dirección de Derechos Ciudadanos de la Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y el Conocimiento (AGESIC) – Presidencia de la República. Directora del Instituto de Derecho Informático de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (agosto 2010-marzo 2013). Coordinadora del Grupo de Jurisprudencia del Instituto de Derecho Informático de la UDELAR. Posgrado de Derecho Informático: Contratos Informáticos, Contratos Telemáticos y Outsourcing en la Universidad de Buenos Aires. Experta Universitaria en Protección de Datos, UNED (ESPAÑA). Experta Universitaria en Administración electrónica, Universidad Operta de Cataluña (España). Ex - Profesora del curso en línea Derecho del Ciberespacio en la UDELAR. Ex - Profesora de Derecho de las Telecomunicaciones en la Universidad de la Empresa. Ex - Profesora en la Oficina Nacional de Servicio Civil (Presidencia de la República) del Curso Derecho de Internet. Ex - Profesora de los cursos de e-learning “Introducción al Derecho de las TICs”, “Documento y firma electrónica”, “Protección de datos” y “Contratos Informáticos” en Viega & Asociados. Directora del Estudio Jurídico Viega & Asociados (1992-2012). Miembro Honorario de la Asociación Paraguaya de Derecho Informático y Tecnológico (APADIT). Miembro Fundador del Instituto de Derecho Informático (UDELAR) y de FIADI Capítulo Uruguay. Miembro de la International Technology Law Association. Miembro de la International Association of Privacy Professionals. Autora del libro “Contratos sobre bienes y servicios informáticos”. Amalio Fernández, junio 2008 y del e-book “Marketing Comportamental en línea. El desafío de las cookies”. 2012 (publicado en www.viegasociados.com). Co-autora de los Libros: Lecciones de Derecho Telemático Tomo I y II (FCU, abril 2004 y mayo 2009); e-book “Documento Electrónico y Firma Digital. Cuestiones de Seguridad en las Nuevas Formas Documentales (junio 2005); “Marco normativo del Derecho Informático” (julio 2011); “Documento y firma. Equivalentes funcionales en el mundo electrónico”. 2012. Es autora de múltiples trabajos de su especialidad y conferencista a nivel nacional e internacional.

Se analiza si es necesario el previo consentimiento para la publicación o si se verifican las excepciones previstas en los literales B), C) y D) del artículo 9 de la Ley.

Se dictamina: *“Se sugiere publicar las demás actividades laborales de los Inspectores de M.S.P. en la medida que la mentada publicación forma parte de las funciones propias del Organismo y la finalidad perseguida es la mayor transparencia en la gestión. De lo contrario, será necesario recabar el previo consentimiento informado, de acuerdo a las previsiones contenidas en el art. 9 de la LPDP”.*

Dictamen N° 16 de 20 de agosto de 2010. Se consulta sobre la procedencia de la recolección y tratamiento de determinados datos personales empleados en empresas de seguridad o aspirantes a llenar vacantes.

El dictamen establece en el numeral segundo: *“tratándose de empresas de Seguridad, y en función del derecho fundamental a cuya garantía y defensa este tipo de empresas contribuyen, se considera dentro de lo ponderado o adecuado, que recaben datos de sus trabajadores, o aspirantes a serlo, relativos a impedimentos físicos o enfermedades crónicas, antecedentes policiales, y deudas, todo ello bajo las más severas garantías de seguridad y reserva”.*

El numeral tercero establece: *“En el mismo contexto empresarial, no parece justificado –salvo prueba en contrario- tratar las siguientes especies de datos personales: calidad de inquilino o propietario; marcas o tatuajes; color de ojos y pelo; ciertos datos familiares (ocupación del padre, madre, hijo, otros); actividades deportivas, recreativas y religiosas”.*

Se hace referencia a la necesidad de obtener el consentimiento expreso y escrito en el caso de la recolección y tratamiento de datos sensibles y se recomienda incluir opciones de respuestas facultativas en los cuestionarios que recolectan datos personales, especialmente datos sensibles, informando a los titulares el carácter opcional mediante leyendas precisas y claras e informando el compromiso del responsable de la base de datos de no utilizar la información recabada con fines discriminatorios.

Dictamen N° 17 de 20 de agosto de 2010. Se dictamina sobre una consulta referida a la necesidad del previo consentimiento informado de referencias laborales y del postulante al momento de la recepción de curriculum vitae.

El Consejo de la URCDP dictamina que: *“No se deberá recabar el previo consentimiento, sin perjuicio que sería conveniente que la empresa, al recepcionar los curriculum dé a conocer a través de la incorporación de una cláusula, el destino que tendrán los mismos y si van a ser comunicados a otras empresas”.*

Con relación a la necesidad de la empresa que recepciona los curriculum de solicitar al postulante el previo consentimiento de las referencias laborales la Unidad entiende que: *“Se trata de una práctica necesaria en el medio social –a*

finés laborales, crediticios, entre otros-, por lo que constituye una práctica lícita, salvo abusos, que en principio no debe ser controlada ni revestida de mayores formalidades desde el ámbito de la protección de datos personales”.

Dictamen N° 22 de 21 de octubre de 2011. Se dictamina sobre consulta de Secretaría General de Agesic respecto de la adecuación a la normativa legal vigente para solicitar datos personales a los funcionarios. Los datos requeridos refieren a datos identificatorios, grupo familiar, datos de salud, calificación personal, datos laborales y medio de transporte utilizado para llegar al trabajo.

Se entiende que los datos requeridos son acordes a la finalidad que se persigue y se recomienda que se adopten las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de los principios y derechos que consagra la ley.

Dictamen N° 9 de 24 de mayo de 2012. El Comité de Seguridad de la Información de la Agencia Nacional de Vivienda consulta respecto a la pertenencia y uso del correo electrónico entregado a los usuarios, así como a la regulación de la privacidad de la información contenida en los mismos.

La URCDP dictamina: *“Establecer que la administración pública y las empresas tienen derecho a controlar el uso de las cuentas de correo electrónico de su titularidad, limitándose en lo posible a los datos sobre tráfico más que al contenido en sí de las comunicaciones, salvo que ello sea necesario.*

Indicar que se requiere informar expresamente y por anticipado al trabajador, así como utilizar los datos sólo para la finalidad para la cual han sido recabados, garantizando la seguridad y confidencialidad de los mismos”.

VI) Jurisprudencia

En este punto se realiza un análisis del desarrollo de la jurisprudencia, entre los años 2006 al presente, apareciendo las mismas en orden cronológico².

Sentencia del Juzgado Letrado de Trabajo de 1º Turno N° 4 de 7 de marzo de 2006. Se resuelve sobre el uso del correo electrónico en el trabajo y la protección de datos personales en relación a archivos con fotografías del actor.

Dice la sentencia: *“la propia naturaleza de la relación subordinada da lugar a que la eficacia de estos derechos pueda verse limitada. Así se ha sostenido, que el poder de vigilancia, y contralor de los trabajadores por parte del empresario vulnera el derecho a la intimidad cuando se extralimita, cuando los medios electrónicos controlan al trabajador y no a la actividad que este realiza. Los*

² La mayoría de las sentencias y sus comentarios se encuentran publicadas en los Anuarios de Derecho Informático (Fundación de Cultura Universitaria) y en la base de datos a la cual se accede a través de www.jurisprudenciainformatica.gub.uy. La relevamiento y recopilación anual es realizado por el Grupo de Jurisprudencia coordinado por la autora del presente trabajo.

tribunales españoles aplican, a la hora de admitir o no el uso de estos medios para el control de los trabajadores, un juicio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y equilibrio). En este sentido, debe existir una justificación para la utilización de esos medios de control (...)".

Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 14º Turno Nº 37 de 26 de junio de 2006. Esta sentencia analizó la procedencia de la indemnización por despido, por maniobra realizada a través del correo electrónico de la empresa. Como prueba se presentan correos electrónicos que el actor enviaba desde la empresa a la consultora rival y a terceros que intervenían en la transferencia de fondos. El actor desconoce esos correos y sostiene que, de ser verdaderos, se estaría violando su privacidad.

El sentenciante considera que si el correo es de los funcionarios y del sistema de la empresa no es correspondencia privada; además, la demandada tiene derecho a conocer lo referido a las cuentas de sus clientes, por lo que considera probada la notoria mala conducta y ampara parcialmente la demanda.

Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 3º Turno Nº 386 de 26 de octubre de 2007 confirmatoria de la Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Mercedes de 3º Turno Nº 10 de 21 de febrero de 2007. Se resuelve respecto de la notoria mala conducta por maniobra efectuada mediante la manipulación de computadoras.

El actor reclama rubros salariales adeudados e indemnización por despido. El demandado alega que existió notoria mala conducta por parte del actor y por tanto no corresponde el pago de la indemnización. El actor se desempeñaba como cajero en una empresa de transporte de pasajeros y se constató una maniobra por la cual utilizaba los talones de los boletos originales para expedir nuevos pasajes a través del sistema manual, cobrando al cliente y quedándose con el dinero.

Sostiene el actor que en la empresa era práctica común el intercambio de las claves de las computadoras y que por tanto cualquier empleado pudo haber realizado dicha maniobra. Si bien esto es cierto, los actos solo podían ser cometidos por el cajero, lo que en definitiva fue probado por el perito actuante, que califica el conocimiento mutuo de las claves como una "desprolijidad peligrosa". Ambas sentencias desestiman la demanda.

Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Trabajo 2º Turno Nº 17 de fecha 11 de febrero de 2008 confirmatoria de la Sentencia del Juzgado Letrado de Trabajo de Primera Instancia de 11º Turno Nº 32 de 30 de abril de 2007. Se resuelve respecto de la notoria mala conducta por hurto de dinero de la empresa siendo relevante como prueba correos electrónicos.

La actora rubros salariales adeudados e indemnización por despido e incluye en el capítulo de prueba un correo electrónico remitido por su jefe de donde surge que además de secretaria se desempeñaba como vendedora y oficial de cuentas.

El demandado alega que existió notoria mala conducta por parte de la actora ya que se apropió de un dinero de la empresa (de lo cual se hizo denuncia policial) y por tanto no corresponde el pago de la indemnización. La demandada presenta como prueba correos electrónicos remitidos por la actora donde niega haber amenazado a una compañera, pero amenazando a la demandada si no le pagan el despido.

Entiende el Tribunal que "de los e-mails recibidos surge la culpabilidad de la accionante". Ambas sentencias desestiman la demanda.

Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 9º Turno Nº 15 de 24 de marzo de 2008. Se resuelve sobre la intromisión en el correo electrónico de un trabajador por parte de patrón.

Una compañera de trabajo del actor, se presentó ante su supervisor y luego este ante el Departamento de Personal, denunciando que había recibido un correo electrónico por parte del actor que realmente la molestaba mucho y quería que se actuara en consecuencia, ya que se encontraba muy dolida y agredida por su contenido. En función de esta denuncia y previo a tomar cualquier tipo de medida, se procedió a investigar el correo electrónico del actor con la finalidad de corroborar el contenido de los correos y poder determinar si efectivamente eran ofensivos hacia su compañera, así como si el actor había abusado realmente de esta herramienta de trabajo.

El Considerando IV establece que: *"En la especie, se le imputa al trabajador el uso del correo electrónico para fines distintos a los de la empresa, y lo que va más allá, lesivos de los derechos de otras personas, en el caso, la compañera denunciante. La Sede entiende que se ha probado el primero de estos aspectos. El actor, utilizó el correo electrónico para efectuar comunicaciones fuera de la regular actividad de la empresa demandada. En contravención con el reglamento de la empresa"*.

A todos los empleados se les entrega una copia del Reglamento de las políticas y normas referentes a la seguridad de la tecnología de información de la empresa, que establece *"todo hardware y software proporcionado por BB es propiedad de la firma y está sujeto a su inspección en cualquier momento y sin previo aviso –para evaluar el cumplimiento de la política de seguridad"*.

"No existe duda, porque surge de la prueba agregada, que el trabajador utilizó su correo electrónico con fines absolutamente divergentes a los fines empresariales, como instrumento de entretenimiento o diversión; detrayendo su tiempo de trabajo a la empresa, durante el horario de labor."

Por ello, desde el plano estrictamente jurídico, el accionar del actor es reprobable y por tal razón se habrá de hacer lugar a la excepción de notoria mala conducta opuesta por la parte demanda".

Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo Nº 205 de 12 de junio de 2008. La actora impetra la anulación del acto que dispuso su separación del Centro de Cómputos, en forma provisoria y le impuso una sanción de suspensión sin goce de sueldo por cinco días, con anotación en su legajo personal. Se agravia del acto impugnado, señalando que existió prejuzgamiento en la investigación administrativa y que le fue imposible ejercer su derecho de defensa.

Se comprobó la creación de un usuario de correo electrónico no autorizado, a través del cual se intercambiaban mensajes entre otros funcionarios de diversas reparticiones de la demandada, tanto de Montevideo, como de ciudades del interior, y un funcionario no identificado, correspondencia que tenía fundamentalmente contenido gremial y político.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo afirmó que el actor era uno de los pocos funcionarios con capacidad para crear el usuario "Re Nom", cuyo origen no podía ser determinado, entre otras razones porque la utilización y creación de la casilla coincide con su presencia en la oficina y porque la única computadora en que estaba registrado el usuario no autorizado, era precisamente la que usaba el actor en forma casi exclusiva.

Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 6º Turno Nº 25 de 25 de junio de 2008. Se resuelve acerca de un despido por uso indebido de las herramientas informáticas, desestimándose la notoria mala conducta.

El demandante ingresó sin autorización de ningún tipo a la computadora personal de la vicepresidenta de la compañía, utilizando su perfil de usuario y accediendo de esta manera a información personal y privada de la Señora.

La utilización de equipos informáticos para fines particulares es razón más que suficiente para configurar la notoria mala conducta. La empresa descubrió el hecho cometido por el actor al realizar una investigación en referencia al hurto de tres cheques y cédula de identidad de la cartera personal de la vicepresidenta. Dicha cartera, estuvo sola únicamente el 29 de agosto entre las 12 y las 16 horas en la oficina que comparte con su marido.

En el contexto de la investigación que se realizó, se mencionó al demandante quien fue visto en dichas dependencias en la fecha y hora indicadas, no estando autorizado a efectuar ningún trabajo de mantenimiento.

En suma se coincide con el actor, en torno a que los hechos acreditados, son solamente indicios, que aunque se analicen en su conjunto no acreditan una notoria mala conducta. El sentenciante comparte la opinión de que se hizo un uso indebido de los servicios de Internet y que ello eventualmente pudiera acarrear algún tipo de sanción. Pero ellas deben ser progresivas y no acudir desde el principio a la mayor entidad o sea el despido.

Sentencia del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° Turno N° 149 de 11 de agosto 2008. Revoca sentencia de primera instancia resolviendo sobre notoria mala conducta por uso de información de tarjetas de crédito.

El actor, que se desempeñaba como empleado en un banco, renuncia en el marco de una investigación interna y luego reclama indemnización por despido arguyendo que lo forzaron a renunciar. La demandada investigó al actor y luego realizó una denuncia penal porque sustrajo información confidencial de clientes del Banco usuarios de tarjetas de crédito residentes en el exterior, que eran usados por el actor para realizar compras por Internet.

La sentencia de primera instancia entiende que no se llegó a probar la notoria mala conducta y por tanto corresponde a la empresa indemnizar. Apelada por la demandada, el Tribunal revoca la sentencia basándose en lo actuado en Sede Penal.

Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 16° Turno N° 39 de 16 de diciembre de 2008. Se resuelve respecto al control de la casilla de correo del trabajador como violación de la privacidad y el uso abusivo de las herramientas de la empresa por parte del trabajador.

De la prueba documental consistente en correos electrónicos enviados de o para la casilla de correo laboral del actor, surge que tenía una sociedad con otras dos personas, que desarrollaba una actividad similar a la de su empleadora, realizando los contactos y negociaciones respecto de los clientes personales o de la referida sociedad en el lugar y horario del trabajo, utilizando para ello la computadora y correo electrónico laboral.

El magistrado afirma que doctrina y jurisprudencia han puesto de relieve el principio consistente en que la lealtad y la fidelidad deben presidir las relaciones laborales. Con respecto al uso indebido del correo electrónico con fines personales admitido por el actor, afirma: *"El hecho de envío de mensajes particulares a través de correo electrónico utilizando el actor los medios informáticos del empleador en horario de trabajo constituye un hecho que debe ser comprendido, sin esfuerzo, en la eximente legal de notoria mala conducta"*.

Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2° Turno N° 1 de 6 de febrero de 2009. Se resuelve sobre la notoria mala conducta de un técnico informático que ingresaba información reservada de la empresa por un computador al que no se le permitía el acceso.

La sentencia de primera instancia hace lugar a la demanda y condena al demandado a abonar al actor los siguientes rubros laborales: indemnización por despido común, aguinaldo más un 10% por concepto de daños y perjuicios preceptivos. En segunda instancia se confirma la sentencia apelada rechazándose el agravio de notoria mala conducta opuesta por el demandado.

Entiende la Sala que no existe prueba suficiente y por tanto el agravio no es de recibo, ya que se trata de un técnico especialista en informática, que ingresa al sistema, información calificada como reservada de la empresa, a través de un computador al cual no se le permitía el acceso en ese momento, sabiendo éste, que el correo electrónico con clave era perfectamente rastreable por la empresa. Manifiesta el Tribunal que pudo haberse adoptado una sanción menor pero nunca la sanción máxima.

Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 3º Turno N° 40 de 26 de febrero de 2009. Se configura notoria mala conducta del actor por haber realizado maniobras irregulares con equipos telefónicos subsidiados por la empresa.

El actor se desempeñaba como empleado de una empresa de telefonía móvil. Es despedido por haberse configurado la causal de notoria mala conducta en virtud de una infracción evidente a los términos del contrato de trabajo consistente en la realización de operaciones de ventas, por cuenta propia y en su propio beneficio con equipos pertenecientes a la empresa. Dichos equipos fueron subsidiados – entregados sin costo- por el actor a dos clientes previa solicitud de autorización, la que fue concedida.

Entiende el Tribunal que hubo un actuar desleal y de mala fe del actor lo que lleva a que se confirme la Sentencia de primera instancia en todos sus términos.

Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 3º Turno N° 92 de 11 de marzo de 2009. Se confirma sentencia de primera instancia que juzgó configurada la notoria mala conducta del actor por haber navegado en páginas pornográficas en horario de trabajo.

El Tribunal confirma la sentencia de primera instancia, salvo en cuanto a la condena en el pago de las horas extras y sus incidencias en lo que se revoca. Entiende que la notoria mala conducta fue acreditada plenamente ya que se le otorga eficacia plena a las comprobaciones realizadas al computador del actor, por el Ingeniero en Informática y que se encuentran transcritas en un acta notarial, ya que fue incorporada al proceso con la contestación de la demanda, no habiendo sido impugnada por el actor en su oportunidad.

Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 3º Turno N° 40 de 8 de junio de 2009. Se resuelve sobre la sustracción de información mediante la utilización de dispositivos informáticos en el ámbito laboral.

El actor promueve juicio laboral reclamando licencia, salarios impagos, salarios vacacionales, horas extras, indemnización por despido y daños y perjuicios. En abril de 2007 el encargado del área informática de la empresa demandada, ve que el actor utiliza un dispositivo extraíble “pendrive” en una de las computadoras del sector donde se desempeñaba como trabajador.

Se le solicita el “pendrive” para ser analizado por parte de los ingenieros de sistemas de la empresa, constatándose que solamente existía información de tipo

personal. Luego de unos días de suspensión mientras se le analizaba la información informática, el actor recibe un telegrama dándole a entender su despido.

La Sede concluye que el trabajador era empleado dependiente, que su domicilio laboral es el de la empresa y se prueba que no estaba extrayendo información de la empresa.

En definitiva se ampara parcialmente la demanda, condenando a la demandada a pagar al actor los rubros: aguinaldo, licencia, salario vacacional, horas extras, indemnización por despido y el 20 % por daños y perjuicios preceptivos en atención a las cargas familiares del actor.

Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 10º Turno N° 70 de 15 de octubre de 2009. Se resuelve sobre la pertinencia de estar a la orden en una relación de Teletrabajo.

El actor trabajaba en una empresa como analista de sistemas y estaba encargado de desarrollar un proyecto desde su domicilio, que era monitoreado desde la empresa. Al permanecer a la orden desde su domicilio recibía un “call bonus”.

Es despedido porque no cumple las expectativas de la empleadora, se demuestra que no está conectado de noche y no registraba solicitudes de monitoreo en el sistema CMR corporativo.

La sentencia hace lugar a la demanda, condenando a la empresa a todos los rubros reclamados, más indemnización por despido, ya que la contestación no cumple requisitos formales y no se amparan en la notoria mala conducta.

Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1º Turno N° 40 de 3 de marzo de 2010 confirmatoria de la Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 10º Turno N° 49. Se resuelve sobre un trabajador que es despedido por notoria mala conducta por haber accedido a la correspondencia electrónica de su superior jerárquico.

Se constató que el actor, valiéndose de su posición jerárquica funcional, accedió sin que le fuera permitido a la correspondencia electrónica de su superior jerárquico y por ello fue despedido sin abonarle la indemnización. De la prueba aportada en autos surge una clara conducta intencional y no accidental del actor. El Tribunal entiende al igual que la Sede de primera instancia que existió notoria mala conducta y por tanto confirma la sentencia apelada.

Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 5 de 8 de febrero de 2010 confirmatoria de la Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1º Turno N° 54 de 4 de marzo de 2009. Se resuelve acerca de la eficacia de un acuerdo de voluntades celebrado por las partes, que fue perfeccionado vía correo electrónico, por el cual el actor se acogió a un plan de retiro incentivado.

La Suprema Corte de Justicia desestima los recursos de casación interpuestos por los demandados. La Sala entiende que no se perfeccionó un nuevo acuerdo de voluntades entre las partes ya que existió (vía correo electrónico) una modificación de la propuesta. Los demandados no pudieron dar por finalizada la relación de trabajo e incumplir con el acuerdo original. Por tanto se incurrió en incumplimiento contractual siendo responsables de los daños y perjuicios debidos.

Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2º Turno N° 399 de fecha 22 de diciembre de 2010 confirmatoria de la Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia de las Piedras de 5 Turno N° 40 de 6 de Octubre de 2010. Se resuelve respecto de la Notoria mala conducta de un trabajador que es despedido por ingresar en páginas pornográficas en horario de trabajo.

La notoria mala conducta se vio configurada por el actor, profesional universitario, que dispuso en el tiempo de su labor, de la conexión a Internet de la empleadora para acceder en forma más que asidua a páginas pornográficas, lo que se acredita en forma clara con los registros agregados en autos. Esta configuró la notoria mala conducta ya que utilizó el tiempo de trabajo para esa actividad en perjuicio de la empresa que costeaba el servicio y distrayendo el tiempo de dedicación a las tareas que debía prestar a su empleadora. El actuar de la demandada entiende el Tribunal que fue legítimo.

Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1º Turno N° 71 de 9 de marzo de 2011 revocatoria de la Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 5º Turno N° 45 de 30 de agosto de 2010. Se despidió por notoria mala conducta a una trabajadora que utilizó el chat de la empresa para fines personales, realizando comentarios despectivos de sus jefes y compañeros de trabajo.

En autos, el Tribunal revoca la sentencia de primera instancia, la que había hecho lugar a la eximente de notoria mala conducta aducida por la parte empleadora por el uso indebido del correo electrónico de la empresa por parte del trabajador. El Tribunal entiende que no se configura la referida eximente. En su argumentación, parte por distinguir el correo electrónico del chat, recurriendo a ello a Wikipedia on line como fuente doctrinaria. El Tribunal los diferencia y establece paralelismos entre el chat y la conversación, y entre el correo electrónico y la correspondencia.

Asimismo, analiza la potestad del empleador en el control de dichos medios de comunicación informáticos brindados por la empresa, en relación con el derecho a la intimidad que tiene el trabajador respecto a los mismos, y el requerimiento de consentimiento previo para su revisión.

Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia del Trabajo de 1º Turno N° 82 de 9 de diciembre de 2011. Se resuelve sobre la reclamación de varios rubros laborales y se valora como medio probatorio el sistema informático y correos electrónicos para demostrar la configuración de la notoria mala conducta.

Se resuelve demanda laboral donde el actor reclama indemnización por despido, aguinaldo y demás rubros salariales. La demandada alega que existió notoria mala conducta teniendo en cuenta que el actor se encontraba fuera del país y no permitió realizar una auditoria en la sucursal de la que era Gerente. El contador enviado a hacer la auditoria envía correos electrónicos a la empresa donde relata algunas de las irregularidades constatadas. En una segunda instancia un nuevo grupo de auditores contables constatan la existencia de adulteraciones consistentes en la carga de datos contables falsos. El Juez valora toda la prueba aportada consistente en los correos electrónicos y el sistema informático y falla que existió notoria mala conducta acogiendo parcialmente la demanda.

Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 14º Turno Nº 20 de 9 de abril de 2012. Se reclaman rubros laborales por despido por notoria mala conducta debido a la utilización del correo de su empleador para enviar información a clientes de éste y a clientes propios sobre servicios prestados por su empresa familiar.

Se desestima la indemnización por despido reclamada en tanto resulta configurada la notoria mala conducta del trabajador por el uso del correo electrónico de la empresa para fines personales en horario laboral. El Tribunal entendió que el trabajador realizó un uso claramente indebido del correo electrónico, bien material de la empresa, destinado al cumplimiento de sus fines configurándose el despido por notoria mala conducta.

Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 1º Turno Nº 13 de 8 de abril de 2013. Se resuelve despido por notoria mala conducta basándose en fotos tomadas en el lugar de trabajo las cuales fueron subidas a Facebook, valorándose como medio probatorio la protocolización de las capturas de pantalla y las políticas de privacidad de Facebook.

La actora colgó en su muro de Facebook dos fotografías de sus ex compañeros de trabajo FF y GG, en las que éstos se encontraban en las oficinas de su jefa desarrollando actividades que no se compadecen con sus funciones. Que dichas fotografías fueron subidas a Facebook el miércoles a las 18.40 y el 21 de abril a las 14.40, según protocolización notarial agregada por la accionada, de lo que se deduce que las fotografías fueron colgadas a su perfil de Facebook fuera del horario de trabajo.

“La irrupción de la redes sociales y muy especialmente su expansión, sin lugar a dudas ha modificado las formas de comunicación, y también ha tenido impacto en el ámbito laboral, a partir de la confrontación de dos grandes principios, el derecho a la intimidad del trabajador de raigambre constitucional (art. 28 Const.) y la responsabilidad de la empresa por la conducta de sus empleados en el trabajo y su poder de dirección y control, los que como bien se refiere en la sentencia citada por la demandada al contestar, se encuentran sometido entre sí a relaciones de coordinación y no de subordinación.”

Los hechos relatados y acreditados, constituyen una falta que puede poner en crisis la relación laboral, pero a criterio de ésta proveyente la misma no es constitutiva de la eximente notoria mala conducta. A tales efectos se valora, que el único extremo que ha quedado probado es que la trabajadora subió esas fotos a su red social sin autorización de la empresa, y por ende la falta que puede endilgársele es la difusión de las mismas sin autorización de su empleador. Y aún más aunque se admitiera que fueron tomadas en horario de trabajo por la propia trabajadora, ello tampoco permite admitir la eximente alegada. Si bien la mismas no son adecuadas, y como dijéramos, de darse por acreditadas que fueron tomadas en el horario de trabajo, demuestran que los funcionarios no estaban cumpliendo sus funciones - en el caso de uno de ellos no se le aplicó sanción de la misma gravedad-, no se ha acreditado perjuicio alguno sufrido a la honorabilidad o imagen de la demandada, que redunde desfavorablemente para la empresa. Los únicos comentarios que se realizaron a las fotografías pertenecen a los propios funcionarios de CC y se realizan en tono jocoso, (incluso algunos trabajadores ni siquiera las vieron ver declaración de EE); no se ha acreditado que el perfil de la Sra. AA permitiera que los socios de la Institución que tuvieran la calidad de amigos en el Facebook de la empresa pudieran acceder al muro de la trabajadora, en tanto sabido es que Facebook ofrece diversos modos de configuración de privacidad que entre otras cosas imponen que las fotografías colocadas en un muro sólo puedan ser vistas por los amigos de su titular y no por el público en general ni amigos de los amigos de éste, ni que éste incidente tuviera gran repercusión en la masa de clientes del gimnasio y finalmente ha quedado acreditado que la querellante no utilizó indebidamente la red social durante su horario de trabajo”.

Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia del Trabajo de 13° turno N° 19 de 7 de mayo de 2013. Se resuelve amparando parcialmente la demanda laboral desestimándose el despido abusivo, donde surge que la problemática del uso de cámaras de vigilancia en el espacio de trabajo.

En obrados, se reclaman rubros laborales, y entre ellos horario extraordinario, alegando que el mismo se había realizado en parte, a distancia, desde el acceso remoto a webmail. Se ofrece para demostrar dicha situación prueba testimonial y se agregan impresiones de correos electrónicos enviados desde el webmail de la empresa.

Sentencia de Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1° Turno N° SEF-0012-000238/2013 de 31 de julio de 2013 confirmatoria de la Sentencia de Primera Instancia N° 21/2013 de fecha 12 de abril de 2013. Se resuelve acerca de la configuración de notoria mala conducta derivada de alterar actuaciones electrónicas en historias clínicas.

La primera instancia condenó a la parte demandada a abonar al actor los rubros indemnización por despido y aguinaldo, más intereses, reajuste, multa y 10% por daños y perjuicios preceptivos, sin especial condenación.

En el primer considerando se expresa: *“Sostiene la apelante que discrepa con lo decidido en cuanto a que no se configuró notoria mala conducta, pues considera que no se requiere que se produzca daño a la empresa, estando demostrado que la actora faltó a su deber de buena fe y lealtad, debiendo tenerse presente que también se demostró que se había atribuido la calidad de médico sin serlo, no obstante lo cual se mantuvo la relación, pero la reiteración de un hecho violatorio de la veracidad y la buena fe es el detonante del despido, estando probado que se apropió del trabajo de sus compañeros en lugar de realizarlo por sí, lo que generó una absoluta pérdida de confianza, realizándose un procedimiento interno para la averiguación de los hechos, que culminaron demostrando que la actora actuó de forma desobediente sus obligaciones laborales, lo que surge de la prueba testimonial aportada y de la documental, que no fue valorada correctamente por la sentencia, dado que debió tener en cuenta el acuerdo de confidencialidad firmado por la accionante, así como que el reglamento determina que sea falta grave el manejo o proporcionar información falsa a la empresa y el rendimiento insuficiente, quedando demostrado que manejaba en forma fraudulenta la información de las historias clínicas, cuando existía la obligación de reserva y no uso de información en beneficio personal, no siendo menor una anterior inconducta, cuando se atribuyó la calidad de médico, habiéndose beneficiado con su actuación pues se atribuía un rendimiento que no era el suyo, quedando evidenciado que su conducta fue la que determinó los cambios en el sistema informático que se acreditaron”*.

Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 6° Turno N° 64 de 4 de setiembre de 2013. Se reclama trabajo extraordinario aportando como medio de prueba correos enviados fuera del horario laboral, desde fuera de la empresa y vía webmail.

Sentencia del Juzgado Letrado de la Capital de Trabajo de 6° Turno N° 107 del 13 diciembre de 2013. Se resuelve sobre acoso laboral a través del bloqueo del acceso al celular y no permitiéndoles acceso a Internet. Esta sentencia se encuentra apelada.

Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia del Trabajo de 4 Turno N° 1 de 3 de febrero de 2014. Se resuelve sobre diversos rubros laborales, incluyendo indemnización por despido, utilizándose como elemento probatorio el historial del GPS del vehículo usado por el trabajador.

Sentencia del Juzgado Letrado de 1ª Instancia de Trabajo de 6° turno N° 7 de fecha 24 de febrero de 2014. Acoge la demanda y condena al pago de despido y demás rubros laborales al descartar la notoria mala conducta alegada en base a fotos sacadas en el ámbito laboral y subidas a Facebook.

VII) BYOD (Bring your own device)

Para finalizar este trabajo sobre el impacto de las tecnologías en el ámbito laboral no queremos dejar de mencionar este nuevo fenómeno denominado BYOD, que es la sigla de “Bring your own device” - trae tu propio dispositivo-.

El hecho de llevar los celulares, las computadoras, las tablets personales a la empresa impacta en algunos aspectos, como por ejemplo la seguridad de la información. Por un lado, se produce un acceso a las redes de la empresa y la descarga de información en un dispositivo personal, sobre el cual el empleador no tiene conocimiento sobre las medidas de seguridad que posee. Por otra parte, el trabajador permite el acceso al empleador a sus dispositivos, muchas veces sin tener bajo resguardo su información personal.

Por tanto, habrá que considerar tanto aspectos vinculados con la protección de la privacidad, como de responsabilidad penal en el uso de la información.

Es muy difícil separar en estos casos la información de los ámbitos personal y laboral, hemos visto en diferentes sentencias como se evaluaba el hecho de que determinadas herramientas fueran del empleador y proporcionadas por éste.

Como conclusión podemos decir que para esta modalidad es imprescindible la realización de contratos de trabajo que regulen la situación, que establezca pautas y límites, así como compensaciones económicas por la utilización de un dispositivo personal.

VIII) CONCLUSIONES

A la hora de regular el impacto de la tecnología en las relaciones laborales es fundamental que se regulen determinados aspectos en el contrato trabajo, pero es relevante también que la empresa posea un código de conducta de los trabajadores, de manera que las reglas sean claras en cuanto al uso de las diferentes herramientas tecnológicas.

Por otra parte, aspectos como la equivalencia del uso y tratamiento de los medios electrónicos con los medios tradicionales es un parámetro a tener en cuenta, así como la proporcionalidad en la utilización de nuevas herramientas –como la video vigilancia- con la finalidad perseguida.