

# LAS NUEVAS TECNOLOGIAS Y EL DERECHO LABORAL

Prof. Dra. Esc. María José Viega<sup>1</sup>

## 1. Introducción

Las tecnologías han impactado en todos los ámbitos de nuestra vida, entre ellos el ambiente laboral. Hace ya más de 10 años el tema que preocupaba y era objeto de estudio era el teletrabajo. Hoy por hoy, temas como el manejo de los datos de los postulantes a un empleo, la utilización de las referencias y el impacto de las evaluaciones automatizadas, la vigilancia electrónica, la utilización del correo electrónico de la empresa y el privado, el uso del chat, de las redes sociales, WhatsApp, forman parte de las preocupaciones de empleadores y trabajadores.

Por otra parte, surgen permanentemente nuevas problemáticas a raíz del uso de los dispositivos personales, como es el fenómeno conocido como Byod (Bring your own device), el que ha venido ampliándose en BYOA (Bring Your Own Application), BYOC (Bring Your Own Cloud), BYON (Bring Your Own Network) y BYOT (Bring Your Own Technology o Toolkit).

---

<sup>1</sup> **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](http://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.

Gartner define BYOD como: *"una estrategia alternativa que permite a los empleados, socios de negocios y otros usuarios, emplear dispositivos seleccionados y adquiridos personalmente para ejecutar aplicaciones de la empresa y acceder a información. Típicamente abarca celulares inteligentes y tabletas, pero la estrategia también puede ser usada para computadoras personales. Puede incluir un subsidio"*<sup>2</sup>.

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 de 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.

## **2. Derecho del trabajo y protección de datos**

En trabajos anteriores se han estudiado y se ha pretendido dar respuestas a las distintas problemáticas que plantean estos temas. En el año 2010 se abordó el tema protección de datos<sup>3</sup>, realizando un análisis comparativo de los siguientes documentos:

1. El Repertorio de recomendaciones prácticas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT),
2. La Ley N° 18.331 de 11 de agosto de 2008, de Protección de datos y acción de habeas data,
3. El documento del Grupo de Trabajo en Protección de Datos creado por el Artículo 29 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 (WP 29).

En un trabajo reciente<sup>4</sup>, se agregaron a este estudio nuevos documentos:

4. El Dictamen N° 55 sobre la "Vigilancia y el control de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo" y

---

<sup>2</sup> <http://www.gartner.com/it-glossary/?s=byod> Visitado el 2 de noviembre de 2014.

<sup>3</sup> VIEGA, María José. "Protección de Datos Personales relacionados con el trabajo". Publicado en el Libro El trabajo ante las nuevas tecnologías. Fundación de Cultura Universitaria. Agosto, 2010.

<sup>4</sup> VIEGA, María José. "El impacto de las tecnologías en las relaciones laborales" Primera parte, Revista Doctrina & Jurisprudencia. Tomo XXVIII, setiembre 2014. CADE.

5. La Recomendación sobre la protección de datos personales utilizado para fines de empleo del Comité Consultivo de la Convención 108 para la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de datos, de junio de 2014.

De la comparación del Repertorio de la OIT con nuestra ley de protección de datos, surge claramente que ambos manejan definiciones y principios totalmente alineados y compatibles, no existiendo contradicciones entre las recomendaciones realizadas y la solución legal.

El Dictamen N° 55 ofrece una orientación y ejemplos concretos sobre lo que constituyen actividades de control legítimas y límites aceptables de la vigilancia de los trabajadores por parte del empleador. Y parte del supuesto que: *“Los trabajadores no dejan su derecho a la vida privada y a la protección de datos cada mañana a la puerta de su lugar de trabajo. Esperan legítimamente encontrar allí un grado de privacidad, ya que en él desarrollan una parte importante de sus relaciones con los demás. Este derecho debe, no obstante, conciliarse con otros derechos e intereses legítimos del empleador, en particular, su derecho a administrar con cierta eficacia su empresa, y sobre todo, su derecho a protegerse de la responsabilidad o el perjuicio que pudiera derivarse de las acciones de los trabajadores. El caso en que el empleador es víctima de un delito imputable a un trabajador constituyen el ejemplo más claro”*.

El Grupo de Trabajo del Artículo 29 entiende que la prevención debería prevalecer sobre la detección. Por ejemplo, vinculado al uso abusivo de Internet, deberían desplegarse avisos en la pantalla del computador del trabajador cuando intente entrar a lugares que se entiende no corresponden desde su lugar de trabajo o a los cuales no está autorizado, en lugar de monitorear los sitios a los cuales el trabajador ingresa una vez que ya lo ha hecho.

Es esencial que el trabajador esté informado sobre la vigilancia a la que está siendo sometido, sobre los datos que se han recolectado y con qué objetivo se mantienen.

Vinculado al correo electrónico se aconseja que la empresa proporcione al trabajador una cuenta de correo de uso profesional exclusivo y que quede claramente establecido la posibilidad o no del acceso a la cuenta de uso privado o autorización de utilizar el correo web, pudiendo ejercerse vigilancia sobre la primera pero no sobre la segunda.

Con relación al punto de la vigilancia en el lugar de trabajo, el WP55 destaca que las condiciones de trabajo han evolucionado, siendo difícil separar el trabajo de la vida privada, sobre todo teniendo en cuenta la “oficina a domicilio” que conlleva a toda la problemática del teletrabajo.

El Comité Consultivo de la Convención para la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de datos (T-PD del Convenio 108), del cual Uruguay es parte, aprobó por unanimidad en la 31° Reunión Plenaria realizada en

Estrasburgo (Francia) entre 2 y 4 de junio de 2014 la Recomendación sobre la protección de datos personales utilizados para fines de empleo, que revisa la Recomendación N° 89 (2) sobre este tema y tiene presente los "Principios rectores para la protección de las personas físicas en lo que respecta a la recogida y tratamiento de los datos por medio de video vigilancia", adoptada por el Comité Europeo de Cooperación Jurídica (CDCJ) del Consejo de Europa en mayo de 2003.

La Recomendación se basa en la toma de consciencia de la creciente utilización de las nuevas tecnologías y los medios de comunicación electrónica en las relaciones entre empleadores y empleados, y las ventajas correspondientes de los mismos, entendiéndose que el uso de las tecnologías debe realizarse basado en principios diseñados para reducir al mínimo cualquier riesgo que tales métodos podrían suponer para los derechos de los trabajadores y las libertades fundamentales, en particular su derecho a la intimidad.

### **3. Jurisprudencia**

Por otra parte, a fines del 2014 se realizó la segunda parte del trabajo "El impacto de las tecnologías en las relaciones laborales"<sup>5</sup>, en el cual se analizó la jurisprudencia en torno a estos temas en forma cronológica, desde el 2006 al 2014. En el presente trabajo, se pretende analizar los diferentes temas que han sido objeto de decisión por parte de nuestros tribunales y analizar las tendencias entre las fechas referenciadas.

#### **3.1 Correo electrónico**

##### **3.1.1 Uso del correo electrónico**

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 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 (...)"*.

---

<sup>5</sup> VIEGA, María José. "El impacto de las tecnologías en las relaciones laborales" Segunda parte, en proceso de edición Revista Doctrina & Jurisprudencia. CADE.

Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 9º Turno N° 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 éste 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 N° 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 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.

### **3.1.2 Correo electrónico como medio de prueba**

Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 14º Turno N° 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 2º Turno N° 17 de fecha 11 de febrero de 2008 confirmatoria de la Sentencia del Juzgado Letrado de Trabajo de Primera Instancia de 11º Turno N° 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 reclamó 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 16º 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 del 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 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 1° 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 acogía 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 Juzgado Letrado de Primera Instancia del Trabajo de 1° 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. 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 14° Turno N° 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 6° Turno N° 64 de 4 de setiembre de 2013. Se reclama trabajo extraordinario alegando que el mismo se había realizado en parte a distancia, desde el acceso remoto a web mail. Se aportan como medio de prueba correos enviados fuera del horario laboral, desde fuera de la empresa y vía webmail.

### **3.2 Uso de Chat**

Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1° Turno N° 71 de 9 de marzo de 2011 revocatoria de la Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 5° Turno N° 45 de 30 de agosto de 2010. Se despide 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.

### **3.3 Facebook**

Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 1° Turno N° 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 fotografía fueron subidas a Facebook y según protocolización notarial agregada por la accionada, se deduce que las fotografías fueron colgadas a su perfil 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 1ª Instancia de Trabajo de 6º 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. La empleadora controvierte el reclamo alegando la configuración de notoria mala conducta al haber descubierto una página en una red social titulada como “Operarios” de la empresa y en la cual figuraban fotos del actor semidesnudo en las instalaciones de la fábrica propiedad de la empleadora. Para acreditar dicho extremo se ofrecen las fotografías como prueba documental y acta notarial de constatación de la página de la red social y su contenido. No obstante la prueba informática agregada y valorada por el sentenciante, concluye la Sede que ante la existencia de prueba testimonial contradictoria y la calificación del trabajador como excelente por sus superiores, aplica el principio protector y tiene por no acreditada la eximente, acogiendo la demanda.

### **3.4 Notoria mala conducta por utilización de tecnologías y manipulación de información**

Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 3° Turno N° 386 de 26 de octubre de 2007 confirmatoria de la Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Mercedes de 3° Turno N° 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 Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 6° Turno N° 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 vicepresidente 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 vicepresidente. 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 Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2º 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 3° 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, 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 Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2° 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 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 la Capital de Trabajo de 5° Turno N° 102 de 23 de diciembre de 2013. Se reclama cobro de facturas de productos informáticos adquiridos e instalados por un trabajador solicitando inspección ocular para acreditar dichos extremos. El demandado planteó reconvenición alegando no sólo la notoria mala conducta como causal de despido, sino que reclama los daños y perjuicios ocasionados por el trabajador con la concreción de apropiación indebida de dinero de la empresa. La maniobra, por la que fue procesado el trabajador en sede penal como autor responsable de un delito de apropiación indebida, se realizaba a través de la manipulación y alteración de los registros en el sistema informático de contabilidad de la empresa, a los que accedía con su usuario y contraseña y por tener los privilegios de administrador.

Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 3° Turno N° SEF 14-000338/2014 de 30 de setiembre de 2014. Se revoca sentencia de primera instancia que desestima demanda laboral al considerar configurada la notoria mala conducta por abuso de las herramientas informáticas. Se agravia manifestando que en la empresa no había reglas relativas a limitaciones respecto al uso de herramientas informáticas en horario de trabajo. La empresa ocultó la investigación que seguía efectuando una pericia secreta. El objetivo fue lograr la desvinculación del actor con el menor costo económico posible. La empresa pudo haber amonestado al actor, haberlo suspendido y también despedido, pero no esconder la voluntad previa de despido en una eximente para no pagar. La Sala integrada, toma en cuenta que es exacto que la prueba gráfica obrante a fs. 19 a 96 acredita que el actor incurrió en conducta contraria a sus obligaciones laborales. Al haber hecho uso de la conexión a Internet a través del PC que le estaba adjudicado para trabajar, en horario laboral con fines personales; aunque considera que la conducta aludida no puede calificarse como notoriamente mala. Como lo expresa el Señor Ministro Doctor Adolfo Fernández De la Vega en su fundamento de voto, citando la opinión del Prof. PLA RODRIGUEZ, en palabras y criterio compartido por quienes dictan la presente decisión en mayoría: “...para que pueda hacerse valer la eximente, se requiere una debida progresividad en

materia de observaciones y sanciones, que le den la posibilidad al trabajador de corregir su actuación indebida. Como señala el Dr. Plá Rodríguez: en estos casos "...generalmente se exige que el despido sea precedido de una serie de sanciones menores que sirvan de prevención y de alerta, que con su progresividad marquen la significación creciente de la notoria mala conducta y que demuestren que si el trabajador no se enmendó fue porque no lo quiso hacer" (Cfr. "Curso de Derecho Laboral", Tomo II, vol. I, pág.271). Sin embargo, hay un Ministro discordante: Dr. Juan Carlos Contarin Villa, quien entiende que debió confirmarse la sentencia de primera instancia configurándose la notoria mala conducta.

Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia del Trabajo de 21º Turno N° 31 de 20 de agosto de 2014. Se reclaman rubros laborales por despido por notoria mala conducta debido a la sustracción y utilización para beneficio propio o de terceros de información confidencial y privilegiada de clientes de la empresa. La sentencia refiere a una empresa que gira en el rubro de intermediación de valores y despide a una empleada por la causal notoria mala conducta. La misma consistió en la sustracción desde una PC de la empresa de información confidencial y privilegiada de clientes en beneficio del propio trabajador o de un tercero. La Sede no hace lugar a la configuración de la causal de notoria mala conducta alegando que no resultó probado el hecho de la sustracción de información confidencial o privilegiada de clientes de la empresa. Tampoco se acreditó en autos el carácter confidencial o privilegiado de la información.

### **3.5 Teletrabajo**

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.

### **3.6 Videovigilancia**

Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1º Turno N° SEF-0012-000035/2014 de 7 de marzo de 2014. Se confirma sentencia de primera instancia que desestima demanda. La demandada se agravia por el criterio utilizado para la valoración de la prueba ya que la filmación fue desglosada del expediente, cuando la misma no había sido objeto de tacha de falsedad y respecto de esa decisión interpuso recursos de reposición y apelación con efecto diferido; filmación que fue

admitida como prueba en Sede Penal. Además, se limitó el interrogatorio de los testigos propuestos y entiende que se ha infringido el debido proceso al acotar las preguntas a los testigos y relacionarlas exclusivamente a los comentarios que hubieren surgido y sus efectos. La Sala se remite a los fundamentos expresados en los considerandos I a III de la atacada en cuando allí se establece con claridad cuál ha sido el contenido de la pretensión movilizada en autos, el reclamo de despido abusivo y los argumentos expuestos por los demandantes para atribuirle a sus despidos esa calificación, así como el relato de los padecimientos sufridos durante el curso de la investigación policial y la denuncia penal efectuada por las empleadoras y el daño que ello les ocasionó (considerando I).

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 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 del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 4° Turno N° SEF 511-000121/2014 de 3 de junio de 2014. Se confirma sentencia de primera instancia que acogió parcialmente la demanda, considerando que se había acreditado por parte de la empleadora la configuración de la notoria mala conducta y se considera lícita la filmación de una entrevista con la empleada por irregularidades en su trabajo. Asimismo, la empresa proporciona copia del registro informático respecto a la entrada al comedor de empleados, con lo cual justifica el goce del descanso intermedio.

Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2° Turno N° SEF-0013-000400/2014 de 16 de diciembre de 2014. Se confirma sentencia de primera instancia que desestimó la demanda en todos sus términos acogiendo la excepción de notoria mala conducta probada a través de las imágenes digitales que reproducen cuando el trabajador golpea a un compañero de trabajo.

### **3.7 Utilización de celular**

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.

### **3.8 Utilización de GPS**

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. La presente sentencia acoge parcialmente una demanda laboral por diversos rubros salariales e indemnizatorios, incluyendo horas extras. El demandado contesta que si bien el horario era variado, no era tan extenso como afirma el actor. De la documentación adjunta surge que los vehículos de la empresa son monitoreados por GPS, y del control de éste surgen los comercios visitados, el horario de detención y los kilómetros recorridos. En definitiva el sentenciante entiende que no se probó cabalmente la realización de horas extras, sobre todo cuando la demandada probó mediante el GPS los horarios trabajados. Por tanto, no se hace lugar al reclamo de las horas extras.

#### **4. Reflexión final**

Es creciente en nuestro país la jurisprudencia laboral vinculada al uso de las tecnologías y a la manipulación de la información, así como los límites de la utilización de chat, redes sociales, entre otros.

Esta discusión se ha venido dando en Estados Unidos y un tema muy interesante lo constituye las implicancias de la utilización de Facebook, sobre todo los "Like". ¿A quien pertenecen? ¿A los empleados o a la empresa? ¿Qué sucede con las actividades de los trabajadores en Facebook?

La "National Labor Relations Board" (NLRB) ha tomado una serie de decisiones que analizaron si las declaraciones de un empleado en medios de comunicación social constituyen una "acción concertada", cuando se realiza por dos o más empleados.

En Pier Sixty LLC, el juez administrativo decidió que un anuncio de Facebook creado por un empleado acerca de su supervisor constituía actividad concertada protegida bajo la Ley Wagner, a pesar de contener obscenidades. La decisión sostuvo que el anuncio forma parte de una secuencia continua de los acontecimientos relacionados con la insatisfacción de los empleados con la manera en que fueron tratados por sus gestores. El juez mencionó específicamente que debido a que el empleado era amigo en Facebook de otros empleados, y sólo había compartido con sus amigos la información, podría anticipar que los otros empleados, quienes también estaban preocupados con el tratamiento degradante del supervisor, verían la publicación.

En el Richmond District Neighborhood Center, se entendió que una conversación entre dos empleados en Facebook era actividad concertada bajo la NLRA, porque los empleados expresaban su desacuerdo con la gestión del centro. Sin embargo, el juez de derecho administrativo en última instancia concluyó que la actividad no estaba protegida bajo la NLRA porque "pone en peligro la financiación del

programa y la seguridad de los jóvenes que sirve" y demostró que los dos empleados estaban "incapacitados para continuar el servicio"<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> What's in a like? Blog Socially Aware. Morrison & Foerster LLP. Aaron P. Rubin and Cara Ann Marr. Rydbeck. USA. 4 de Noviembre de 2014.

<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=e7a635d9-e8ae-4ef4-823c-2e0803167afa>