

EDITORIAL

La red mundial de información es un logro notable de la humanidad, como en su momento lo fue el descubrimiento del fuego que permitió la cocción de los alimentos y con ello un avance trascendental en la asimilación de las proteínas y demás nutrientes indispensables para la evolución del cerebro humano. Apenas descubierto, sin embargo, el hombre comenzó a utilizar el fuego contra sus semejantes dando lugar a una guerra permanente que se prolonga hasta nuestros días y que hoy también se vale de la Internet para atizar la ferocidad de los adversarios.

El uso de la red internacional de información, concebida para facilitar las comunicaciones y difundir el conocimiento, ha traído ventajas enormes pero también nuevos problemas a la sociedad. Desde su empleo para la comisión de delitos, hasta su uso por parte de niños que acceden a escenas no aptas para su comprensión. La extraordinaria potencialidad de la inventiva humana transformó el raspador de piedra pulida en bisturí electrónico para salvar vidas. Pero al mismo tiempo inventó el puñal para acabarlas. Con el uso de la Internet está ocurriendo algo similar. Por una paradoja insondable, y como lo muestran los respectivos indicadores, la Internet está siendo utilizada para fines muy distintos –muchos de ellos de corte criminal– de los que impulsaron su desarrollo.

DISCURSO LABORAL

número

7

siete

septiembre de 2006

Universidad
Externado
de Colombia

DEPARTAMENTO DE DERECHO LABORAL

ISSN 1909-437X

El mundo del trabajo también ha sido afectado por la cara negativa de la red mundial de información, como se explica en el excelente ensayo de la doctora Katerine Bermúdez, directora del Centro de Investigaciones del Departamento de Derecho Laboral y profesora de las Facultades de Derecho y de Finanzas y Relaciones Internacionales de nuestra Universidad. El uso indebido de esta herramienta ha ocasionado ingentes daños a las empresas de todo el mundo, expresados no sólo en los costos directos e indirectos de la comunicación (valor de interconexión, desgaste y eventual contaminación y reparación de equipos, congestión telefónica, etc.) sino en el desperdicio de la jornada de trabajo acordada por los contratantes, realidad que como lo observa la autora no siempre ha generado una jurisprudencia uniforme y a veces ni siquiera la que se esperaría para sancionar los casos de franco abuso.

El trabajo que hoy difundimos tiene mérito por muchas razones, pero especialmente por ser el primero que proporciona una visión de conjunto sobre este nuevo y grave problema empresarial y que sintetiza la información y los razonamientos necesarios para comprender su magnitud.

El contenido de los artículos publicados es el reflejo del pensamiento de sus autores y no implica expresión de alguna opinión por parte de la Universidad Externado de Colombia.

INTERNET EN EL TRABAJO

POR KATERINE BERMÚDEZ ALARCÓN

El uso masivo de internet en el sitio de trabajo ha llevado a sustituir las comunicaciones empresariales tradicionales, consideradas hoy día, lentas y anticuadas¹. En las empresas donde se utiliza es frecuente encontrar que sus empleados lo ocupen no sólo para su trabajo sino para propósitos personales, como revisar su e-mail, contestar o reenviar mensajes, chatear, navegar por internet, realizar transacciones financieras y compras, jugar, descargar música y otro tipo de archivos, buscar trabajo o incluso visitar páginas porno².

Estadísticas realizadas por firmas especializadas en el uso de internet en el año 2004 reportaron que del 30 al 40% del tráfico en la web que se realiza desde las empresas no está relacionado con el trabajo de los empleados, así como que en el horario laboral se realiza el 70% de las visitas a los sitios pornográficos y más del 60% de las compras en línea, subastas y juegos de azar³.

Cifras de este tipo han encendido la alarma en las empresas sobre la forma en que deben o pueden controlar la actividad laboral de los trabajadores que utilizan internet, pues es obvio que el tiempo de la jornada de trabajo que emplean en la web para asuntos distintos a los laborales incide en los índices de rendimiento y producción y puede ocasionar el uso inadecuado de una herramienta de trabajo suministrada por el empleador.

Trabajo en red

Las empresas que utilizan internet normalmente exigen que sus trabajadores laboren bajo el dominio de una red, para lo cual les suministra claves de acceso que ellos deben modificar y conservar en secreto para proteger la información, garantizar la privacidad de los archivos y, en la mayoría de los casos, para dejar registro

de las consultas y modificaciones que ha realizado en las aplicaciones a las cuales tienen acceso.

La asignación de claves, sin embargo, no resulta del todo segura para la empresa ni para el trabajador.

Un estudio publicado por Trend Micro en julio de 2005 con más de 1.200 usuarios corporativos de internet en USA, Japón y Alemania reveló que los usuarios confían extremadamente en los departamentos de tecnología de sus empresas, lo que les "permite" ser más arriesgados para navegar en internet, por lo que el 63% de los encuestados manifiesta que siente que puede visitar enlaces o páginas web de dudoso contenido porque suponen que están siendo protegidos contra virus, gusanos, software espía, hackers y spam, y un 40% manifiesta que se atreven a hacerlo porque saben que en caso de algún problema existe un área especializada en su empresa que podrá ayudarlo⁴.

Este tipo de conductas generan el riesgo de "abrir agujeros de seguridad en la red corporativa como consecuencia de la infección con algún virus o por permitir a hackers colarse a través de su ordenador aprovechando algún fallo en la configuración de sus programas o algún bug de su software"⁵, lo que genera unos costos adicionales en las empresas, los cuales deben invertir en recursos técnicos, tecnológicos y humanos para salvaguardar la información de toda la red y de paso la de sus usuarios, sin embargo, de esto poco tienen conciencia los trabajadores, quienes ven en este tipo de inversiones algo propio del giro de la empresa.

Por ello es legítimo que los empleadores ejerzan su derecho a vigilar el uso de sus recursos informáticos y del tiempo por el que paga a sus trabajadores, para prevenir que ellos no realicen actividades inadecuadas, no profesionales o incluso ilegales desde el sitio de trabajo⁶.

Para los trabajadores, la seguridad también tiene complejidades. Normalmente las empresas sugieren a los trabajadores no utilizar claves obvias y cambiarlas frecuentemente, con lo cual ellos confían que la información que manejan está a salvo y es impenetrable, sin embargo, los controles de acceso no significan necesariamente privacidad, es decir, no impiden que la información o actividad que realiza en su computador pueda ser escrutada o revisada por otra persona desde otro terminal, pues en la mayoría de los casos los administradores del sistema tienen acceso a toda la información que posee la red⁷.

En este caso, cuando el empleador tiene acceso a toda la información que manejan sus empleados y puede monitorear lo que están trabajando en la pantalla, vienen las disputas entre lo que el trabajador puede o no realizar en "su computador" mientras está en el sitio de trabajo, aun fuera de su jornada de trabajo, y sobre todo lo que puede o no vigilar el empleador.

Estudios de la American Management Association demuestran que en Estados Unidos 3 de cada 4 de las grandes empresas de ese país graban y revisan las actividades que sus trabajadores realizan en el trabajo, incluidas llamadas, e-mails, conexión a internet y archivos de los computadores, y un 25% de los encuestados manifestaron que habían terminado el contrato de trabajo de sus empleados por el uso inapropiado del sistema e-mail, sin embargo, a pesar que ha crecido el nivel de supervisión y medidas disciplinarias en las empresas, sólo un poco más de la mitad de las encuestadas admiten realizar capacitaciones a sus empleados sobre los riesgos, reglas y políticas pertinentes para el uso del internet⁸.

En el estudio realizado por esta misma entidad en el 2005 confirma que de las 526 empresas consultadas el 76% mantiene fichas sobre el uso del correo electrónico, el teléfono e internet de sus trabajadores. El 65% utiliza software para bloquear conexiones a sitios considerados inapropiados y el 36% hace seguimiento a los contenidos, las pulsaciones del teclado y el tiempo pasado en el ordenador, el 50% almacena y revisa los archivos informáticos de los empleados y el 55% retiene y examina los mensajes de los miembros de su planta⁹.

La problemática

El problema no es si los empleados tienen derecho o no a utilizar internet en el trabajo para cuestiones personales, porque la respuesta será "sí". Lo que sí es un problema es saber ¿hasta qué límite es aceptable este uso por parte de los trabajadores en

1 Andrew Bibby. ¿Quién tiene correo? Correo electrónico e internet en el trabajo: ¿privado o público?, Revista de la OIT Trabajo, n.º 40, agosto, 2001

2 En Estados Unidos es pionera en este tipo de estudios la American Management Association (AMA)

3 http://www.belt.es/noticias/2004/octubre/22/uso_internet.htm

4 <http://www.pergaminovirtual.com.ar/revista/cgi-bin/hoy/archivos/2005/00000624.shtm>

5 <http://www.iec.csic.es/criptonomicon/susurros/susurros30.html>

6 <http://www.iec.csic.es/criptonomicon/susurros/susurros30.html>

7 Guidelines on Workplace E-mail, Web Browsing and Privacy (30/3/2000) en la página <http://www.privacy.gov.au/internet/email/>

8 <http://edition.cnn.com/2005/BUSINESS/05/19/web.work/index.html>

9 Más allá de la pantalla: vigilancia en el lugar de trabajo y el ojo invisible, Revista de la OIT Trabajo, No. 54, agosto, 2005

su trabajo?¹⁰, ¿hasta dónde puede llegar el nivel de supervisión y control sobre el uso de internet por parte del empleador? y ¿qué nivel de privacidad y libertad de expresión se le debe permitir al trabajador que usa internet en el sitio de trabajo?

Las respuestas de las empresas han sido de diversa índole. Se debe partir de que hay consenso en que el trabajador puede utilizar internet para asuntos personales en el sitio de trabajo, pero el tiempo y momento en que lo hace depende de lo que disponga cada empresa. Muchas de ellas cuentan con lo que podríamos denominar "medidas preventivas" como fijar códigos de conducta y políticas sobre el uso de internet, asignar claves y tiempos diarios controlados de ingreso, bloquear el acceso a determinadas páginas o darlos para casos restringidos y relacionados exclusivamente con el trabajo. En estos casos es frecuente que la empresa haga firmar al trabajador algún documento donde se deje constancia que él conoce las instrucciones o políticas de la compañía y se comprometa a cumplirlas so pena de verse inmerso en un incumplimiento de sus obligaciones o prohibiciones laborales.

Las empresas, amparándose en este tipo de reglamentaciones, han venido tomando decisiones a nivel laboral como por ejemplo el caso de Xerox de los Estados Unidos que en 1999 despidió a 40 empleados por no respetar la política de la empresa en el uso de Internet, argumentando que estos empleados perdían entre el 85 y el 90% de sus días laborales navegando por sitios pornográficos y de entretenimiento, violando así la política oficial¹¹.

Otras empresas, por el contrario, no cuentan con ningún tipo de política al respecto, por lo que para tomar decisiones frente al manejo inadecuado que den los trabajadores a internet tendrán que apoyarse en las disposiciones legales y reglamentarias vigentes que más se ajusten a este tipo de casos.

De otra parte, y son las más cuestionadas, se han presentado situaciones en las que no es que el empleador no tenga un control o supervisión sobre el uso de internet, sino que lo hace en forma oculta, secreta, sin informarlo a sus trabajadores, por lo cual, cualquier incumplimiento laboral que quisiera probar para tomar una decisión en contra del trabajador sería ilegal y, en consecuencia, no podrá invocarse para justificar su decisión.

La problemática que se presenta es innumerable y lo que se ha de presentar quizá será mayor, pues siendo un tema no decantado, seguramente no todos los escenarios han sido contemplados.

Casística

Los casos en los cuales internet incide en la vida laboral de los trabajadores han salido lentamente a la luz pública y aunque no siempre se pueda hablar de países con legislaciones puntuales, cabe destacar que la mayoría de los casos se han resuelto con las disposiciones laborales vigentes.

Al respecto hay cuatro pronunciamientos de derecho comparado, que a título de ejemplo permiten revisar diferentes decisiones relacionadas con el uso de internet, que de una u otra forma podrían aplicarse a situaciones particulares en cualquier país democrático del mundo.

Inviolabilidad del correo electrónico

En España la primera decisión favorable a una trabajadora (que no fuera representante de los trabajadores) que se profirió en el 2003. El caso correspondió a un despido disciplinario en el que la empresa invocó "la trasgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo", debido a que la trabajadora navegaba en internet y utilizaba la cuenta de correo electrónico corporativo para enviar y recibir mensajes personales estando dentro de la jornada de trabajo, y acusa la empresa que debido al tráfico de correo personal ella infectó con dos virus el correo de la empresa y el programa de contabilidad y facturación¹².

Explicó el empleador que encargó a una empresa externa para que revisara los contenidos del computador de la actora en su ausencia (con especial referencia sus archivos personales según declaración de quien hizo la revisión) y allí encontró que, según el informe pericial efectuado ella dedicaba al menos 15 minutos diarios a revisar su correo electrónico, 30 minutos diarios para suscripciones electrónicas, 10 minutos para navegar en páginas web y además seguía en la jornada laboral "un curso de inglés en la UNIVERSITAT OBERTA DE CATALUNYA, destinando 10 minutos como mínimo a la realización de sus actividades académicas". A la carta de despido de la trabajadora el empleador

adjuntó una relación de "algunas" de las conexiones de internet que visitó y de los correos electrónicos de carácter personal.

La trabajadora demandó por despido improcedente, aunque antes de éste había presentado una demanda por extinción del contrato de trabajo por la existencia de una modificación sustancial de las condiciones laborales, respecto de los tipos de trabajo que realizaba con anterioridad y las que llevaba a cabo en el momento anterior a la interposición de la demanda¹³, y por acoso moral.

El juez consideró que las pruebas aportadas al proceso eran contrarias al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, y que la actuación de la empresa fue desproporcionada y no buscaba un fin legítimo, sino el intento de objetivar una causa de despido reactivo ante la situación descrita. "Estos fines tienen que ser caracterizados como ilegítimos; en consecuencia, se ha producido una vulneración del derecho fundamental de la actora al secreto de las comunicaciones, lo que tiene que comportar la nulidad de la prueba obtenida, atendiendo a lo dispuesto en el art. 11.1 LOPJ", por lo cual declaró improcedente el despido y condenó a la empresa a pagar una indemnización de €7.776,30 euros. La decisión fue confirmada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Un caso similar, también de España, fue decidido en agosto de este año, en el cual la Sala de lo Social del Tribunal Supremo desestimó el recurso interpuesto por la empresa T&D Innovación y Mantenimiento S. A. que despidió a uno de sus trabajadores porque, entre el 22 de marzo y el 2 de abril de 2004, "incurrió en faltas de asistencia y puntualidad y utilizó de forma irregular para fines privados el acceso a internet, lo que fue determinante para rescindir el contrato".

La empresa se dio cuenta de lo que hacía el trabajador en su computador, a través de un programa de seguimiento que demostró que éste chateaba, consultaba su correo web personal y visualizaba vídeos pornográficos en horario laboral. Un juzgado de lo social de Bilbao dio la razón a la empresa, pero el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) del País Vasco la revocó, por entender que la prueba utilizada para documentar el despido fue obtenida de forma ilícita, debido a que la empresa permitía el uso de internet con carácter particular y que no hizo advertencia alguna al trabajador sobre su uso, por lo que la prueba obtenida vulneró el artículo 18 de la Constitución española que regula el derecho al honor y a la intimidad personal y garantiza el secreto de las comunicaciones.

10 http://empleo.universia.es/contenidosHTML/mi_primer_dia/cuidado_correo.htm

11 <http://www.clarin.com/suplementos/economico/1999/12/26/o-01901e.htm>

12 http://www.comfia.net/historico/////actual/general/sent_inviolabilitat_correu_electr0703.pdf#search=%22violaci%C3%B3n%20de%20correo%20electr%C3%B3nico%20de%20trabajadores%3A%20despido%20improcedente%22

13 Artículo 50 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de España



El Tribunal Supremo confirmó la tesis del TSJ del País Vasco, que condenó a la empresa a readmitir al trabajador en el mismo puesto o a indemnizarle con €4.200,3 euros y el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de sentencia, a razón de 43,08 euros diarios¹⁴.

Insubordinación en el uso de internet

En marzo de este año en Estados Unidos se resolvió la demanda presentada por el Departamento de Educación en contra del trabajador Toquir Choudri.

El proceso disciplinario se inició porque el trabajador presentaba, entre abril de 2004 y septiembre de 2005, un alto número de ausencias (33 días), llegadas tarde (49) y salidas temprano (23) del trabajo, así como desobedeció la orden de dejar de usar internet para asuntos personales.

En cuanto a las salidas temprano del trabajo, se demostró que éstas habían sido autorizadas por los supervisores del trabajador, y respecto a las ausencias¹⁵ y llegadas tarde, el juez desestimó los cargos dada la vaguedad de las pruebas, la falta de requerimientos de los supervisores sobre el ausentismo del trabajador y los precedentes judiciales que indicaban que este número de ausencias no era excesivo.

Respecto al uso de internet en el proceso se evidenció que estaba comprobado que el trabajador durante su jornada visitaba sitios de internet no relacionados con su trabajo como lonelyplanet.com, google.com, renewnyc.com, humanesociety.com, chinaadviser.com, cnn.com, aircanada.com, cbsnews.com, escapeartist.com y islandsun.com, y por ello le hicieron varios requerimientos sus supervisores donde le informaban que no podía seguir utilizando internet para asuntos personales, pero pese a ello el trabajador continuó con dicha conducta. En el proceso él afirmó que cuando lo hacía era porque ya había terminado su trabajo y nunca había descuidado alguna tarea a cargo y, además, no era el único que lo usaba para asuntos personales.

En cuanto a la insubordinación en el uso de internet, el juez afirma que ha de aceptarse este cargo, sin embargo, revisa que el empleado lleva 14 años en el Departamento y no tiene antecedentes

disciplinarios, por lo cual se debe mitigar la sanción para este caso. Manifiesta que internet ha llegado a ser el equivalente moderno del teléfono o del periódico, suministrando una combinación entre comunicación e información que la mayoría de los empleados utilizan frecuentemente para su vida personal y su trabajo, por lo cual las agencias de la ciudad permiten a sus trabajadores usar el teléfono para llamadas personales porque esas no interfieren con su funcionamiento laboral.

Por último, consideró el juez que prohibirle usar internet al empleado fue inusual, severo y arbitrario, motivado en la ira de los supervisores, quienes en vez de fijarse en esto debían ocuparse mejor de la productividad de la oficina, por lo cual encuentra otra razón para mitigar la sanción y por ello ordena que se aplique la "más menor" sanción que establezca la ley de servicio civil.

Libertad sindical

En España la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, en noviembre de 2005, resolvió un recurso de amparo promovido por la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de las Comisiones Obreras (COMFIA-CC OO) frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que desestimó el conflicto promovido contra el grupo BBVA¹⁶.

La Federación, acogiéndose a las políticas internas del grupo BBVA frente al uso del e-mail, desde el 2 de febrero de 1999, empezó a enviar desde el servidor COMFIA.NET y a través del servidor del grupo BBVA mensajes de información sindical a sus afiliados y trabajadores de la empresa, sin oposición de ésta. El 13 de febrero y el 17 de noviembre de 2000 enviaron otros mensajes que fueron rechazados por el servidor del BBVA, lo que ocurrió porque la empresa decidió filtrar el ingreso de mensajes debido a la avalancha de correos masivos recibidos en esas fechas desde la dirección de la Federación.

En septiembre de 2000 la empresa dictó normas sobre el uso del correo electrónico entre las que menciona que es una herramienta para el desarrollo de las actividades encomendadas y que los usos ajenos, en particular la remisión a uno o varios usuarios de correos no solicitados es una práctica rechazable y puede ser perseguible.

La Federación demandó y solicitó que se declarara que el sindicato y sus seccionales tenían derecho a transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados y en general a los trabajadores a través del correo electrónico. La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional declaró el derecho del sindicato a transmitir información a través del correo electrónico aunque con medida para no colapsar el servidor de la empresa, por lo cual esta última interpuso recurso de casación ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que determinó que "la sentencia de la Audiencia Nacional adolece de falta de precisión, pues al no delimitar de manera clara los contornos del derecho que reconoce sería imposible saber si el cumplimiento del pronunciamiento se está llevando a cabo de acuerdo con lo resuelto, siempre que una de las partes no estuviera conforme con la decisión de la contraria respecto a la frecuencia y extensión de las comunicaciones".

Contra la sentencia del Tribunal Supremo la Federación interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando violación al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y la libertad sindical. En cuanto al secreto de las comunicaciones, el Tribunal Constitucional manifestó que carecía de procedibilidad debido a que no fue planteado en la fase judicial previa, y respecto de la libertad sindical declara que sí se violó con la actuación del banco, en la medida que no resulta compatible con la efectividad de este derecho fundamental, una negativa de la puesta a disposición de los instrumentos de transmisión de información existentes en la empresa que resulten aptos, y cuyo empleo sindical pueda armonizarse con la finalidad para la que hayan sido creados, por lo cual el sindicato continuará utilizando el correo electrónico para enviarles mensajes a sus afiliados y a todos los empleados del banco, siempre y cuando se respeten los límites y reglas de uso.

Para concluir, si bien es cierto que los problemas relacionados con el uso de internet en el trabajo son relativamente recientes, también lo es que las partes del contrato de trabajo deben obrar de buena fe y debe esperarse del trabajador el uso racional de los elementos y herramientas suministradas para el cumplimiento de su labor y como contrapartida, por parte del empleador, del respeto de la intimidad¹⁷ y la definición de reglas claras y transparentes para su uso.

14 <http://www.elmundo.es/mundodiner/2006/08/25/economia/1156498442.html>

15 En la sentencia se relacionan una serie de incapacidades médicas que presentó el trabajador justificando las ausencias, donde menos de 12 quedaron sin soporte y ello no va en contra de lo permitido por las reglas del Departamento de Educación

16 <http://www.tribunalconstitucional.es/Stc2005/STC2005-281.htm>

17 Ver Corte Constitucional. Sentencia T-787 de 18 de agosto de 2004, MP. Rodrigo Escobar Gil