

REVISTA IBEROAMERICANA DE DERECHO INFORMÁTICO (SEGUNDA ÉPOCA).
FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE ASOCIACIONES DE DERECHO E INFORMÁTICA.
ISSN 2530-4496 – AÑO 1, N° 1, 2016, PÁGS. 109-114

Servicios de mensajería personal del trabajador y ordenador de la empresa.

A propósito de la STEDH, de 12 de enero de 2016

(Caso BĂRBULESCU v. Rumanía)

*Personal Messaging services worker and company computer. With regard to the
ECHR Judgment of 12 January 2016 (Case Barbulescu v. Romania)*

REBECA KARINA APARICIO ALDANA

RESUMEN:

Este artículo tiene como objetivo analizar la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 12 de enero de 2016, con el fin de determinar el alcance del poder de dirección del empresario sobre el uso de los ordenadores de la empresa, en específico cuando estos son utilizados por los trabajadores para revisar sus servicios de mensajería instantánea y personal, incluso, en el caso que estos servicios hayan sido abiertos por el trabajador a solicitud del empresario.

PALABRAS CLAVES:

Derecho a la intimidad, Derecho al secreto de las comunicaciones, servicios de mensajería instantánea, poder de control del empleador.

ABSTRACT:

This article aims to analyze the judgment of the European Court of Human Rights, of January 12, 2016, in order to determine the scope of the power to direct the employer to use on company computers, specifically when they are used by workers to check their instant and personal messaging, even if these services have been opened by the worker at the request of the employer.

KEYWORDS:

Right to privacy, right to privacy of communications, instant messaging services, power control of the employer.

I. RESUMEN DE LA SENTENCIA

Una empresa solicita a sus responsables de venta creen una cuenta de *Yahoo Messenger* con la finalidad de atender vía *on line* a los clientes.

El empleador, el 13 de julio de 2007, informa a sus trabajadores que había realizado, durante la semana anterior, un control sobre estos servicios de mensajería, comprobando que uno de sus empleados había utilizado los mismos para fines personales o particulares, cosa que se encontraba prohibida de acuerdo a la regulación interna de la corporación, que establecía: “Queda terminantemente prohibido alterar el orden y la disciplina dentro de las instalaciones de la empresa y en particular ... usar las computadoras, fotocopadoras, teléfonos, télex y fax para fines personales.”

Por este motivo, la empresa procedió a despedir al trabajador, justificando la extinción unilateral de la relación laboral, a través de sendas transcripciones de las comunicaciones de dicha cuenta, en donde constaban las conversaciones del trabajador de carácter personal con su novia y sus hermanos.

El trabajador demanda a la empresa alegando que, con el registro de su correo, su empleadora había violado su derecho al secreto de las comunicaciones.

Los tribunales rumanos estimaron la procedencia del despido, pues este era conforme con la legislación nacional aplicable. Asimismo, consideraron que no existió vulneración del derecho a la intimidad del trabajador, pues la empresa había cumplido con informar de la normativa interna; siendo, además, el registro de mensajería personal, en este caso, el único medio para comprobar la existencia o no de incumplimientos laborales.

Por ello, el trabajador acude al Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegando la vulneración del artículo 8 del Convenio para la protección de los Derechos humanos y de las libertades fundamentales

El tribunal, sin embargo, considera que no se ha vulnerado los derechos a la intimidad y secreto de las comunicaciones del trabajador, porque dentro de las facultades de supervisión y control de los empleadores se encuentra el verificar si sus trabajadores cumplen con sus obligaciones durante el horario de trabajo, más aún cuando en este caso, la empleadora accede a servicios de mensajería creados a instancias de la empresa, por lo que ella puede presumir que los contenidos que obran en este servicio sólo tenían carácter laboral, al contener, en teoría, comunicaciones entre el trabajador y los clientes de la empresa.

II. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

Como se puede observar, en resumen, se trata de una empresa que solicita a sus trabajadores abrir un sistema de mensajería personal de *yahoo* para fines laborales, es decir, para comunicarse con sus proveedores o usuarios.

Por ello, en sentido estricto, no nos encontramos frente a un sistema de mensajería corporativo de la empresa, sino ante un servicio de mensajería – que, aunque los trabajadores abren a solicitud de su empleador – sigue siendo un sistema cuya titularidad corresponde al trabajador.

Entonces, la pregunta en principio es la siguiente ¿Es lícito que el empleador les solicite a sus trabajadores abrir un sistema de mensajería personal para realizar en él, única y exclusivamente, actividades laborales? La respuesta parece clara, no resulta lícito, porque la decisión de abrir o no una cuenta personal de mensajería es de la persona que será titular de la misma y el uso que le dé a esa cuenta personal también debe ser producto de su propia decisión. Es algo similar a lo que sucede cuando el empleador pretende dar uso laboral a los teléfonos móviles o correos electrónicos de sus empleados, lo cual resulta un abuso del poder empresarial¹⁷⁷.

De ahí que si la empresa quiere contar con un sistema de mensajería instantánea para fines laborales debe de habilitar los medios necesarios para contar con un sistema de mensajería corporativo. Por ello resulta del todo necesario diferenciar entre el sistema informático y el ordenador de la empresa.

Una cosa son los sistemas informáticos que pueden o no ser de titularidad del empleador y otra el ordenador de la empresa que es de propiedad corporativa y que, efectivamente, puede ser objeto de control, pero este control que se realiza sobre lo “contenido” en el ordenador, para fines de supervisión de las actividades laborales de los trabajadores, debe realizarse de modos distintos si se trata de sistemas informáticos corporativos o de sistemas informáticos de titularidad de los trabajadores.

Si se trata de sistemas informáticos corporativos, obviamente, nos encontramos frente a un canal abierto de comunicación y, por lo tanto, si la empresa ha comunicado a los trabajadores los fines ex-

¹⁷⁷ SAN, de 28 de enero de 2014 (AS 2014\231), donde la Audiencia Nacional declaró nula una cláusula de los contratos de trabajo, en virtud de la cual se preveía que cualquier comunicación relativa o a la relación laboral pudiese ser enviada por SMS o correo electrónico, mensaje de texto o documento adjunto al mismo al teléfono móvil y/o dirección de correo electrónico personal facilitada por el trabajador; STS, de 21 de septiembre de 2015 (RJ 2015\4353), donde el Tribunal Supremo declara abusiva la cláusula tipo de un contrato de trabajo que obliga a los trabajadores a dar el número de móvil o correo electrónico personal a la empresa con el fin de utilizarlo para fines de comunicación laboral. Un análisis sobre la esta sentencia en: GONZÁLEZ COBALEDA, E. «"NTIC" y protección del trabajador: Nulidad de las cláusulas tipo sobre datos personales», *Revista de Trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros*, núm. 392, 2015, pp. 114 -118.

clusivamente laborales de estas herramientas y existen indicios razonables de un incumplimiento laboral referido a los contenidos que obran en el ordenador, la empresa podrá realizar un control sobre los contenidos de dichas herramientas informáticas con la finalidad de determinar si existe o no un uso inadecuado de estos medios corporativos¹⁷⁸.

Ahora, si se trata de sistemas informáticos personales utilizados por el trabajador en horas de oficina, el empleador, no tiene derecho a ingresar a los sistemas informáticos, porque estos, aunque son abiertos utilizando el ordenador de la empresa, siguen siendo propiedad del trabajador y, por ello, la empresa no tiene facultades para ingresar a sus contenidos porque se trata de un canal cerrado de comunicación. Si lo hiciera estaría violando el derecho al secreto de las comunicaciones.

Sin embargo, eso no quiere decir que el empleador se encuentre imposibilitado de utilizar otros medios para controlar las actividades laborales de los trabajadores, sino que estas facultades de supervisión empresarial no podrán versar sobre el ingreso en los sistemas, sino utilizando otros medios alternativos, como, por ejemplo, un control del tiempo de visita de estos sistemas informáticos de la empresa dentro de las horas de trabajo¹⁷⁹.

En el caso concreto, por lo tanto, el hecho de que el sistema informático haya sido abierto por solicitud del empleador no desmerece en nada que la titularidad del sistema informático sea de propiedad del trabajador. De ahí que los controles sobre el uso exclusivamente laboral de este servicio de mensajería por parte de la empresa no tengan sustento alguno porque el empleador no es titular de la cuenta. De ahí que el mismo empleador, al no generar su propio sistema corporativo de mensajería, sino utilizar servicios propiedad de los trabajadores, se ha colocado a sí mismo en la imposibilidad de controlar las comunicaciones que obran en estos sistemas porque son los trabajadores los titulares de estas cuentas y, por lo tanto, los únicos con facultades suficientes para acceder a esos sistemas.

Los controles que el empleador, en tanto titular de los ordenadores, podía hacer sobre el uso adecuadamente laboral del mismo, no le habilitaba más que para supervisar los tiempos en que se usaba el servicio de mensajería *yahoo*, pero no para ingresar a los contenidos¹⁸⁰, porque este sistema de mensajería eran propiedad del trabajador; y, peor aún, dado que en este caso el empleador había dispuesto que este servicio de mensajería personal sea utilizado con fines laborales (decisión del todo arbitraria); el uso habitual de este servicio de mensajería en los ordenadores de la empresa sólo le permitiría presumir al empleador que el trabajador estaba utilizando los sistemas para los fines laborales encomendados, resultando, si se puede, aún más arbitrario ingresar a los sistemas de mensajería personal de los trabajadores.

En conclusión, en este caso podríamos aplicar por analogía la ruptura del nexo causal por hecho determinante de la propia víctima. El empleador efectivamente se ve perjudicado por el uso de su ordenador para fines personales por parte del trabajador al dedicar su tiempo de trabajo en conversaciones personales *on line*; pero su facultad sancionatoria viene determinada por su posibilidad real de probar que tal incumplimiento laboral se ha producido. Ahora, como el medio utilizado, aunque fue abierto

¹⁷⁸ Vid. STSJ Madrid, de 10 de abril de 2003 (AS 2003\3257) o (Rec. 5352/2002) y disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp?org=ap-ts&comunidad=13> (Fecha de consulta 13 de julio de 2016); y, STSJ Cataluña, de 21 de septiembre de 2004 (AS 2004\2880) o (Rec. 2650/2004) y disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp?org=ap-ts&comunidad=09> (Fecha de consulta 13 de julio de 2016).

¹⁷⁹ ROIG BATALLA, A. «El uso de internet en la empresa: Aspectos constitucionales», *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa. Aspectos constitucionales, penales y laborales*, coord. A. ROIG BATALLA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 74 y 78.

¹⁸⁰ Téngase en cuenta que los controles sobre el uso laboral del ordenador, no referido a los contenidos puede operar sin necesidad de indicios. Al respecto: Vid. DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B. *Control informático, video-vigilancia y protección de datos en el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 151.

para fines laborales a solicitud del empleador, sigue siendo de titularidad del trabajador, la empresa se coloca a sí misma, sólo en la posibilidad de utilizar los controles de uso adecuado de los ordenadores, sin poder ingresar a los contenidos, porque insistimos, el sistema mensajería instantánea es del trabajador y, por lo tanto, es la propia empresa la que al no tener facultades para ingresar en los sistemas informáticos propiedad de sus empleados no puede legítimamente probar el incumplimiento laboral.

Ahora, aunque no ha sido tratado expresamente en la sentencia es importante señalar que en lo que respecta a la posible vulneración del derecho a la protección de datos debe tenerse en cuenta que este derecho se refiere expresamente al almacenamiento, recogida y tratamiento de datos de carácter personal del trabajador. A este respecto, es importante tener en cuenta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha definido el derecho a la protección de datos señalando que «la recogida y almacenamiento de información personal relativa a las llamadas telefónicas, correo electrónico y navegación por Internet (...) [del trabajador], sin su conocimiento, constituye una injerencia en su derecho al respeto de su vida privada y su correspondencia, en el sentido del artículo 8 del Convenio»¹⁸¹.

Esta recogida y almacenamiento debe realizarse a través de un fichero de datos y por periodos meridianamente prolongados de tiempo, ello es lo que diferencia el tratamiento de datos de un control puntual del empleador del contenido de los ordenadores de la empresa. De ahí que, en este caso, al tratarse de un control puntual, el derecho a la protección de datos no se encuentre involucrado y, por ello, el no incluir este derecho en el debate, es lo único en que, en nuestra opinión, concordamos con lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹⁸¹ STEDH, 3 de abril de 2007, fundamento 44 (TEDH 2007\23). Esta sentencia se refería expresamente al almacenamiento, recogida y tratamiento, durante 18 meses, de información personal de una trabajadora recopilada del teléfono de la empresa procediendo el empleador al análisis continuado de las facturas para saber a qué personas y teléfonos llamaba, horas y tiempo de las llamadas y su coste; y, del correo electrónico y uso de Internet por parte de la trabajadora con un seguimiento del empresario de las páginas visitadas, durante aproximadamente 6 meses, probando la trabajadora la existencia de un fichero de datos donde constaban las fechas y horas de las visitas y su duración. Esta sentencia también se encuentra disponible en: http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,1344/ (Fecha de consulta 13 de julio de 2016).

SOBRE LA AUTORA

REBECA KARINA APARICIO ALDANA es Doctora en Derecho *Suma Cum Laude* y Máster en Derecho en Trabajo y la Seguridad Social a través de la Jurisprudencia por la Universidad Rey Juan Carlos; abogada por la Universidad de Piura, título homologado por el de Licenciada en Derecho por la Universidad de Alcalá; Máster en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Universidad de Piura; Máster en Teoría y Práctica Educativa y Licenciada en Educación con especialidad en Filosofía, Religión y Ciencias Sociales por la Facultad de Ciencias de la Educación y Graduada en Filosofía por la Facultad de Humanidades de la Universidad de Piura.

Actualmente es docente en la Universidad de Piura (Piura, Perú) y forma parte del cuerpo académico estable de la Universidad Internacional de la Rioja (Logroño, España).

Su correo electrónico es: rebeca.aparicio@udep.pe

Trabajo recibido el 14 de junio y aprobado el 5 de julio de 2016.