

ESTUDIOS

EL USO DEL WHATSAPP EN LAS RELACIONES LABORALES

Enero 2023

(Nº 28)

**SERVICIO DE
ESTUDIOS
UGT**

ESTUDIOS, nº 28 – 17 de enero de 2023

DOCUMENTO ELABORADO POR EL SERVICIO DE ESTUDIOS DE LA CONFEDERACIÓN UGT

serviciodeestudios@cec.ugt.org

AUTORAS:

PONCE ÁVILA, María Constanza Servicio de Estudios de la Confederación UGT

RUIZ CABEZÓN, María Higinia Coordinadora del Área Jurídica. Servicio de Estudios de la Confederación UGT

DIRECCIÓN Y COORDINACIÓN:

María Higinia RUIZ CABEZÓN. Coordinadora del Área Jurídica. Servicio de Estudios de la Confederación UGT

Contenido

RESUMEN

INTRODUCCIÓN

USO DEL WHATSAPP EN EL ÁMBITO LABORAL

- WhatsApp y derechos fundamentales
- Los mensajes de whatsapp como medio de prueba: obtención, admisión, valoración

PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES SOBRE ALGUNAS MATERIAS CONCRETAS

- a) Indicios de laboralidad
- b) Poder de dirección empresarial
 - Cese durante periodo de prueba
 - Despido
 - Modificación sustancial de las condiciones de trabajo
 - Reincorporación al puesto de trabajo
- c) Comunicaciones emitidas por la persona trabajadora
 - Baja voluntaria
 - Vacaciones
 - Incapacidad temporal
- d) Supuestos de acoso

REGULACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

CONCLUSIONES

RESUMEN

El desarrollo de nuevas tecnologías ha generado la aparición de herramientas de comunicación antes desconocidas que han modificado la manera de relacionarnos.

Una de ellas es el WhatsApp, aplicación de mensajería instantánea para teléfonos móviles cuyas notas características son la gratuidad, la inmediatez y la capacidad de dejar constancia de los mensajes. Por ello, no es de extrañar que su uso se haya extendido en todos los ámbitos, también en el laboral, propiciando la creación de nuevas normas y de una amplia jurisprudencia.

La enorme acogida de esta aplicación, que concita a millones de usuarios, la convierte en instrumento cuyo funcionamiento, ventajas y problemas es imprescindible conocer.

Para contribuir a ello, en el presente documento se realiza un análisis sobre algunos de los aspectos de esta nueva realidad social que repercuten en las relaciones de trabajo.

Una aproximación a la materia lo más clara, sencilla y sintética posible.

INTRODUCCIÓN

El uso masivo de internet y el desarrollo tecnológico han favorecido una mayor conectividad y acelerado y facilitado procesos que, hasta hace poco más de una década, implicaban una inversión en tiempo y dinero que hoy resultan del todo innecesarias. Piénsese, por ejemplo, en el uso extendido de *Lexnet*¹ por parte de los operadores jurídicos; una sencilla aplicación que permite la comunicación segura e inmediata entre abogados, procuradores, órganos judiciales, etc., sin necesidad de desplazamientos o presencia física.

La inmediatez ha impregnado todas las relaciones de nuestro entorno: las sociales, las familiares, y por supuesto, las jurídico-laborales. Todo ello debido a que la forma en la que nos relacionamos se ha visto modificada por la aparición de nuevos mecanismos de comunicación, entre ellos el *WhatsApp*, una aplicación móvil, prácticamente

¹Puede encontrarse más información sobre Lexnet en: <https://letradosdejusiticia.es/el-sistema-lexnet-de-intercambio-de-documentos-judiciales-o-la-tecnologia-al-servicio-de-la-justicia/>

gratuita, que solo requiere de un teléfono smartphone y conexión a internet para su funcionamiento.

De uso tan extendido, es posible comunicarnos en tiempo real con cualquier persona independientemente del lugar donde se encuentre. Además, nos permite crear grupos, enviar mensajes de texto, audios, imágenes, fotos, vídeos, nuestra ubicación en tiempo real y, gracias al sistema del check, saber si se ha enviado correctamente (un check), si se ha recibido (dos check), e incluso la hora en la que ha sido visto por su destinatario.

La información transmitida por WhatsApp se conserva en las terminales de los usuarios, pero no se guarda en el servidor externo a los dispositivos electrónicos de los comunicantes. Esto

permite que cualquiera de sus participantes, sin el consentimiento ni conocimiento de su otro interlocutor o interlocutores, haga participe a un tercero del mismo o parte de él. Desde 2016, y a fin de proteger la confidencialidad de estas comunicaciones, se han codificado mediante el “cifrado de extremo a extremo”, para que solo los interlocutores puedan ver el contenido de los mensajes.²

De modo similar funcionan otras aplicaciones como *Telegram* o *Skype*, sin contar con las propiedades de mensajería que también poseen redes sociales como *Instagram*, *Facebook* o *Twitter*.

El éxito de estos programas se refleja en los datos publicados en el último Informe Digital 2022 de las agencias especializadas *We are Social* – comportamientos sociales – y *Hootsuit* – gestión de redes sociales-: **casi 41 millones de españoles utiliza redes sociales, incluidas entre ellas las aplicaciones de mensajería instantánea, siendo el *WhatsApp* la preferida por el 91% de los usuarios**³. En consecuencia, no es de extrañar que en el ámbito jurídico los tribunales se hayan visto obligados a pronunciarse sobre su delimitación y alcance.

El presente estudio es una aproximación a la materia con especial atención a la visión de nuestros tribunales sobre distintos aspectos de este medio de comunicación, integrado ya en el desarrollo de las relaciones laborales.

² Goñi Irulegui, A.M: “El valor probatorio de los mensajes de “WhatsApp” en el proceso laboral”. Revista Española de Derecho del Trabajo num.233/2020 ISSN 2444-3476, págs. 41-76. Editorial Aranzadi, S.A.U.

³ Informe completo en: <https://wearesocial.com/es/blog/2022/02/digital-report-espana-2022-nueve-de-cada-diez-espanoles-usan-las-redes-sociales-y-pasan-cerca-de-dos-horas-al-dia-en-ellas/>

USO DEL WHATSAPP EN EL ÁMBITO LABORAL

La utilización de esta aplicación ha irrumpido con fuerza en la vida cotidiana, a la que no es ajena el mundo del derecho, siendo la más utilizada de entre las de mensajería⁴.

Si nos centramos en las relaciones laborales -aunque la app de WhatsApp se concibió para comunicaciones personales y actualmente existe el WhatsApp Business, pensado para facilitar la comunicación de las empresas con los clientes- comprobamos su creciente extensión en las empresas, por empleador y por personas trabajadoras, pero también constatamos las incertidumbres y problemas que se originan por sus características.

Dichos problemas se centran sobre todo en la **protección de los derechos fundamentales** que pueden verse afectados (protección de datos personales, honor, intimidad, secreto de las comunicaciones...) y en el **valor probatorio** que este tipo de mensajes tiene en los procesos judiciales, no sólo en los laborales.

En cuanto al primero, por el tipo de datos que se manejan (núm. de teléfono, si se trata del personal, hora de conexión, de lectura, foto del perfil, etc.) y el propio contenido de los mensajes. Un factor importante, como se verá a lo largo de este estudio, es el de la titularidad del móvil y de la línea de teléfono.

Y en cuanto al segundo, por las garantías que deben reunir, poco a poco acotadas por nuestros tribunales, para que puedan alcanzar el valor probatorio del que gozan otros medios de prueba.

WhatsApp y derechos fundamentales

Uno de los aspectos que provoca más incertidumbre es la vulneración de algunos derechos fundamentales que se puede producir con ocasión de la utilización de esta herramienta de mensajería.

En efecto, cuando intercambiamos mensajes a través de aplicaciones y plataformas digitales se pueden ver afectados derechos tales como el derecho al secreto de las comunicaciones, a la intimidad, a la protección de datos, a la libertad de expresión o a la desconexión digital.

⁴ En 2021 contaba con dos mil millones de cuentas activas, según datos de statista.com.

REGULACIÓN

- ♦ **Art. 18. 3 CE** (secreto de las comunicaciones).
- ♦ **Art. 18.1 CE** (derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen).
- ♦ **Art. 18.4 CE** (limitación del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos).
- ♦ **Art. 20 CE** (libertad de expresión).
- ♦ **Art. 38 CE;** (libertad de empresa)
- ♦ **Arts.1.1, 5.c, 20.2 y 54 ET.**
- ♦ **Ley Orgánica 3/2018**, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD).
- ♦ **Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo**, 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD).

Derecho a la intimidad

En esta materia, es muy relevante el hecho de la propiedad del aparato.

Quién sea el propietario del dispositivo en el que se ha descargado la aplicación de WhatsApp, es fundamental para determinar, más allá de las exigencias de respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas, una posible inspección de aquél por parte de la empresa.

Así, **los teléfonos móviles provistos por la empresa que cuentan con la prohibición de uso personal**, pueden ser inspeccionados sin autorización del trabajador.

Si se trata de un **dispositivo personal**, deberá llevarse a cabo el correspondiente juicio de proporcionalidad, gozando de la plena protección de los derechos antes mencionados. Y, si se está ante una **situación mixta** donde no existe prohibición empresarial, se deben aplicar las reglas previstas para los dispositivos personales⁵.

Sobre esta cuestión resulta aplicable la doctrina contenida en la STS núm. 119/2018, de 8 de febrero, que analiza la confrontación entre el **derecho a la intimidad** y el **poder de dirección** empresarial en un supuesto de uso personal del correo electrónico y ordenador sobre el que existía una prohibición expresa.

⁵ Muñiz Ferrer, R. (2017). *Estudios de práctica jurídica. Los nuevos medios de prueba en el procedimiento laboral: teléfonos móviles y WhatsApps*. Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, ISSN 2386-8090, Nº. 30, 2017, págs. 121-129. Editorial Wolters Kluwer.

STS núm. 119/2018, de 8 de febrero: control empresarial del correo electrónico

“Si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales, no habrá tampoco derecho para hacerlo en unas condiciones que impongan un respeto a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, porque, al no existir una situación de tolerancia del uso personal, **tampoco existe ya una expectativa razonable de intimidad y porque, si el uso personal es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo**”.

En definitiva, los medios que la empresa pone a disposición de las personas trabajadoras son propiedad de aquella. Ahora bien, para que pueda ejercer vigilancia sobre ellos antes deben existir unas reglas claras sobre las condiciones de un posible uso privado o la prohibición del mismo.

Si no existe información al respecto, ni protocolo, ni reglas de uso, y a pesar de ello la empresa procediera a inspeccionar mensajes **privados, ambos derechos, intimidad y secreto de comunicaciones, se verían afectados incurriendo la empresa en una conducta objeto de reproche y sanción.**

Libertad de expresión

Se trata de un derecho especialmente tutelado, pero **no ilimitado** por lo que su reconocimiento, en el art. 20 CE, no está exento de condiciones: “el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia” (Art.20.4 CE).

Unos límites que deben ser tenidos muy en cuenta a la hora de verter comentarios, manifestaciones, etc., aún fuera del ámbito laboral pero relacionado con él.

STSJ La Rioja núm. 14/2016, de 22 de enero de 2016: la libertad de expresión tiene límites dentro y fuera del ámbito laboral

“Es un hecho incontestable que las expresiones proferidas por la demandante a su compañero de trabajo, Sr. Alejandro, no solo son impertinentes, inadmisibles y carentes de justificación alguna, sino que a su vez constituyen una clara ofensa verbal (...) a través de 60 mensajes de WhatsApp seguidos, (...) no podemos sino afirmar un comportamiento de la trabajadora que ahora reclama de evidente acoso hacia su compañero que incluye expresiones injuriosas, ofensivas, degradantes y amenazadoras”

“el actuar de la demandante, como ya hemos reflejado, no solo quedó circunscrito a insultar, menospreciar y amenazar a su compañero de trabajo, sino también a

insultar gravemente a una clienta de la empresa delante de otros clientes por razón de su relación sentimental con el Sr. Alejandro, con el perjuicio notorio para la imagen del establecimiento”.

STSJ Valencia núm. 216/2022, de 25 de enero de 2022: graves imputaciones al empresario y su abogado en el perfil y estado de WhatsApp

“Se rompe toda posibilidad de amparar la conducta y que el juicio de ponderación impide ampararla en la libertad de expresión del trabajador demandante, pues, aunque como hemos visto, este derecho fundamental debe ser especialmente tutelado, eso no significa que no pueda ser limitado y en nuestro caso, aplicando los principios de necesidad, proporcionalidad y ponderación, consideramos que la sanción que se confirma es acorde a la conducta que aparece tipificada en el convenio, constituye un acto de falta de lealtad gratuito para con la empresa y resulta injusta para la imagen y concepto público ante sus empleados de la misma, a los que alarmó”.

Secreto de las comunicaciones e intimidad

El Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que la grabación que un particular haga de sus propias conversaciones, telefónicas o de otra índole, no suponen atentado al secreto de las comunicaciones (SSTS Sala de lo Penal núm. 208/2006, de 20 de febrero y núm. 1051/2009, de 28 de octubre). También ha precisado que no constituye violación de ningún secreto la grabación de un mensaje emitido por otro cuando uno de los comunicantes quiere que se perpetúe (STS Sala de lo Penal núm. 684/2004, de 25 de mayo).

Por tanto, en el proceso penal las grabaciones de conversaciones privadas grabadas por uno de los interlocutores, no vulnera el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones y no vulnera el derecho constitucional a la intimidad, salvo casos excepcionales cuando el contenido de la conversación afecta al núcleo íntimo de la intimidad personal o familiar de uno de los interlocutores.

STS Sala de lo Penal núm. 623/2020, de 19 de noviembre: validez como prueba de las grabaciones de conversaciones privadas

“Quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado. Si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsables ex art. 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal ex art. 18.1, garantía ésta que, a contrario,

no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad”.

Este criterio es unánime, aplicándose pacíficamente en procesos de todo orden jurisdiccional.

STSJ Galicia, Sala de lo Social (Coruña) núm. 2432/2014, de 25 de abril de 2014: revelación de conversación por una de las interlocutoras

“Por lo que se refiere a la ilegítima intromisión e intervención de conversaciones privadas, cabe decir, como acertadamente razona la juzgadora de instancia, que la prueba documental aportada por la empresa (transcripción de un whatsapp) no se ha efectuado vulnerando el secreto de las comunicaciones, contemplado en el art 18.3 de la CE, y ello por cuanto que el conocimiento de la conversación privada lo tiene la empresa por la revelación de la otra interlocutora , o sea que una de las intervinientes en dicha conversación fue quien se la facilitó a la empresa”.

STSJ Asturias, Sala de lo Social (Oviedo), núm. 697/2022, de 29 de marzo: habitualidad en la comunicación por WhatsApp

La vulneración de los derechos a la intimidad y a la protección de datos personales debe descartarse pues "ha quedado acreditado por las declaraciones testificales y no se discute por el actor, que el demandante facilitó su número de teléfono a la empresa, tanto al responsable de operaciones como al de tráfico, y que, además, el mismo y, en concreto, la aplicación de mensajería WhatsApp es un medio de comunicación entre empresa y trabajador, y entre trabajador y empresa, utilizado de forma habitual para cuestiones relacionadas con el servicio, sin que conste objeción o reparo por parte del titular del teléfono móvil".

Derecho al honor

El honor es un concepto indeterminado que depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento.

Para el TC (STC núm. 219/1992, de 3 de diciembre) "no sólo es un límite a las libertades del art. 20.1 a) y d) CE, también es, en sí mismo considerado, un derecho fundamental protegido por la Constitución, que deriva de la dignidad de la persona". Su titular tiene derecho al respeto y reconocimiento de la dignidad personal que se requiere para el libre desarrollo de la personalidad en la convivencia social, sin que pueda ser escarnecido o humillado ante uno mismo o los demás. Este derecho puede verse afectado por el derecho a la libertad de información, en cuyo caso resulta necesaria la adecuada ponderación entre ambos.

STSJ Cataluña núm. 4084/2022, de 8 de julio: comunicación masiva por parte de la empresa de imputación de robo a una trabajadora

“la empresa pudo haber comunicado a su plantilla que había sancionado a una trabajadora con imputación de apropiación indebida, pero no incluir los datos de identificación personal de la persona afectada, como tampoco podría hacerlo ni siquiera después de haber recaído sentencia, en la medida en que dicha comunicación es una estigmatización innecesaria para el desarrollo de las relaciones laborales en la empresa”.

Derecho a la protección de datos

El Tribunal Constitucional tiene declarado que el derecho a la protección de datos es un derecho fundamental. Afirma en su **STC núm. 292/2000, de 30 de noviembre**, que "el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuales puede este tercero recabar y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso”.

En opinión del Parlamento Europeo debería ser considerado como nuevo derecho fundamental⁶. Y dado que, durante la vigencia de las relaciones laborales e incluso posteriormente cuando se ha producido la finalización del contrato, el tratamiento de ciertos datos personales se hace completamente necesario, es preciso analizar algunas implicaciones.

Las relaciones laborales están regidas por el principio de minimización (art. 5 RGPD), es decir que el empleador solo puede conocer los datos personales “adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados”⁷. Por ello, aun cuando resulta cada vez más idóneo para el mantenimiento de una correcta comunicación entre la persona trabajadora y la empresa disponer del número de teléfono o correo electrónico, el Tribunal Supremo ha indicado que no es posible obligar a su cesión mediante una cláusula tipo contractual porque “el consentimiento sobre tal extremo no es por completo libre y voluntario”.

⁶<https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20210114IPR95618/el-derecho-a-la-desconexion-deberia-ser-un-derecho-fundamental-en-la-ue#:~:text=El%20Parlamento%20Europeo%20entiende%20el,fuera%20de%20su%20horario%20laboral>

⁷ La protección de datos en las relaciones laborales. Guía AEPD: <https://www.aepd.es/es/documento/la-proteccion-de-datos-en-las-relaciones-laborales.pdf>

STS de 21 de septiembre de 2015, rec. núm. 259/2014: sobre conflicto colectivo por cláusula contraria al derecho a la protección de datos de carácter personal (art. 18.4 CE)

“Por una parte, los derechos fundamentales del trabajador deben adaptarse a los requerimientos de la organización productiva en que se integra; por otra parte, también las facultades empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador”.

El número de teléfono y el correo electrónico son datos que no son necesarios para el mantenimiento de la relación laboral. Por tanto, las cláusulas contractuales que impliquen una cesión obligada no están amparadas en la excepción general del art. 6.2 LOPD; es obligatorio contar con el consentimiento de la persona trabajadora.

Si, como sabemos, para utilizar *WhatsApp* se debe contar con un número de teléfono, este dato queda al descubierto en el mismo instante que se inicia una conversación lo que podría entenderse como aceptación tácita de su cesión. Una acción normalizada en todos los entornos, que convierte a estos datos personales en información especialmente vulnerable.

En el ámbito laboral, se añaden peculiaridades a estos problemas generales. La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)⁸ ha aclarado que **“ninguna norma exige que el trabajador, para la adecuada perfección de su relación contractual, haya de facilitar estos datos al empresario al que presta sus servicios”**, aceptando que “sería posible que los afectados facilitaran los datos referentes a su e-mail y número telefónico particulares, si bien **la recogida de estos datos habría de ser de cumplimentación voluntaria, previa la obtención del consentimiento** del trabajador, que **podrá oponerse posteriormente** a su tratamiento ejerciendo los derechos de oposición o supresión”.

Sobre esta materia existen algunos pronunciamientos de la propia AEPD. Así, en el Procedimiento N°: PS/00237/2021⁹, la AEPD concluye que cuando se recibe un **currículum para una oferta de trabajo** mediante *WhatsApp* la empresa debe informar al candidato/a del tratamiento de datos personales y de los derechos contenidos en el RGPD y LOPD.

Otro supuesto que sería extrapolable a los **grupos de trabajo de WhatsApp**, es el que se dirime en el Procedimiento N°: PS/00260/2021¹⁰. La AEPD sanciona a una empresa

⁸ <https://www.aepd.es/es/preguntas-frecuentes/3-tratamiento-de-datos-en-el-ambito-laboral/FAQ-0308-puede-solicitar-el-empresario-el-telefono-y-direccion-de-correo-electronico-particular-del-trabajador>

⁹ <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00237-2021.pdf>

¹⁰ <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00260-2021.pdf>

por incluir en un grupo de *WhatsApp* para el envío de información comercial, a un antiguo cliente sin su consentimiento.

Los tribunales también han tratado esta materia. Así, el TSJ Asturias ha concluido en recientes sentencias (entre otras, STSJ Asturias núm. 666/2022, de 29 de marzo; núm.759/2022, de 12 de abril), que **no existe vulneración al derecho a la protección de datos cuando la empresa comunica una información de interés para la persona trabajadora si este es el canal habitual utilizado en la relación laboral.**

STSJ Asturias núm. 512/2022, de 8 de marzo: vulneración de derechos fundamentales

“El *WhatsApp* remitido por la empresa, de contenido ilegible, pero con el que al parecer pretendía notificarle su designación para realizar servicios mínimos en la huelga, no vulnera en modo alguno su derecho fundamental a la protección de datos ni el derecho de huelga. **Es más, a falta de prueba en contrario, goza de la presunción *iuris tantum* de tratamiento lícito por concurrir los requisitos establecidos en el Art. 19.1 de la Ley Orgánica 3/2018”.**

Es imprescindible que la persona trabajadora otorgue su consentimiento previo, libre, informado y expreso, para ceder el dato de su teléfono móvil y para ser incluido en un grupo de *WhatsApp* o de cualquier aplicación de mensajería instantánea, con clara determinación de la finalidad para la que se da el consentimiento que podrá revocar en cualquier momento. Por ello, por ejemplo, podrá salir del grupo de *WhatsApp* o podrá solicitar la supresión de sus datos sin que la empresa pueda sancionarle.

Distinto es el supuesto en el que el móvil ha sido proporcionado por la empresa como herramienta de trabajo, lo que no obsta para que, en todo caso, se respeten sus derechos fundamentales y otro derecho también en juego: el de la desconexión.

Derecho a la desconexión digital y prevención de riesgos psicosociales

El derecho a la desconexión digital puede definirse como “el derecho a no utilizar los dispositivos de comunicación para realizar tareas relacionadas con el trabajo tras finalizar su jornada laboral”¹¹. Se trata, en definitiva, de garantizar el tiempo de ocio y descanso del trabajador, cuestión fundamental para la prevención enfermedades como el tecnoestrés o el *burnout* (síndrome del trabajador quemado).

¹¹ Nueno Alegre. M (2018) La prevención de los nuevos riesgos psicosociales y el derecho a la «desconexión digital». Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención, ISSN 1698-6881, Nº. 155, 2018, págs. 38-41.

El Tecnoestrés se define como “un estado psicológico negativo relacionado con el uso de tecnologías de la información y la comunicación (TIC) o amenaza de su uso en un futuro”, mientras que el *burnout* es “un síndrome de agotamiento físico y mental intenso, derivado de un estado de estrés laboral crónico o frustración prologada”¹². Manifestaciones que pueden darse tanto por el exceso de carga de trabajo o de jornadas, como por el acoso en el ámbito laboral.

La posibilidad de estar conectados 24 horas mediante las aplicaciones de mensajería instantánea y el teletrabajo, hace necesaria la limitación de los periodos de conexión, y que las herramientas como *WhatsApp* estén reguladas si se utilizan para las comunicaciones de trabajo. Es una preocupación actualmente debatida en el ámbito supranacional; el Parlamento Europeo ha instado, mediante la Resolución, de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión [2019/2181(INL)], a la creación de una Directiva que establezca una regulación mínima para todos los Estados miembros¹³.

En España, el derecho a la desconexión se encuentra reconocido en el art. 88 LOPD, introducido en el ET (art. 20 bis *De los derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión*), y fué incorporado a la **Ley 10/2021, de 9 de julio de trabajo a distancia**: “El deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables” (art. 18).

SAN núm.44/2022, de 22 de marzo: limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso

“...ningún derecho presenta perfiles absolutos desde el momento en que su ejercicio convive con otros derechos que ocasionalmente pueden contraponerse, pero los límites al derecho a la desconexión digital en el teletrabajo no los puede establecer unilateralmente el empresario, sino que, como indica el art. 88 LOPD, se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Por estas razones se declara la nulidad de los siguientes párrafos de esta cláusula: El Trabajador tendrá derecho a no atender dispositivos digitales, cuando su jornada laboral hubiese finalizado, salvo que concurran las circunstancias de urgencia justificada señaladas en esta cláusula.”

¹²Obra colectiva. Coord. Pérez Capitán. L. Memento práctico. Prevención de riesgos laborales. 1º ed. 2021. Editorial Francis Lefebvre. Pags. 1101 y 1301.

¹³ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021_ES.html#title1

Es importante recordar que estamos ante un derecho con evidentes implicaciones en la salud por lo que sería deseable su tratamiento, asimismo, en el ámbito propio de la prevención de riesgos laborales.

Los mensajes de WhatsApp como medio de prueba: obtención, admisión, valoración

Como se señalaba anteriormente, una de las principales controversias en torno a las comunicaciones realizadas a través de esta aplicación, e inexorablemente conectada al respeto a los derechos fundamentales, se ha centrado en determinar su validez como medio de prueba. Si bien en un primer momento los Tribunales mostraban mayores reservas, argumentando la posible manipulación de los archivos digitales¹⁴, la tendencia actual es la admisión siempre que se cumplan ciertos requisitos.

En efecto, además de la manipulación de los archivos, entran en juego factores como la creación de cuentas con identidades falsas que hacen necesario desplazar la carga de la prueba hacia quien pretenda utilizar tal medio probatorio.

REGULACIÓN

- ♦ **Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC):** arts. 299.2, 382, 383 y 384.
- ♦ **Ley 38/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS):** art. 90.
- ♦ **Reglamento (UE) n° 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo,** de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior: art. 3 apartado 35, brinda una definición genérica para los “documentos electrónicos” refiriéndose a ellos “todo contenido almacenado en formato electrónico, en particular, texto o registro sonoro, visual o audiovisual”.

Han sido los Tribunales Superiores de Justicia quienes se han pronunciado de forma reiterada sobre esta cuestión, ante la **falta de posición por parte del Tribunal Supremo (TS) que sirva para unificar criterios sobre la admisión, la obtención y la valoración de la prueba.**

En buena medida, ello se debe, como establece el Auto del TS de 15 de junio de 2022, rec. núm. 938/2021, a que:

¹⁴ Cervilla Garzón, M. (2016). *Efectos del uso de la aplicación “whatsapp” en el marco de las relaciones laborales*. PDF. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6552120>

“la consideración de las comunicaciones por WhatsApp y correo electrónico como documentos válidos para la revisión de hechos probados en suplicación, carece de contenido casacional”, señalando reiteradamente que “la finalidad institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina determina que no sea posible en este excepcional recurso revisar los hechos probados de la sentencia recurrida ni abordar cuestiones relativas a la valoración de la prueba [SSTS de 13/05/2013 (R. 1956/2012), 05/07/2013 (R. 131/2012), 02/07/2013 (R. 2057/2012), 17/09/2013 (R. 2212/2012), 03/02/2014 (R. 1012/2013)]”.

No obstante, ya había aclarado (Auto TS de 20 de octubre de 2013, rec. núm. 674/2016, al examinar un recurso de casación para la unificación de doctrina en el que la empresa planteaba si el WhatsApp "es medio válido como prueba de la comunicación"), que **las conversaciones de WhatsApp sirven para fijar la convicción del juzgador respecto de los hechos probados, pero no para modificarlos.** En todo caso, como se verá más adelante, sí se ha pronunciado de forma expresa en relación al correo electrónico.

Centrándonos en las dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ), cabe destacar la siguiente sentencia por tratarse de la primera resolución del orden jurisdiccional social que fija unos criterios generales.

STSJ Galicia, núm. 556/2017, de 27 de enero: sobre los requisitos para su admisibilidad

Para considerar una conversación de WhatsApp como documento “a los fines del proceso laboral” es preciso aportar de forma conjunta:

- 1) copia en papel de la impresión de pantalla (pantallazo);**
- 2) transcripción de la conversación;**
- 3) comprobación de que la misma se corresponde con el teléfono y con el número correspondiente. Misma que puede llevarse a cabo por el Letrado de la Administración de justicia o mediante la aportación de un acta notarial.**

A mayor abundamiento y “con fines esclarecedores”, el Tribunal establece **cuatro supuestos que darían lugar a la aceptación de una conversación realizada a través de un programa de mensajería instantánea como documento probatorio:**

- a) cuando la parte interlocutora de la conversación no impugna la conversación;**
- b) cuando reconoce expresamente dicha conversación y su contenido;**
- c) cuando se compruebe su realidad mediante el cotejo con el otro terminal implicado (exhibición);**

d) o, finalmente, cuando se practique una **prueba pericial** que acredite la autenticidad y envío de la conversación, para un supuesto diferente de los anteriores.

Previo a este pronunciamiento, el TSJ del País Vasco, reconoce la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en la instancia anterior al no admitirse la aportación del teléfono móvil como medio de prueba para su reconocimiento judicial, a fin de comprobar los mensajes de *WhatsApp*. En este supuesto se entiende que la “falta de habitualidad de la prueba denominada reconocimiento judicial (art. 355 y ss. de la LEC)” no justifica tal denegación, puesto que nuestro ordenamiento jurídico brinda las herramientas suficientes para dar cauce a esta proposición de prueba.

STSJ País Vasco, núm. 1653/2014, de 23 de septiembre: pertinencia de los mensajes instantáneos como prueba

“La apelación de medios y maneras propias de nuevas tecnologías (e-mail, SMS, WhatsApp, Facebook, etc.), se antoja poco habitual y más distante bajo asertos de cierto recelo en garantía de seguridad de información, comunicación y trato de datos y/o conocimiento suficiente de los profesionales, incluido el Juzgador. Pero no lo es menos, que al igual que el artículo 90 de la LRJS ve admisible en los medios de prueba cuantos se regulen en esta Ley Social (y habrá que decir también en la de Enjuiciamiento común según la Disposición Final 4ª que otorga su supletoriedad), lo cierto es que **existe justificación de utilidad y pertinencia respecto a instrumentos en los procedimientos de reproducción de palabra, imagen, archivo, reproducción de datos, siempre aportados por medio de soporte adecuado”.**

También la STSJ Cataluña núm. 420/2016, de 26 de enero, sobre el despido disciplinario de un trabajador que faltó de forma reiterada y sin justificación a su puesto de trabajo. En este supuesto, el Tribunal acepta la validez de los mensajes de “whatsapp” sin ningún tipo de exigencia: “el trabajador presta servicios un día a la semana, 8 horas, que realiza en sábados o domingos, siendo avisado por la empresa, mediante mensajes de Whasapp, el día concreto que ha de acudir a trabajar”.

Sin embargo, la **STSJ Galicia de 26 de marzo de 2019**, rec. núm. 440/2019, matiza que:

“un whatsapp, a pesar de que la actora lo aporta como prueba documental, no es prueba documental. Los whatsapp- servicio de mensajería instantánea - es uno de los nuevos medios de prueba a los que se refiere el art. 299.2 de la LEC, frente a los medios de prueba tradicionales a los que se refiere el art. 299.1 de la LEC, y la prueba documental, que es la recogida en el art. 193 b) con eficacia revisoría, está recogida dentro de los medios de prueba tradicionales (en concreto puntos 2 y 3 del art. 299 LEC)”.

Es decir, aclara la **diferencia que existe entre prueba documental y esos nuevos medios probatorios**, para establecer que no solo se diferencia en la forma de aportación y práctica de la prueba, sino también en su valoración:

“mientras la prueba documental está sometida a un sistema mixto de valoración probatoria (tasada en determinados documentos públicos y privados, y libre en los restantes) los medios nuevos de prueba están sometidos al sistema de valoración libre, ya que tanto en el supuesto del art. 382 LEC como en el supuesto del art. 384 LEC señalan que serán valorados conforme a las reglas de la sana crítica”.

Y tampoco lo considera un documento electrónico o informático (prueba documental) con encaje en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

Sobre lo que sí se ha pronunciado el **Tribunal Supremo** es sobre los **correos electrónicos** en una importante sentencia de 2020.¹⁵

STS núm. 706/2020, de 23 de julio: correos electrónicos como documentos que permiten revisión fáctica

“El avance tecnológico ha hecho que muchos documentos se materialicen y presenten a juicio a través de los nuevos soportes electrónicos, lo que no debe excluir su naturaleza de prueba documental, con las necesarias adaptaciones (por ejemplo, respecto de la prueba de autenticación). Si no se postula un concepto amplio de prueba documental, llegará un momento en que la revisión fáctica casacional quedará vaciada de contenido si se limita a los documentos escritos, cuyo uso será exiguo”.

Se advierte por el TS que, para atribuir la naturaleza de prueba documental al igual que sucede con los documentos privados, es necesario valorar tres factores:

- a) Si se ha impugnado su autenticidad por la parte a quien perjudique;
- b) Si se ha autenticado, en su caso;
- c) Si goza de literosuficiencia.

Esta doctrina ha sido extrapolada por algunos TSJ a todo el conjunto de comunicaciones realizadas a través de mensajería instantánea, lo que ha supuesto un gran avance por su calificación de **prueba documental a los efectos de los recursos de casación y suplicación**, puesto que previo a este cambio de criterio la mayoría de los Tribunales no consideraban las conversaciones como pruebas documentales.

¹⁵ La STS 706/2020 fue objeto de comentario del SEC <https://servicioestudiosugt.com/breve-comentario-de-la-sts-num-706-2020-de-23-de-julio-correos-prueba-documental/>. También puede consultarse el análisis de esta sentencia contenido en la Revista de Jurisprudencia Laboral núm. 9/2020: “El correo electrónico como medio probatorio: su naturaleza de prueba documental a los efectos de los recursos de casación y suplicación” en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2020-00000001081

Es el caso del TSJ del País Vasco que en su sentencia núm. 390/2020, de 18 de febrero, no admitía los pantallazos como un medio de prueba válido, entendiendo que no pueden ser verdaderamente consideradas pruebas documentales, ni ser posible “el sustento para con tales pruebas en el marco del recurso extraordinario de suplicación y la posibilidad de la revisión de hechos declarados probados que se delimita única y exclusivamente a la documental y pericial”, y tras la dictada por el TS el 23 de julio de 2020, además de recordar que “ese tipo de soporte de mensajes "online" como el resto de pruebas que se hayan practicado pueden ser valoradas por el Juzgador a la hora de dictar sentencia”, ha cambiado su tradicional criterio.

STSJ País Vasco núm. 73/2021, de 19 de enero: inclusión de los mensajes de WhatsApp en la categoría de documentos

“Muestra de la antigua doctrina, que consideraba que los medios de reproducción audiovisual y los soportes electrónicos eran medio de prueba de naturaleza autónoma y no propiamente documentos se contiene en las sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de fecha 26 de noviembre de 2012 y 16 de junio de 2011 (recursos 786/23012 y 3983/2010), **mientras que su asimilación a la categoría de documentos se contiene en la reciente sentencia de fecha 23 de julio de 2020 (recurso 239/2018) de esa misma Sala**”.

En cambio, no lo comparte al cien por cien el TSJ Galicia que en alguna de sus sentencias mantiene una postura opuesta.

STSJ Galicia de 26 de marzo de 2021, rec. núm. 4733/2020: no equiparación de los correos electrónicos con otros servicios de mensajería

“El medio de prueba en el que se apoya no es prueba hábil a efectos revisorios ya que no es ni documental, ni pericial, sino uno de los nuevos medios de prueba del art 299.2 de la LEC (...)

No desconocemos la solución alcanzada por la STS de 23 de julio de 2020 rec. 239/2018 respecto a los correos electrónicos, pero la misma se refiere a este concreto medio de transmisión de comunicación, y cuya doctrina no consideramos extensible a cualquier medio de transmisión de datos electrónico, sino exclusivamente al correo electrónico”

En definitiva, ante la falta de pronunciamiento expreso, y explícito, del TS sobre la validez como prueba de otros medios electrónicos que no sean los e-mails, para la revisión en suplicación o casación de los hechos declarados probados en instancia, existen **dos interpretaciones** por parte de los TSJ:

- ⇒ La de quienes realizan una interpretación amplia, flexible, y consideran que la doctrina del TS sobre los correos electrónicos es extensible a otros medios de mensajería instantánea.
- ⇒ La de aquellos que consideran que se limita de forma exclusiva a los correos electrónicos, que son los abordados en la citada STS núm. 706/2020.

En todo caso, conviene tener presente que, **si los mensajes no son corroborados** según los criterios establecidos, **rige el principio de libre valoración de la prueba** contenido en el art. 326. 2 LEC, *in fine*: “Cuando no se pudiese deducir su autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica”. Lo que implica, como es lógico, que posiblemente no se le otorgue ningún valor¹⁶.

A ello se suma que **los Tribunales se han mostrado cautelosos a la hora de su admisión y valoración por los problemas de autenticidad que presentan**. Como hemos señalado, estamos ante un **documento informático susceptible de ser manipulado y alterado “sin dejar rastro”** como señala la SJS nº. 5 Oviedo, núm. 263/2019, de 13 de mayo “citando la STSJ Asturias de 29 de noviembre de 2017”, “hasta que WhatsApp no modifique la seguridad en el almacenamiento de los mensajes no se podrá estar absolutamente seguro y tener la total certeza de que los mensajes no han sido manipulados”. Argumento reproducido por otros TSJ y utilizado, asimismo, en otros órdenes jurisdiccionales.

STSJ Madrid núm. 817/2017, de 29 de septiembre: sobre el valor probatorio de los mensajes instantáneos

“Lo cierto es que ni los mensajes de la aplicación de mensajería instantánea traídos a colación -WhatsApp-, ni los correos electrónicos que cita son útiles para ello, bien por la especial vulnerabilidad tanto externa como interna de aquel sistema, bien por la falta de literosuficiencia de los segundos que obliga a la parte recurrente a acudir a continuas conjeturas e hipótesis ajenas al cauce procesal elegido”.

En consecuencia, el valor probatorio del WhatsApp estará determinado por la capacidad de demostrar su autenticidad, siendo necesario en todo caso la práctica de una prueba pericial¹⁷ (STSJ Asturias núm. 465/2020, de 25 de febrero).

¹⁶ Op.cit. Goñi Irulegui, A.M. (2020). *El valor probatorio de los mensajes de “WhatsApp” en el proceso laboral*.

¹⁷ Resulta conveniente mencionar en este punto, pese a pertenecer a la jurisdicción penal, la STS núm. 300/2015, de 19 de mayo, que se pronuncia sobre los mensajes enviados por un menor de edad a través de la red social Tuenti. En este caso, el Tribunal hace hincapié en la posibilidad de manipulación de los

PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES SOBRE ALGUNAS MATERIAS CONCRETAS

Son numerosos los pronunciamientos en los que los WhatsApp tienen un papel relevante en orden a su utilización como posible medio de prueba.

A continuación, se resumen algunos de los efectuados sobre diversas materias propias de las relaciones laborales, que forman parte de esa abundante casuística en torno a la validez probatoria de los mensajes de *WhatsApp*.

a) Indicios de laboralidad

Gracias a la **capacidad de dejar constancia de los mensajes** se han podido desenmascarar relaciones¹⁸ que reúnen con los elementos propios de un contrato de trabajo¹⁹.

Si bien la doctrina considera ya superada la discusión sobre las notas características de una relación laboral -**voluntariedad y carácter personal de la prestación, dependencia y ajenidad**-, se ha puntualizado que “la materia se rige por el más puro casuismo, de forma que es necesario tomar en consideración la totalidad de las circunstancias concurrentes” (STS núm. 805/2020, de 25 de septiembre, sobre los empleados de plataformas digitales²⁰). Ello también es consecuencia de que en nuestro ordenamiento jurídico “la línea divisoria entre el contrato de trabajo y otros vínculos de naturaleza análoga” no es nítida “ni en la doctrina, ni en la legislación, ni tan siquiera en la realidad social”. Y, es que, debe tenerse en cuenta que no existe una definición de contrato de trabajo, sino que se extrae de las disposiciones contenidas en los artículos 1.1 y 8 ET (entre otras, STS núm. 44/2018, de 24 de enero).

STSJ Islas Canarias núm. 1758/2015, de 30 de diciembre: existencia de una relación laboral conforme al art. 1 ET

“Para ello nada tan ilustrativo como la transcripción de uno de los WhatsApp que la presidente de la comunidad envía al actor el 14-3-2014”.

“Hay retribución por unidad de tiempo, sujeción a las órdenes de la parte contratante, adquisición del material necesario para el trabajo por ésta; y en suma

archivos digitales, cuya consecuencia se traduce en que la carga de la prueba deberá ser asumida por quien pretende “aprovechar su idoneidad probatoria”.

Siguiendo con la misma línea argumental se pronuncia la STS Sala de lo Militar, núm. 3661/2021, de 7 de octubre.

¹⁸ STSJ Islas Canarias núm. 1758/2015, de 30 de diciembre.

¹⁹ STSJ Cataluña núm. 2419/2020, de 12 de junio.

²⁰ Sentencia comentada por este Servicio de Estudios: <https://servicioestudiosugt.com/comentario-sts-805-2020-caso-riders-final-necesario/>

hay dependencia y ajenidad”.

STSJ Cataluña núm. 2419/2020, de 12 de junio: declaración de nulidad de despido tras la comprobación de la existencia de una relación laboral

“Realizaba horario flexible, sobre el que reportaba, atendiendo indicaciones sobre clientes a visitar e informando, vía wasap, de su ubicación y disponibilidad para atender indicación empresarial”.

“Con tal sustrato fáctico no puede extraerse la conclusión de que el trabajador actor no realizase prestación de servicios por cuenta ajena”.

En el mismo sentido la STSJ Cataluña núm. 5995/2022, de 11 de noviembre, que califica como laboral la relación mantenida por un peluquero canino con la empresa demandada (el teléfono móvil fue entregado por la empresa al trabajador, la demandada creaba grupos de WhatsApp integrados por sus propios clientes, la administradora y el demandante a quien eliminó tras el despido, y los pantallazos de WhatsApp que son parte de la prueba aportada).

A *contrario sensu* se han utilizado los mensajes para descartar la existencia de la relación laboral, buen ejemplo de ello son las STSJ Asturias núm. 91/2020, de 31 de enero y STSJ Madrid núm. 1324/2019, de 31 de enero.

b) Poder de dirección empresarial

- Cese durante periodo de prueba

La extinción de la relación laboral durante el periodo de prueba parece que presenta menos dudas en sede judicial. Así puede observarse en la STSJ Galicia núm. 625/2017, 30 de enero, que resuelve sobre la finalización de un contrato de apoyo de emprendedores cuyo periodo de prueba era de un año. El Tribunal basa su fallo en la literalidad del art. 14.2 ET; no existe exigencia de formalidad para la comunicación del cese durante el periodo de prueba, así como tampoco la obligación de especificar la causa. En el mismo sentido STSJ Cantabria núm. 502/2020, de 14 de julio; STSJ Madrid núm. 61/2020, de 27 de enero.

- Despido

Debe diferenciarse entre la **comunicación del despido** a través de la aplicación de mensajería instantánea y **las manifestaciones hechas por la persona trabajadora que justificaron el despido**.

Sobre la primera, la actual redacción del art. 53 ET no permite esta posibilidad para el despido objetivo. Tampoco para los despidos disciplinarios art. 55 ET, cuyo apartado 4 dispone, además, la improcedencia en caso de no cumplirse las formalidades

establecidas en el apartado 1: comunicación por escrito, “haciendo figurar los hechos que lo motiva y la fecha en que tendrá efectos”²¹.

Sobre la segunda, los Tribunales han llegado a pronunciarse en numerosas ocasiones. La más reciente y llamativa la protagonizó un trabajador de Madrid que se dedicaba al mantenimiento de las peluquerías pertenecientes a una franquicia. En este supuesto, **el TSJ falló a favor del despido disciplinario por los vídeos, memes y fotografías publicados en el estado²² de su WhatsApp con un claro contenido degradante dirigido a dos superiores jerárquicos y familiares.**

STSJ Madrid núm. 382/2022, de 20 de abril: despido disciplinario por publicación de ofensas verbales mediante WhatsApp

“Habiendo puesto de relieve la propia sentencia que las testificales han revelado que era un tema constante de conversación en las distintas peluquerías y **han sido visualizados por diversos trabajadores hasta llegar a los destinatarios afectados, así como que se trata de mensajes con alusiones a la indignancia, el alcoholismo o la toxicomanía, en que se tacha de mentirosos a los destinatarios en claro escarnio a los mismos**, y por sí solos revisten suficiente gravedad como para justificar el despido, encajando en el tipo contemplado en el art. 36.5 del Convenio y en el art. 54.2 c) del Estatuto de los Trabajadores”.

En su fundamento jurídico segundo, el TSJ se remite a la doctrina del TC sobre el derecho fundamental a **la libertad de expresión²³**, recordando que su ejercicio “**no puede justificar sin más el empleo de expresiones o apelativos insultantes, injuriosos o vejatorios que exceden del derecho de crítica y son claramente atentatorias para la honorabilidad de aquél cuyo comportamiento o manifestaciones se critican**” (STC núm. 204/1997, de 25 de noviembre).

Es importante destacar que **el teléfono móvil era propiedad de trabajador** y no consta en los hechos probados que los mensajes fueran enviados a los compañeros o a las personas afectadas, sino solo publicados en el *estado* de la aplicación cuya visualización solo pueden hacerla quienes tengan añadido al trabajador como contacto.

En cambio, si pese a enviar los mensajes ofensivos al grupo de WhatsApp de personas trabajadoras se dan circunstancias particulares, como una situación de suspensión de

²¹ Conviene recordar lo dispuesto en la STS de 12 de marzo de 2013, rec. núm. 58/2012 sobre las exigencias del art. 55 ET: “exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan”, ello con el objetivo de preparar los medios de prueba convenientes para preparar la defensa en caso de impugnar la decisión empresarial.

²² https://faq.whatsapp.com/2538892862990242/?cms_platform=android&locale=es_LA

²³ Art. 20.1.a CE: “Se reconocen y protegen los derechos: a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”.

contratos, no se considera que el comportamiento se haya producido en el ámbito laboral.

STSJ Madrid núm. 697/2021, de 27 de septiembre: grupo de WhatsApp de trabajadores con sus contratos suspendidos por ERTE

“El grupo de WhatsApp no fue creado por la empresa, sino que fue un grupo particular, aunque estaba integrado por los ocho trabajadores de género masculino de la empresa. Y, en segundo lugar, cuando se enviaron los mensajes, el contrato de todos los trabajadores, incluido el del actor, se encontraban suspendidos, al haber sido incluidos en el ERTE COVID por fuerza mayor tramitado por la empresa. Por lo tanto, se ha de colegir que las graves ofensas vertidas por el actor no se llevaron a cabo en el entorno laboral y, por ende, no justifican el despido disciplinario, sin perjuicio de las acciones penales que puedan o hayan podido ejercitar las personas ofendidas”.

Por su parte, la STSJ Cataluña núm. 5098/2014, de 11 de julio, consideró que las **fotografías** de los genitales de un niño acompañadas de bromas de contenido sexual, enviadas por la trabajadora de una guardería través del **grupo de WhatsApp**, que compartía con otras compañeras y la directora del centro, eran causa suficiente para su despido. El Tribunal también consideró justificado el despido de la directora por consentir el desarrollo de la conversación.

La STSJ Galicia núm. 2432/2014, de 25 de abril admitió igualmente los mensajes aportados por otra trabajadora para despedir a una auxiliar de enfermería. **Se entiende que la prueba de la conversación fue aportada por una interlocutora por lo que no existe violación de la intimidad.**

En cuanto al uso que se hace del teléfono durante la jornada de trabajo, destaca el fallo de la STSJ Cataluña núm. 3759/2015, de 9 de junio, que considera procedente el despido de la trabajadora por transgresión de la buena fe y el abuso de confianza a raíz de la **utilización habitual del teléfono móvil para el envío de mensajes personales a través de WhatsApp.**

El TSJ Cantabria en su sentencia núm. 447/2014, de 18 de junio, consideró procedente el despido de un **conductor de autobús que realizaba la ruta asignada mientras enviaba mensajes de WhatsApp con una mano**, una conducta considerada gravemente negligente por implicar un evidente el riesgo de seguridad para sí mismos y los demás. A mayor abundamiento, el convenio colectivo de aplicación contaba con un protocolo de uso de dispositivos móviles en el que constaba su estricta prohibición.

Otro supuesto relevante se refleja en la STSJ Cataluña núm. 3480/2020, de 17 de julio, que consideró procedente el despido de una trabajadora que prestaba sus servicios en una residencia de la tercera edad, por **crear un grupo de WhatsApp con los familiares de los residentes, utilizando para ello la información de contacto puesta a disposición por el centro para casos de emergencia.** Consta en los hechos probados

que la gerocultora envió mensajes del tipo "la directora reduce en costes para llenarse los bolsillos".

Como señalábamos al tratar el tema de los derechos fundamentales y las posibles vulneraciones a través de WhatsApp, **resulta determinante cómo se ha obtenido la información contenida en la aplicación**, de tal forma que si se ha vulnerado el derecho a la intimidad no tiene validez alguna.

El TS se ha pronunciado sobre la cuestión, aún de forma tangencial, al examinar la admisión o no de un recurso de casación en unificación de doctrina.

Auto TS de 17 de junio de 2020, rec. núm. 3282/2019: modo de obtención de la prueba

"...los hechos acreditados son distintos, lo que justifica las diferentes consecuencias jurídicas alcanzadas por las dos resoluciones. En efecto, en la sentencia de contraste el hallazgo de la actividad de la trabajadora que suponía concurrencia desleal fue estrictamente casual. En la recurrida, en cambio, la información sobre la actividad del trabajador se obtuvo tras el examen del teléfono que entregó el trabajador tras haber sido despedido disciplinariamente por lo que la sala concluye que el examen del teléfono y el correo electrónico carecía de causa salvo la de obtener información para subsanar los defectos del anterior despido".

- **Modificación sustancial de las condiciones de trabajo**

El cambio de horarios por un hecho inesperado o la comunicación de los cuadrantes de horarios a las personas trabajadoras a través de aplicaciones de mensajería instantánea resultan una práctica extendida y normalizada en las relaciones laborales. No obstante, determinadas situaciones podrían ser constitutivas de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Por ello, **se debe de poner especial atención al mensaje recibido, ya que en caso de querer impugnar la medida el plazo de caducidad es de 20 días hábiles comenzados a contar a partir del día siguiente a la notificación por escrito de la decisión (art. 41 ET y 138 LRJS).**

STSJ País Vasco núm. 1555/2019, de 17 de septiembre: cambio de horario declarado modificación sustancial de condiciones de trabajo

Se acuerda la extinción del contrato de trabajo de una trabajadora con jornada reducida por guarda legal de dos hojas menores, por modificación sustancial de condiciones de trabajo. **El Tribunal entiende que, aunque se trata de adelantar una hora en solo un turno, no es una medida temporal y causa especial perjuicio a la trabajadora. La comunicación de tal circunstancia se produjo mediante mensaje de WhatsApp.**

- reincorporación al puesto de trabajo

En algunas situaciones los Tribunales han determinado que las comunicaciones realizadas a través de *WhatsApp* constituirían comunicaciones con el suficiente rigor para solicitar la reincorporación de la persona trabajadora.

Este es el supuesto que se dirime en la STSJ Cataluña núm. 6119/2018, de 20 de noviembre, que califica de **improcedente** el despido de la trabajadora que comunicó mediante llamadas y mensajes de *WhatsApp* su **solicitud de reincorporación tras un periodo de expatriación, recibiendo como respuesta la negativa de la empresa.**

Por su parte la el TSJ Madrid ha resuelto recientemente una interesante cuestión sobre el cese de un trabajador que encontrándose en **ERTE le fue contactado para su reincorporación mediante Burofax y correo electrónico, pero no mediante *WhatsApp*.** Consta en los hechos probados que las notificaciones fueron infructuosas. **La Sala hace hincapié en que el canal habitual de comunicación durante la vigencia del contrato siempre fue la aplicación *WhatsApp*** y, por tanto, critica que la empresa sí haya utilizado este medio para comunicar el despido.

STSJ Madrid núm. 567/2022, de 19 de septiembre: reincorporación al puesto de trabajo tras un ERTE

“La doctrina referida impone al empresario, **ante la trascendencia de la medida sancionadora que se disponía a imponer, el deber de agotar diligentemente los mecanismos regulares de comunicación que obraban a su alcance, entre los que se encontraba el de *WhatsApp*.**”

c) Comunicaciones emitidas por la persona trabajadora

- Baja voluntaria

Menores dudas presentan la admisión de la baja voluntaria de la persona trabajadora (art. 49. 2. c ET) a través de la aplicación. Como norma general la doctrina judicial ha venido admitiendo este tipo de mensajes sin recelo.

Muestra de ello son las STSJ Madrid núm. 455/2015, de 10 de junio, que declara **extinguida la relación por la manifestación voluntaria, clara e inequívoca** de dimitir; STSJ Madrid núm. 421/2017, de 8 de junio, se considera baja voluntaria la **decisión de no incorporarse** a la trabajadora a la que le fue denegada la incapacidad permanente; STSJ Andalucía núm. 1904/2019, de 18 de julio, **el trabajador comunica en el grupo de la empresa su intención de finalizar la relación laboral** despidiéndose de sus compañeros; o la STSJ Andalucía núm. 861/2022, de 11 de mayo 2022 en la que la Sala determina que los mensajes enviados al empresario **evidencian la voluntad del trabajador**; en el mismo sentido la STSJ País Vasco núm. 279/2022, de 8 de febrero.

El supuesto que resuelve la **STSJ Galicia núm. 4029/2021, de 22 de octubre**, es cuanto menos llamativo. Consta probado que la **trabajadora avisó el 15 de enero de 2019 a través de WhatsApp su voluntad de finalizar la relación laboral**. No obstante, **6 meses después**, momento en el que se produce la baja de la Seguridad Social, **esta seguía prestando sus servicios a la empresa**. El Tribunal entiende que con ello se **“excede con mucho periodo de preaviso”** y, por tanto, “la manifestación no reúne los requisitos exigidos jurisprudencialmente para que pueda ser calificada como baja voluntaria” por lo que **declara la improcedencia del despido**.

Cuando las manifestaciones que se vierten y la conducta que se mantiene resultan contradictorias, son los tribunales los que hacen la valoración conjunta de todas ellas.

STSJ Cantabria núm. 541/2021, de 16 de julio: voluntad de dimitir apoyada por el texto de WhatsApp

“...la dimisión apreciada en la instancia no queda desvirtuada por el hecho aducido de que la trabajadora acudiera al médico que le reconoció la baja, ya que se justifica el abandono, corroborado por un Whatsapp en el que se retracta de su decisión y que también es valorada por la Magistrada de instancia en su precisa argumentación.

Es cierto que la baja voluntaria del trabajador requiere un consentimiento claro e inequívoco, una voluntad consciente, deliberada, clara y terminante de no reincorporarse al trabajo. Es decir, se necesita una voluntad espontánea, firme, clara y terminante y cuando pretende derivarse de comportamientos que tácitamente acrediten la voluntad de abandonar el puesto de trabajo definitivamente, debe deducirse, de forma inequívoca, de conductas acciones u omisiones que, de manera rotunda, evidencien la voluntad extintiva”.

- Vacaciones

La constancia escrita de los mensajes sirve para hacer valer el derecho a vacaciones (art. 38 ET²⁴), evitando un grave perjuicio a las personas trabajadoras.

STSJ Madrid núm. 622/2019, de 18 de julio: aceptación tácita de solicitud de vacaciones

Tras recibir la respuesta mediante la aplicación de “haz lo que quieras” por parte de su superior. La Sala determinó “si bien no hay una manifestación expresa de la concesión del disfrute de vacaciones, sí se consintió pacíficamente, sorprendiendo a la trabajadora casi dos meses después con el despido”, lo que supone una conducta totalmente contraria a la buena fe contractual por parte de la empleadora.

²⁴ La reciente STJUE de 22 de septiembre de 2022, asunto C-120/2, resuelve que las vacaciones son un derecho fundamental regulado como tal en el ordenamiento jurídico comunitario. Por tanto, en los supuestos de vacaciones no disfrutadas, no prescribirá el derecho del trabajador/a - “parte más débil de la relación laboral”- a reclamarlas. Además, la empresa deberá facilitar su ejercicio de forma efectiva.

En base a ello no es posible considerar que “hay unas ausencias injustificadas al trabajo”.

Más tajante es la resolución del TSJ Comunidad Valenciana:

STSJ Comunidad Valenciana núm. 3209/2018, de 6 de noviembre: el despido nulo de una trabajadora por vulneración de derechos fundamentales, garantía de indemnidad y acoso laboral

La trabajadora que prestaba sus servicios como limpiadora solicitó a través de la aplicación y otras vías las vacaciones no disfrutadas. En ningún momento recibió respuesta por parte de la empresa. Tras presentar demanda y celebrarse el juicio se la despide.

La Sala considera que se trata de una represalia, una conducta que no es de extrañar teniendo en cuenta “la actitud del propio administrador de la empresa de ignorar y desentenderse de las reiteradas solicitudes de la actora sobre el disfrute de las vacaciones” lo que “pone de manifiesto la intención de la empresa de minar el ánimo de la trabajadora con la finalidad de hacerla desistir de su relación laboral a coste cero”.

- Incapacidad temporal

En nuestro ordenamiento jurídico no ha existido una obligación en cuanto a la forma de entregar los partes de baja, alta o confirmación, siendo común en la práctica su remisión vía correo electrónico, foto o escaneo a través de *WhatsApp*, o, incluso, la presentación por un tercero. La norma aplicable, el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio²⁵, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal, dispone en su art. 7 que **el facultativo expedirá dos copias del parte**, uno para el interesado y otro para la empresa, **contando el trabajador con tres días para facilitarle la copia correspondiente a la empresa**²⁶.

Así puede constatarse en la STSJ Islas Canarias núm. 253/2020, de 23 de abril y en esta sentencia del TSJ Galicia:

²⁵ <https://www.boe.es/eli/es/rd/2014/07/18/625>

²⁶ Según la **nueva redacción de este art. 7** contenida en el **Real Decreto 1060/2022, de 27 de diciembre**, por el que se modifica el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración, **a partir del 1 de abril de 2023 será el Instituto Nacional de la Seguridad Social quien comunicará a las empresas** los datos identificativos de carácter meramente administrativo relativos a los partes médicos de baja, confirmación y alta referidos a sus personas trabajadoras.

STSJ Galicia, de 22 de junio de 2021, rec. núm. 1940/2021: despido tácito calificado como improcedente.

“Es cierto que la actora causó baja médica el 25 de junio de 2020 y **no remitió una foto del parte de incapacidad temporal a la empresaria, vía WhatsApp, hasta el 29 de junio de 2020 (hechos probados cuarto y séptimo)**, no constando tampoco que por otra vía hubiera puesto en conocimiento de la empresa que se encontraba en situación de incapacidad temporal, **pero esta conducta tampoco es determinante para concluir que existe una dimisión voluntaria de la trabajadora**”.

d) Supuestos de acoso

Según los datos publicados en el último **informe de “Trabajo y Salud Mental”** elaborado por la Secretaría de Salud Laboral de UGT²⁷, el **4,1% de trabajadoras considera estar expuestas a situaciones de violencia o amenaza de violencia y el 3,1% a situaciones de acoso o intimidación. La incidencia es ligeramente menor en trabajadores, con un 3,6% que indica estar expuesto a situaciones de violencia o amenaza de violencia y el 3% a acoso o intimidación.**

REGULACIÓN

- ◆ Estatuto de los Trabajadores: arts. 4; 8; 20; 39; 50.
- ◆ Ley 38/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS): art. 2; 96.
- ◆ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS): art. 8
- ◆ Código Penal: arts. 173.1 y 184.
- ◆ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- ◆ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.
- ◆ Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.
- ◆ Convenio núm. 190 OIT, sobre la violencia y el acoso.

En este ámbito, las aplicaciones de mensajería instantánea se han convertido en una herramienta más mediante la que llevar a cabo comportamientos constitutivos de **acoso moral o sexual**.

En España el **Convenio núm.190 de la OIT entrará en vigor el 25 de mayo de 2023**, resultando de gran utilidad la definición general sobre violencia y acoso de su **art. 1**.

²⁷ Informe completo en: https://www.ugt.es/sites/default/files/informe_salud_mental_ugt.pdf

La expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, **ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida**, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género.

Con esta nueva definición se elimina la obligación de repetición que venía siendo una nota característica en la consideración de acoso en el ámbito laboral.

Por su lado, la **STSJ Galicia núm. 2168/2016**, de 7 de abril, recoge una importante doctrina sobre el acoso moral o *mobbing*, su definición y las consecuencias psicosociales para quien lo padece.

“Como señalan las sentencias de esta Sala de 12 de septiembre de 2002 (Recurso de suplicación nº 3806/2002), 18 de julio de 2003 (Recurso nº 3706/03) y 14 de julio de 2011 (Recurso 1578/11), **"en el ámbito especializado -médico y jurídico- se define el acoso laboral -«mobbing»- como conducta abusiva o violencia psicológica a la que se somete de forma sistemática a una persona en el entorno laboral**, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo. **Actitudes de hostigamiento que conducen al aislamiento del interesado en el marco laboral, produciéndole ansiedad, estrés, pérdida de autoestima y alteraciones psicosomáticas, y determinando en ocasiones el abandono de su empleo por resultarle insostenible la presión a que se encuentra sometido.** Se trata de forma de estrés laboral que se caracteriza por tener su origen - más que en el trabajo- en las relaciones interpersonales que se producen en el seno de la Empresa”.

La sentencia también desarrolla los conceptos de *mobbing* en sus variedades vertical y horizontal. La primera hace referencia a la relación entre el empleador y la persona trabajadora y la segunda entre compañeros.

Precisamente el TSJ Andalucía tuvo ocasión de pronunciarse sobre un supuesto de violencia entre compañeras de trabajo (en el mismo sentido: STSJ La Rioja núm. 14/2016, de 22 de enero).

STSJ Andalucía 3430/2017, de 22 de noviembre: sobre despido disciplinario por insultos vejatorios y comentarios hirientes hacia una compañera

“En el caso, el contenido revelado se refiere, de un lado, a la actitud irrespetuosa de la subgobernanta recurrente para con su compañera y superiora en el trabajo

(gobernanta) a la que despreciativamente llama "hija de puta" y " Campanilla " (mote despectivo en alusión a un tic nervioso que padece), y para sus compañeras subordinadas de origen sudamericano a las que alude como "machupichus", expresión de claros tintes despreciativos e incluso racistas, lo que nada tiene que ver con el necesario ámbito de exclusión personal de la vida privada. **Tampoco quedan cubiertas tales expresiones por el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión** garantizado en el art. 20.1 de la Constitución, pues como sostiene también la doctrina constitucional (SSTC 126/2003, de 30 de junio y 160/2003, de 15 de septiembre)".

También sobre esta variante horizontal, el TSJ Cataluña confirma la procedencia del despido disciplinario de un trabajador que acosaba a su compañera hostigándola en el lugar de trabajo y enviándole mensajes incluso durante la madrugada (reitera doctrina STSJ Cataluña núm. 2684/2018, de 4 mayo).

STSJ Cataluña 8236/2018, de 5 de octubre: sobre despido disciplinario por acoso a una compañera

"En esta línea, **constituyen elementos básicos del acoso moral o "mobbing" los siguientes: a) la intención de dañar ya sea del empresario o de los directivos, ya sea de los compañeros de trabajo; b) la producción de un daño en la esfera de los derechos personales más esenciales; c) el carácter complejo, continuado, predeterminado y sistemático del hostigamiento.**

La doctrina especializada en esta materia incluye en esta categoría de " mobbing " las siguientes conductas: a) ataques mediante medidas adoptadas contra la víctima: el superior limita al trabajador las posibilidades de comunicarse, le cambia la ubicación separándole de sus compañeros, se juzga de manera ofensiva su trabajo, se cuestionan su decisiones; b) ataque mediante aislamiento social; c) ataques a la vida privada; d) agresiones verbales, como gritar o insultar, criticar permanentemente el trabajo de esa persona; e) rumores: criticar y difundir rumores contra esa persona, entre otras".

Puede suceder que los mensajes de WhatsApp se constituyan en prueba que contribuye a avalar la ausencia de una situación de acoso.

STSJ Cataluña núm. 5192/2022, de 7 de octubre: formar parte de grupo de WhatsApp corporativo es indicio de que no se aísla al trabajador

"...la Juzgadora descarta que se haya acreditado la existencia de acoso o mobbing que se denuncia en la demanda. Analiza uno por uno los diferentes hechos que se denuncian en la misma expresando, con relación a aquellos hechos que previamente ha declarado acreditados, que: sobre la falta de comunicación del Dr. Dionisio, jefe

del servicio, frente al actor, cuando este último fue incluido en todos los grupos de correo y WhatsApp de general difusión e información que crea en 2018”.

En cuanto al **acoso sexual**, los Tribunales han venido aplicando la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la STC núm. 224/1999, de 13 de diciembre: “**consiste en un comportamiento de carácter libidinoso no deseado por generar un ambiente laboral desagradable, incómodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante para el trabajador**”²⁸. Por su parte la **Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo** establece en el **art. 7** que “**constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante y ofensivo**”.

Sobre este aspecto se pronunció la STSJ Galicia núm. 2043/2022 que además **confirma la indemnización** de 15.000€ impuesta por el Juzgado de lo Social al empleador debido a la gravedad del acoso sexual, en el mismo sentido la STSJ Islas Canarias núm. 171/2021, 8 de marzo):

STSJ Galicia núm. 2043/2022, de 3 de mayo: sobre extinción unilateral del contrato de trabajo por acoso sexual del empleador (art. 50 ET)

“La trabajadora fue sometida a “continuas llamadas y mensajes fuera del horario laboral, las expresiones proferidas por el empresario tendentes a crear una situación violenta y humillante para la trabajadora y vinculado siempre a su condición de mujer y tendente a conseguir un propósito sexual”.

Se trata de un problema que no es aislado, como demuestran los datos reflejados en la “Macroencuesta de Violencia contra la Mujer”²⁹ del año 2019, publicado por la Delegación de Gobierno contra la Violencia de Género, a tenor de los cuales **1 de cada 5 mujeres ha sido acosada sexualmente en el ámbito laboral**, y que puede llegar a situaciones extremas.

Resulta relevante la Sentencia de la **Audiencia Provincial de Ourense, Sala de lo Penal, núm. 70/2019, de 26 de febrero**, que, si bien pertenece a otro orden jurisdiccional, evidencia esas situaciones tan extremas que viven muchas mujeres en la actualidad. Se trata de una de una **trabajadora que recibió decenas de mensajes de WhatsApp por parte de su empleador de contenido sexual explícito**, tales como: “te veo muy

²⁸ Extraído a su vez de la Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 29 de mayo de 1990 y art. 1 de la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 27 de noviembre de 1991, para la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo.

²⁹ Informe disponible en:

https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Macroencuesta_2019_estudio_investigacion.pdf

cachonda, cuando me dejas darte un beso, sin que nadie sepa nada”. Tras hablar con el empleador e intentar frenar la situación, la empleada **fue despedida**, cuestión que se zanjó en acto de conciliación laboral. En cuanto al ámbito penal, quedó demostrado que **la trabajadora sufrió estrés postraumático**, y finalmente, **el empleador fue condenado por un delito de acoso sexual del art. 184 CP**

REGULACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Es un hecho constatado, como hemos visto, que la utilización de las redes sociales en el ámbito laboral es cada vez más habitual pudiendo provocar situaciones conflictivas a las que es preciso anticiparse.

Si se va a utilizar el *WhatsApp* como medio de comunicación y herramienta de trabajo se debe garantizar el cumplimiento de las normas³⁰, establecer las funciones y los límites. Y en este sentido la negociación colectiva juega un papel fundamental.

Contamos con ejemplos de empresas y de ámbito superior que han incluido en sus convenios colectivos alguna referencia o regulación sobre esta aplicación. Así:

El III convenio colectivo del Supermercado Lidl,³¹ suscrito el 6 de julio de 2022, dispone en su art. 21.7: “Las comunicaciones que, por causa justificada o fuerza mayor, deben realizarse fuera del horario laboral, deberán realizarse por los medios oficiales (teléfono, correo corporativo, etc.)”. Seguido de “todos los cambios de horarios, descansos, etc., comunicados por medios no oficiales (como WhatsApp, SMS o aplicaciones de mensajería instantánea), serán nulos y sus efectos, serán asumidos por la Empresa”.

El Convenio colectivo de oficinas y despachos de la provincia de Zamora³², que considera una falta grave “La utilización de las redes sociales Facebook, WhatsApp, Twitter... durante la jornada laboral, bien desde el móvil personal, móvil de la empresa o desde cualquier ordenador” (art. 30. n).

La regulación mediante convenio colectivo o protocolo interno de los numerosos aspectos en los que esta aplicación puede resultar de utilidad, así como de aquellos otros en los que su uso debe descartarse, contribuirá a dotarla de más seguridad.

Por lo que respecta a la **desconexión digital**, la posibilidad de estar conectados 24 horas mediante las aplicaciones de mensajería instantánea y el teletrabajo instan a que la negociación colectiva acelere la creación de protocolos de desconexión digital.

³⁰El Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCIBE) advierte de la necesidad de que las empresas cumplan el RGPD y la LOPD: <https://www.incibe.es/protege-tu-empresa/blog/utiliza-whatsapp-tu-empresa-cumpliendo-el-rgpd-y-lopdgdd>

Una prerrogativa recogida en el art. 88.1 LOPD: “Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar”.

A raíz de la pandemia se evidenció, aún más, la necesidad de establecer medidas para garantizar esa desconexión.³¹

Lo cierto es que estamos ante una **exigencia legal que todas las empresas deben cumplir** (art.88.3 LOPD), **implementando medidas negociadas** con la representación sindical, como pueden ser, entre otras:

- Prohibición de llamadas, emails o mensajes (WhatsApp/Telegram, SMS) fuera del horario laboral, ni en fines de semana, festivos o vacaciones. No obligación de responder, caso de ser efectuadas por parte de la empresa.
- Delimitación de las reuniones dentro del horario laboral con hora de inicio y duración máxima.
- Desconexión de los dispositivos por parte de la persona trabajadora, incluyendo algo tan básico como apagar el teléfono de la empresa fuera del horario laboral.

CONCLUSIONES

El WhatsApp se ha constituido en una de las herramientas de comunicación instantánea más importantes que las nuevas tecnologías ponen a nuestra disposición.

Su gratuidad, simpleza y rapidez son elementos clave para que millones de personas la utilicen en todo el mundo.

Por lo que se refiere al **ámbito laboral**, aunque las ventajas son evidentes, no deben pasarse por alto los problemas que pueden generarse.

Un uso inadecuado o un mal uso de la aplicación puede dar lugar a que se vulneren derechos fundamentales como el secreto de las comunicaciones, la intimidad, la libertad de expresión, la protección de datos o la desconexión digital.

→ Es importante tener en cuenta que la utilización de los dispositivos particulares de la persona trabajadora requiere siempre la prestación de su consentimiento

³¹ La Revista Capital Humano publicó en 2021 que, conforme a los datos de la Top Employers HR Best Practice Survey “un 56% de las 103 compañías Top Employers en España ya cuenta con iniciativas para evitar el envío de mails o la realización de llamadas fuera del horario de trabajo, lo que supone un 23% de aumento respecto al año pasado. Además, un 41% de estas organizaciones aplica políticas de no molestar durante las vacaciones, un incremento del 16% sobre el 2021. Estas empresas cuentan con otro tipo de acciones para garantizar la desconexión como por ejemplo acotar los horarios de las reuniones y su duración máxima”.

-libre, informado y expreso- para ceder el dato de su teléfono móvil y para ser incluido en un grupo de WhatsApp, determinando la finalidad para la que se da ese consentimiento expreso, que podrá revocar en cualquier momento, sin que derive sanción alguna.

Los datos personales que pone al descubierto esta aplicación están protegidos por la LOPD y el RGPD, siendo muy elevadas las sanciones que la AEPD puede imponer en caso de vulneración.

→ Si el dispositivo pertenece a la empresa, el establecimiento de unas reglas claras o de un protocolo sobre las condiciones de un posible uso privado o la prohibición del mismo evitará incurrir en conductas reprochables, teniendo siempre presente que si la empresa inspeccionara los mensajes privados debe respetar los derechos fundamentales de su personal.

En cuanto al valor del WhatsApp como **medio probatorio** es un tema controvertido. Nuestros tribunales, que han tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones, mantienen diferentes criterios, si bien puede concluirse que las conversaciones de WhatsApp sirven para fijar la convicción del juzgador respecto de los hechos probados, y que han de concurrir una serie de requisitos tendentes a garantizar la autenticidad e integridad de su contenido, incluso a través de prueba pericial informática, dada la facilidad de manipulación de los WhatsApp. En todo caso, siempre serán indicio relevante de los hechos que contienen.

El mejor mecanismo para obtener el máximo de ventajas y evitar los aspectos negativos o las consecuencias no deseadas que se pueden originar con este medio de mensajería instantánea, es su **regulación a través de la negociación colectiva**.

❖ Un uso inadecuado o un mal uso de la aplicación puede dar lugar a que se vulneren derechos fundamentales como el secreto de las comunicaciones, la intimidad, la libertad de expresión, la protección de datos o la desconexión digital.

❖ Para poder utilizar en el trabajo los dispositivos personales de las personas trabajadoras es imprescindible el consentimiento, libre y expreso, de éstos, revocable en cualquier momento sin sanción alguna.

❖ Todos los datos personales que se exponen con la aplicación de WhatsApp están protegidos por la LOPD y el RGPD, que prevén fuertes sanciones si se incumplen.

En definitiva, hoy en día **es una necesidad incluir en los convenios** todo lo relacionado con la utilización de las tecnologías, sus **reglas y límites**. De hecho, ya se está haciendo en buena parte de ellos.

Y en concreto, cuando se aborde la regulación del uso del WhatsApp, uno de los aspectos a los que se debe prestar **especial atención** es el de la **protección de datos** y la **desconexión digital**, siendo conscientes, sobre este último, que está en juego la salud de las personas trabajadoras.

Con esta colección pretendemos ir más allá de una exposición sintética de la materia objeto de atención. En el texto se expone la normativa, el contexto social o económico, o la realidad que enmarcan el tema analizado, junto a la posición y valoración de UGT al respecto. A nuestro entender, es imprescindible quebrar el monopolio ideológico de aquellos que dominan los medios de comunicación, información y análisis, muy sesgado hacia determinados intereses, aportando análisis rigurosos y precisos que aporten otras miradas de la realidad y, consecuentemente, otras conclusiones. Esperamos que al lector le sea útil.

